

Sentencia T-698-09

Referencia: expediente T - 2.258.683

Acción de tutela instaurada por Eliseo Pita Camelo contra Seguro Social y Porvenir S.A.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C., dos (2) de octubre de dos mil nueve (2009).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Juan Carlos Henao Pérez, Jorge Iván Palacio Palacio y Humberto Antonio Sierra Porto, 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

Dentro del proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos por el Juzgado Cuarenta y Uno Civil del Circuito de Bogotá y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil en la acción de tutela instaurada por Eliseo Pita Camelo contra Seguro Social y Porvenir S.A.

### I. ANTECEDENTES

De acuerdo con la solicitud de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, el accionante sustenta su pretensión en los siguientes

#### Hechos

1.- Eliseo Pita Camelo, de 66 años<sup>1</sup>, trabajó en la Personería de Bogotá desde el veintiocho (28) de marzo de 1989 hasta el treinta (30) de junio de 2008.<sup>2</sup>

2.- El ocho (8) de agosto de 2007, el señor Pita Camelo, solicitó pensión de jubilación al

Seguro Social, por considerar que cumplía los requisitos para adquirirla, por pertenecer al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.3

3.- El diecinueve (19) de febrero de 2008, Seguro Social, mediante Resolución N° 0006488, posterior al estudio de la documentación aportada y las normas aplicables, le concedió al actor su derecho a pensión, sin embargo, dejó en suspenso el pago e ingreso en nómina de la mesada, hasta tanto fuera aportado al expediente, fotocopia auténtica del acto administrativo mediante el cual acreditara su retiro del servicio, así como el retiro del Sistema General de Pensiones.4

4. Indica el actor que al estar condicionada su mesada, procedió a realizar los trámites necesarios para aportar los citados documentos al ISS, y para efecto su empleador, Personería de Bogotá, le expidió certificación de retiro del servicio, pero al pedir la del retiro del Sistema General de Pensiones, se encontró con la sorpresa que en el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., aparece como afiliado.

5. Al percatarse el actor de tal circunstancia, formuló derecho de petición el día 26 de diciembre de 2008, solicitando su retiro de la base de datos, sin que mediara respuesta de Porvenir S.A., razón por la cual debió interponer acción de tutela, y en virtud de la orden emitida, el día 18 de febrero de 2009 le informan que rechazan la solicitud con el argumento de que existe multiafiliación a Porvenir S.A. y al Seguro Social. 5

6.- El veinticinco (25) de febrero de 2009, el actor interpone acción de tutela ante el Juzgado 41 Civil del Circuito, en contra del Seguro Social y Porvenir S.A, solicitando el amparo de sus derechos fundamentales a elegir libremente una Administradora del Fondo de Pensiones, al mínimo vital, a la dignidad humana y a la seguridad social, así como también, que se autorice su traslado inmediato al régimen de prima media con prestaciones definidas del Seguro Social, con el consecuente traslado de la totalidad de los ahorros realizados en el régimen de ahorro individual con solidaridad al Seguro Social Pensiones.6

7.-En los hechos de la acción de tutela, el accionante aduce que se inscribió en el fondo de pensiones Porvenir S.A por una mala asesoría de funcionarios de la misma y que si bien realizó el cambio, su empleador nunca realizó los aportes a ese fondo sino al Seguro

Social, manifiesta de igual forma, que actualmente no labora y de él dependen económicamente su esposa y dos hijas menores.<sup>7</sup>

#### Solicitud de Tutela

8.- Con fundamento en los hechos narrados, el ciudadano Eliseo Pita Camelo, solicitó la protección de sus derechos fundamentales a elegir libremente una administradora de fondo de pensiones, al mínimo vital, a la dignidad humana y a la seguridad social, los cuales, en su opinión, han sido vulnerados por las entidades demandadas. En consecuencia pide ordenar al Seguro Social y a Porvenir S.A, que procedan a autorizar su traslado al Régimen de Prima Media con Prestaciones Definidas del Seguro Social y a la Administradora de Fondo de Pensiones Porvenir, que traslade la totalidad de los ahorros efectuados en el régimen de ahorro individual con solidaridad, al Seguro Social Pensiones.<sup>8</sup>

#### Respuesta de la entidad demandada.

9.- El juzgado Cuarenta y Uno Civil del Circuito de Bogotá, mediante oficio N° 446 y 447 del veintiséis (26) de febrero de 2009, vinculó al proceso a las entidades demandas Porvenir S.A y Seguro Social, respectivamente.

10.- Porvenir S.A, mediante escrito del seis (6) de marzo de 2009, dio respuesta a la acción de tutela interpuesta por el señor Pita Camelo, señalando que no le asiste el derecho al demandante puesto que no existe un régimen de transición en el régimen de ahorro individual con solidaridad administrados por fondos privados.<sup>9</sup>

Señala la entidad demanda que al ser verificada la información del demandante, se pudo concluir que se encuentra válidamente afiliado a Porvenir S.A y que actualmente no es posible su traslado al régimen de prima media con prestaciones definidas, puesto que por mandato legal expreso se prohíben esos traslados, dado que a la fecha el afiliado cuenta con 65 años cumplidos, configurándose la causal prevista en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003:

“Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad

para tener derecho a la pensión de vejez”

Agrega Porvenir S.A que si bien la sentencia C-1024 de 2004, citada en la demanda, declaró exequible el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, bajo el entendido que las personas que reúnan las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no se haya regresado al régimen de prima media con prestaciones definidas, pueden regresar a este -en cualquier tiempo-, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002, sin embargo, el Decreto 3800 del 29 de diciembre de 2003, teniendo en cuenta la providencia de la Corte Constitucional y con el propósito de reglamentar el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 estableció10:

“Artículo 3º. Aplicación del Régimen de Transición. En el evento en que una persona que a 1º de abril de 1994 tenía quince (15) o más años de servicios prestados o semanas cotizadas, que hubiere seleccionado el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, decida trasladarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, le será aplicable el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo cual podrán pensionarse de acuerdo con el régimen anterior al que estuvieren afiliados a dicha fecha, cuando reúnan las condiciones exigidas para tener derecho a la pensión de vejez, siempre y cuando cumplan con los siguientes requisitos:

a) Al cambiarse nuevamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se traslade a él el saldo de la cuenta de ahorro individual del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y

b) Dicho saldo no sea inferior al monto total del aporte legal para el riesgo de vejez, correspondiente en caso de que hubieren permanecido en el Régimen de Prima Media, incluyendo los rendimientos que se hubieran obtenido en este último.

En tal evento, el tiempo cotizado en el Régimen de Ahorro Individual le será computado al del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Para efectos de establecer el monto del ahorro de que trata el literal b) anterior no se tendrá en cuenta el valor del bono pensional.”11

De acuerdo a lo anterior, el demandado analiza que el requisito establecido en el literal b) del artículo 3 del Decreto 3800 del 29 de diciembre de 2003 no se cumple, pues hoy en día, no existe equivalencia entre los aportes del régimen de prima media con prestaciones definidas y el régimen de ahorro individual con solidaridad, debido a que la Ley 797 de 2003, modificó los porcentajes, existiendo una diferencia del 1.5% en lo concerniente a los aportes destinados al riesgo de vejez.<sup>12</sup>

De igual manera señala que el demandante no cumple con el requisito de los quince (15) años de servicio a 1º de abril, señalados por el Decreto 3800 de 2003, pues de acuerdo a la Resolución 0006488 del Seguro Social, a esa fecha solo contaba con once (11) años de servicio.<sup>13</sup>

Agrega la entidad demandada, que en el caso en particular, hay ausencia de vulneración de derechos fundamentales, pues el comportamiento de Porvenir S.A, se ciñe a los postulados de la Ley 100 de 1993.<sup>14</sup>

Finalmente manifiesta que no es procedente la acción de tutela, como mecanismo transitorio para proteger el derecho afectado, pues el perjuicio en el presente caso no puede ser considerado irremediable.<sup>15</sup>

11.- El Seguro Social, a pesar de ser notificado, no dio respuesta a la acción de tutela impetrada.

## II. ACTUACIONES JUDICIALES

### Sentencia de primera instancia

1.- El once (11) de marzo de 2009, el Juzgado Cuarenta y Uno Civil del Circuito de Bogotá, mediante sentencia T - Nº 54-2009 con radicado Nº 110013103041200900101, resuelve negar la tutela solicitada alegando que el accionante usó la acción de tutela como mecanismo directo, sin hacer uso de las acciones ordinarias, lo cual genera una desnaturalización de la acción de tutela, pues esta sólo opera residualmente y cuando efectivamente no existe un mecanismo para proteger los derechos conculcados.

De igual manera, manifiesta el Juzgado, con relación al Seguro Social, que éste no está incurriendo en ninguna vulneración de los derechos fundamentales del accionante,

pues esta entidad ya cumplió con la obligación de conceder la pensión solicitada y sólo aguarda, para hacerla efectiva, la desvinculación del fondo de pensiones Porvenir S.A.16

## Impugnación

2.- El actor impugnó el fallo de primera instancia el doce (12) de marzo de 2009, fundamentando su apelación en normas contencioso administrativas, referentes a la obligación del Seguro Social, como entidad pública nacional, de cumplir el acto administrativo mediante el cual concedió el derecho a pensión del demandante, pues este se encuentra en firme y no ha sido revocado ni anulado, agregando que es el Seguro Social, quien debe acudir a su juez natural para dirimir la controversia que originó la expedición de su acto administrativo.17

3.- El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, resuelve confirmar el fallo de primera instancia con el argumento que la acción de tutela no puede ser utilizada como un instrumento alternativo o adicional de los accionantes, sino cuando el ordenamiento jurídico no consagra ningún otro mecanismo para la defensa del derecho.18

“De entrada encuentra la Sala que la tutela en el caso sub examine se torna improcedente, habida cuenta que tal no es un medio para declarar derechos litigiosos como lo es el reconocimiento y pago de una pensión, máxime cuando no se tiene certeza acerca de la entidad o persona obligada a su reconocimiento, ya que con tal fin se debe acudir a la justicia ordinaria laboral, que es la creada legalmente para dirimir esa clase de controversias”19

4. Pruebas obrantes en el expediente.

- Cédula de Ciudadanía del actor.20

- Resolución N.06488 del 19 de febrero de 2008 proferida por el Seguro Social.21

- Derecho de Petición de 23 de diciembre de 2008 dirigido a Porvenir S.A, en el que se solicita la desanotación por vinculación errónea en su base de datos.22

- Oficio emitido por Porvenir S.A de 18 de febrero de 2009.23
- Certificación Personería de Bogotá.24
- Copia de las Tarjetas de Identidad de las hijas del actor.25
- Certificado expedido por el Fondo de empleados de la Personería de Bogotá D.C., en el que constan los diferentes créditos que tiene el actor con la entidad.26
- Copia de diferentes recibos de servicios públicos domiciliarios adeudados por el accionante.27
- Certificación expedida por el Citibank, que acredita la deuda contraída con esta corporación.28

### III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

#### Competencia

1.- Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

#### Problema jurídico

2.- En atención a lo expuesto, esta Sala de Revisión debe establecer en un primer momento si es procedente la acción de tutela para solicitar la protección de derechos de carácter prestacional, y una vez resuelto lo anterior pasará a determinar si la negativa de Porvenir S.A. a expedir el certificado de retiro del Sistema General de Pensiones al actor, por encontrarse frente a una múltiple vinculación en los regímenes pensionales, y la decisión del Seguro Social de no incluirlo en nomina por carecer de este certificado vulneraron los derechos fundamentales del accionante a elegir libremente una administradora de fondo de pensiones, al mínimo vital, dignidad humana y la seguridad social.

3.- A fin de resolver el asunto, la Sala se pronunciará sobre los siguientes tópicos: (i) La seguridad Social como derecho constitucional fundamental y su protección por medio de

la acción de tutela, (ii) La Mesada Pensional, como concreción del derecho a la seguridad social y su conexidad con el derecho al mínimo vital, (iii) la multiafiliación al Sistema General de Pensiones, (iv) el caso concreto.

3.1 La seguridad social como derecho constitucional fundamental y su protección por medio de la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia.

De acuerdo a la clasificación ampliamente difundida en la doctrina que se ha ocupado de los derechos fundamentales, la cual toma como base el proceso histórico de surgimiento de estas garantías como parámetro de consulta para establecer la naturaleza de tales derechos, la seguridad social es un derecho que se inscribe en la categoría de los derechos de segunda generación -igualmente conocidos como derechos sociales o de contenido económico, social y cultural-.

En el ordenamiento jurídico colombiano y, durante un amplio lapso, la doctrina constitucional - incluida la jurisprudencia de la Corte Constitucional -, acogió la distinción teórica entre derechos civiles y políticos, de una parte, y derechos sociales, económicos y culturales, de otra. Los primeros generadores de obligaciones negativas o de abstención y por ello reconocidos en su calidad de derechos fundamentales y susceptibles de protección directa por vía de tutela. Los segundos, desprovistos de carácter fundamental por ser fuente de prestaciones u obligaciones positivas, frente a los cuales, por ésta misma razón, la acción de tutela resultaba, en principio, improcedente.

Sin embargo, desde muy temprano, el Tribunal Constitucional colombiano admitió que los derechos sociales, económicos y culturales, llamados también de segunda generación, podían ser amparados por vía de tutela cuando se lograba demostrar un nexo inescindible entre estos derechos de orden prestacional y un derecho fundamental, lo que se denominó "tesis de la conexidad" 29.

Otra corriente doctrinal ha mostrado, entretanto, que los derechos civiles y políticos así como los derechos sociales, económicos y culturales son derechos fundamentales que implican obligaciones de carácter negativo como de índole positiva<sup>30</sup>. Según esta óptica, la implementación práctica de todos los derechos constitucionales fundamentales siempre dependerá de una mayor o menor erogación presupuestaria, de forma

tal que despojar a los derechos sociales – como el derecho a la salud, a la educación, a la vivienda, al acceso al agua potable entre otros – de su carácter de derechos fundamentales por ésta razón resultaría no sólo confuso sino contradictorio.

Es por ello que en pronunciamientos más recientes esta Corte ha señalado que todos los derechos constitucionales son fundamentales<sup>31</sup> pues se conectan de manera directa con los valores que el constituyente quiso elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención). Significan, de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho, no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios – económicos y educativos – indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar. De ahí el matiz activo del papel del Estado en la consecución de un mayor grado de libertad, en especial, a favor de aquellas personas ubicadas en un situación de desventaja social, económica y educativa. Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter positivo o de acción).

Ahora bien, una cosa es la fundamentalidad de los derechos y otra – muy distinta – la posibilidad de hacerlos efectivos a través de la acción de tutela.

Existen facetas prestacionales de los derechos fundamentales – sean éstos civiles, políticos, económicos, sociales o culturales –, como el derecho a la pensión de vejez, cuya implementación política, legislativa, económica y técnica es más exigente que la de otras y depende de fuertes erogaciones económicas en un contexto de escasez de recursos. Esto supone que algunas veces sea necesario adoptar políticas legislativas y/o reglamentarias para determinar específicamente las prestaciones exigibles y las condiciones para acceder a las mismas, las instituciones obligadas a brindarlas y su forma de financiación, teniendo en cuenta que se debe atender, de modo prioritario, a quienes más lo necesitan. Sobra decir que, en esta tarea, el legislador y la administración deben respetar los mandatos constitucionales y los tratados internacionales sobre derechos

humanos ratificados por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad, para lo cual deben tener en cuenta las interpretaciones que los órganos autorizados han hecho sobre el alcance de los derechos que reconocen estas normas<sup>32</sup>.

La necesidad del desarrollo político, reglamentario y técnico no determina que estos derechos pierdan su carácter fundamental, pero sí tiene repercusiones en la posibilidad de protegerlos mediante la acción de tutela pues la indeterminación de algunas de sus facetas prestacionales dificulta establecer con exactitud, en un caso concreto, quién es el sujeto obligado, quién es el titular y cuál es el contenido prestacional constitucionalmente determinado.

En este sentido, la Corte ha señalado que sólo una vez adoptadas las medidas de orden legislativo y reglamentario, si se cumplen los requisitos previstos en estos escenarios, las personas pueden, sin excepción, acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de estos derechos fundamentales cuando quiera que se encuentren amenazados de vulneración o hayan sido conculcados<sup>33</sup>, previo análisis de los requisitos de procedibilidad de este mecanismo constitucional.

La anterior regla tiene una excepción, pues también ha indicado la Corte que ante la renuencia de las instancias políticas y administrativas competentes en adoptar e implementar medidas orientadas a realizar estos derechos fundamentales en la práctica, los jueces pueden hacer efectivo su ejercicio por vía de tutela cuando la omisión de las autoridades públicas termina por desconocer por entero la conexión existente entre la falta de protección de los derechos fundamentales y la posibilidad de llevar una vida digna y de calidad, especialmente de sujetos de especial protección o, en general, de personas colocadas en situación evidente de indefensión<sup>34</sup>.

De esta forma queda claro que el derecho a la seguridad social, es un derecho fundamental y que, cuando se presente alguno de los dos eventos descritos, la acción de tutela puede ser usada para protegerlo, siempre y cuando se verifiquen, además, los requisitos de procedibilidad de este mecanismo procesal.

Con relación a los requisitos de procedibilidad de la tutela para proteger derechos prestacionales, esta Corporación señaló:

“En síntesis, se puede indicar que en virtud del principio de subsidiariedad la acción de tutela es improcedente para ordenar el reconocimiento o reliquidación de una pensión. Sin embargo, de manera excepcional, el juez de tutela puede ordenar el reconocimiento o reliquidación de dicha prestación económica, si: (i) existe certeza sobre la ocurrencia de un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales si el reconocimiento no se hace efectivo; (ii) se encuentra plenamente demostrada la afectación de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna del accionante o de su núcleo familiar; (iii) los beneficiarios del derecho pensional son sujetos de especial protección constitucional; y, (iv) cuando conforme a las pruebas allegadas al proceso, el juez de tutela determina que efectivamente, a pesar de que le asiste al accionante el derecho pensional que reclama, éste fue negado de manera caprichosa o arbitraria”<sup>35</sup>

De esta forma queda claro que el derecho a la seguridad social, es un derecho fundamental y que, cuando se presente alguno de los eventos descritos, la acción de tutela puede ser usada para protegerlo, siempre y cuando se verifiquen, además, los requisitos de procedibilidad de este mecanismo procesal.

3.2 La Mesada Pensional como concreción del derecho a la seguridad social y su conexidad con el derecho al mínimo vital. Reiteración de jurisprudencia.

El mínimo vital es un derecho fundamental protegible por medio de la acción de tutela, consistente en los recursos necesarios que requiere una persona para poder satisfacer sus necesidades básicas, es decir, vivir en condiciones de dignidad.

Al respecto, ha dicho esta Corporación que el derecho al mínimo vital son los: “Requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y de su familia”, especialmente en lo relacionado con su alimentación, vestido, educación, vivienda y seguridad social. Así mismo, la jurisprudencia Constitucional ha precisado que el mínimo vital es una “institución de justicia elemental que se impone aplicar, como repetidamente lo ha hecho la Corte Constitucional, en situaciones humanas límites producidas por la extrema pobreza y la indigencia cuando quiera que frente a las necesidades más elementales y primarias, el Estado y la sociedad no responden de manera congruente y dejan de notificarse de las afectaciones más extremas de la dignidad humana”.<sup>36</sup>

Reitera la jurisprudencia constitucional que:

“En múltiples oportunidades, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el alcance y contenido de este concepto. Y la atención que le ha prodigado la jurisprudencia a esta garantía constitucional no resulta caprichosa ni arbitraria. Como recientemente fue señalado en la sentencia T - 772 de 2003, el mínimo vital es un presupuesto básico para el efectivo goce y ejercicio de la totalidad de los derechos fundamentales. Se constituye en una “pre-condición para el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales de la persona y en una salvaguarda de las condiciones básicas de subsistencia”.<sup>37</sup>

En el caso del derecho a la mesada pensional, como desarrollo del derecho a la seguridad social, puede ser amparado por vía de acción de tutela, por ostentar esta el carácter de derecho fundamental.

“La jurisprudencia constitucional ha establecido que la mesada pensional es un mecanismo que garantiza el derecho al mínimo vital de las personas de la tercera edad, porque esta prestación periódica dineraria permite a los pensionados acceder al conjunto de prestaciones constitutivas del [mismo] (...) Por lo tanto la actualización periódica de esta prestación es simultáneamente una garantía del derecho al mínimo vital y una medida concreta a favor de los pensionados, por regla general adultos mayores o personas de la tercera edad y por lo tanto sujetos de especial protección constitucional”<sup>38</sup>.

Cabe señalar que la mesada pensional como manifestación del derecho al mínimo vital no es en todos los casos protegible por vía de acción de tutela, sólo lo es cuando la mesada pensional es necesaria para el sustento del pensionado y su familia, pues no existe otro medio de subsistencia o existiendo es insuficiente para la satisfacción de las necesidades. También es aplicable, cuando el no pago causa un grave desequilibrio económico y emocional al afectado. <sup>39</sup>

### 3.3 La multifiliación en el Sistema General de Pensiones

1.- La multifiliación consiste en la afiliación simultánea a los dos regímenes de pensión coexistentes en Colombia en este momento, el de prima media con

prestaciones definidas, prestado por el Seguro Social y el de ahorro individual con solidaridad, ofrecido por las aseguradoras privadas como Provenir S.A.

2.-El Decreto 3995 de 2008, por el cual se reglamentan los artículos 12, 13 y 16 la Ley 100 de 1993, contempla la prohibición de la multifiliación en el Sistema General de Pensiones y establece los criterios para resolver estos casos de múltiple vinculación.

Las disposiciones contenidas en el mismo se aplican a los afiliados al sistema general de pensiones que al 31 de Diciembre de 2007 se encuentran incursos en situación de múltiple vinculación entre el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad.

Señala así mismo que “A las personas que, después de un año de entrada en vigencia la Ley 797 de 2003, se trasladaron al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) faltándoles 10 años o menos para tener la edad exigida para tener derecho a la pensión en ese régimen, se les aplicará lo que establecen los artículos 7,8 y 12 del presente Decreto”.

3. Se indica que los procesos de cruce de información y los controles para la prevención en el futuro de la múltiple vinculación, solamente pudieron realizarse y finalizarse con base en procesos tecnológicos de manera adecuada durante los años 2006 y 2007, lo que impidió que las administradoras pudieran cumplir oportunamente con su obligación de informar a sus afiliados o cotizantes su situación de múltiple vinculación o de cotizante no vinculado. Dicha situación generó, a su turno, que durante el periodo transcurrido entre la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y el 31 de diciembre de 2007, surgieran numerosos casos de personas con vinculación y/o cotizaciones simultaneas a los regimenes pensionales, generando confusión acerca de cual es la administradora que debe responder por las prestaciones de vejez, invalidez y sobrevivencia, tal y como lo demuestra la situación generalizada de mora y litigiosidad en el reconocimiento y pago de tales prestaciones.

Con el fin de dar solución definitiva a estos casos de múltiple vinculación, se expide el aludido decreto, privilegiando para ello la voluntad de los cotizantes, teniendo en cuenta los tiempos de las cotizaciones efectuadas para todos los efectos y preservando el derecho

de la libre escogencia bajo parámetros claros que permitan establecer la verdadera situación de los afiliados al sistema.

4. Al referirse el Decreto 3935 de 2008, en el capítulo II a los criterios de solución plantea lo siguiente:

“Artículo 2. Afiliación válida en situaciones de múltiple vinculación. Está prohibida la múltiple vinculación. El afiliado sólo podrá trasladarse en los términos que establece la Ley 797 de 2003. Cuando el afiliado cambie de régimen o de administradora antes de los términos previstos en la ley, esta última vinculación no será válida y el afiliado incurrirá en múltiple vinculación. La vinculación válida será la correspondiente al último traslado que haya sido efectuado con el cumplimiento de los términos legales antes de incurrir en un estado de múltiple vinculación.

Para definir a que régimen pensional esta válidamente vinculada una persona que se encuentra en estado de múltiple vinculación al 31 de diciembre de 2007, se aplicarán, por una única vez, las siguientes reglas:

Cuando el afiliado en situación de múltiple vinculación haya efectuado cotizaciones efectivas, entre el 1 de julio y el 31 de diciembre de 2007, se entenderá vinculado a la administradora que haya recibido el mayor número de cotizaciones;40 en caso de no haber realizado cotizaciones en dicho término, se entenderá vinculado a la administradora que haya recibido la última cotización efectiva. Para estos efectos, no serán admisibles los pagos de cotizaciones efectuados con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia de este Decreto.

Cuando el afiliado no haya efectuado ninguna cotización o haya realizado el mismo número de cotizaciones en ambos regímenes entre el 1 de julio y el 31 de diciembre de 2007, será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales antes de la situación de múltiple vinculación.

Las reglas previstas en este artículo también aplicaran a aquellos afiliados que se encuentran registrados en las bases de datos de los dos regímenes por no haberse

perfeccionado el traslado de régimen.”<sup>41</sup>

5. Finalmente, es preciso indicar que es el mismo decreto quien señala las personas excluidas de la aplicación de las disposiciones en el contenidas, siendo ellas las siguientes:

1.”Las personas cuya situación de múltiple vinculación haya sido decidida conforme a las normas vigentes antes de la entrada en vigencia del presente decreto.

2. Las personas a quienes a la entrada en vigencia del presente Decreto se les haya reconocido una pensión del Sistema General de Pensiones, o quienes tengan los requisitos de pensión cumplidos en alguno de los dos regímenes.

3. Los afiliados que desempeñen actividades de alto riesgo de acuerdo con el artículo 9 del Decreto Ley.

De lo anterior se concluye que las multiafiliaciones pueden subsanarse, correspondiendo la afiliación efectiva, a uno u otro sistema, atendiendo los criterios señalados en el Decreto 3995 de 2008.

De lo anterior se concluye que el legislador en busca de dar solución a los múltiples inconvenientes, que se presentan al momento de tramitar la pensión ya sea de vejez, invalidez o sobrevivencia en casos de multiafiliación y que dilatan el proceso de dicha reclamación, expidió el Decreto 3995 de 2008 señalando las pautas que permiten definir a que régimen pensional se esta validamente vinculado, siendo aplicable a este caso lo contemplado en el artículo 2 del mencionado Decreto.

### 3.4 Caso concreto

En el presente caso el Seguro Social le concedió al actor su derecho a la pensión, sin embargo, se dejó en suspenso el pago e ingreso en nómina de la mesada, hasta tanto aportara al expediente, fotocopia auténtica del acto administrativo mediante el cual acreditara su retiro del servicio, así como del retiro del Sistema General de Pensiones; requisito este que no pudo satisfacer pues al solicitar el accionante el mencionado certificado se encontró con la sorpresa de estar afiliado a Porvenir S.A.

Del material probatorio obrante en el expediente se colige que el accionante cuenta con 66 años, no posee un empleo actual y de él dependen su esposa e hijas menores, igualmente se encuentra demostrado que el actor ha contraído varias deudas con distintas entidades financieras a las que no ha podido responder en las fechas acordadas por no contar con los medios para ello.

3.4.1- Una vez sentado lo anterior, determinará la Corte, en primer lugar, si el caso concreto, la mesada pensional, es susceptible de protección por medio de la acción de tutela. Para ello se verificará que se cumpla con los requisitos establecidos jurisprudencialmente para su protección, a partir de la respuesta de dos interrogantes:

-El primero encaminado a determinar si este derecho puede ser protegido por medio de acción de tutela.

- Y, en caso de ser afirmativo el interrogante anterior, establecer si se cumple con los requisitos señalados por la jurisprudencia para que ello sea posible.

3.4.2. En cuanto a lo primero, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, citada en la parte III de esta Sentencia, este derecho puede ser amparado por vía de tutela, por desarrollar el derecho al mínimo vital y la Seguridad Social de las personas de la tercera edad, tal como ocurre en el caso objeto de análisis.

3.4.3. Ahora, en lo atinente a la procedibilidad de la acción de tutela en el caso particular, por tratarse la mesada pensional de un derecho prestacional, esta Corporación ha establecido que la acción de tutela sólo es procedente en estos casos de manera excepcional, pues se trata del litigio de derechos legales y no constitucionales, sin embargo esta no es una regla absoluta, siendo procedente la misma para proteger derechos prestacionales cuando se reúnen varios requisitos, que se estudiarán en el caso en examen.

Los parámetros establecidos para la viabilidad del uso de la acción de tutela para proteger derechos prestacionales, son:

- Que el perjuicio sea irremediable, situación que está establecida en el presente

caso, pues de acuerdo al material probatorio obrante el expediente, se demuestra que las condiciones mínimas de vida del actor y su familia se han visto afectadas, pues su sustento, dependía única y exclusivamente de un salario que el actor dejó de percibir hace más de un año, fecha desde la cual se encuentra a la espera del pago de su mesada pensional.

Sumando a lo anterior, el actor ha contraído una serie de deudas con distintas entidades y personas para poder vivir dignamente, sin tener manera de cumplir con el pago de las mismas.

- Que se encuentre plenamente afectado el derecho al mínimo vital, circunstancia que también se encuentra acreditada, conforme a las pruebas allegadas al proceso.

- Que los beneficiarios del derecho sean sujetos de especial protección constitucional, lo cual se presenta en el caso, pues el mínimo vital que se encuentra afectado, es el de sujetos de la tercera edad (actor) conforme a la Ley 1251 de 2008, que define como "Adulto mayor a aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más" y el de sus hijos menores de edad, reconocidas ambas categorías como sujetos vulnerables.

- Que la mesada pensional está siendo negada de manera arbitraria, pues el actor tiene derecho a ella, de acuerdo a Resolución del Seguro Social, aportada a este proceso, sin embargo, por la negación de Porvenir S.A de expedir el certificado de retiro del servicio, tal derecho no puede ser efectivizado por presentarse el fenómeno de la multiafiliación.

- Finalmente, si bien el actor cuenta con otros medios de defensa judicial, estos no resultan efectivos frente al caso concreto, pues el inicio de un proceso ordinario implica someter a grandes esperas y graves padecimientos económicos tanto a él como a su familia, quienes llevan más de un año a la espera del pago de la mesada pensional.

Vemos pues como en el caso en examen se cumplen con los distintos requerimientos señalados por esta Corporación para la procedencia de la acción de tutela frente a la protección del derecho a la mesada pensional.

3.4.4. Una vez establecido lo anterior, estudiará la Corte el caso de multiafilación, ya que el actor aparece afiliado simultáneamente a los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, lo que ha generado una serie de inconvenientes que han dilatado su ingreso en nómina y el efectivo disfrute de su mesada pensional.

El Decreto 3995 de 2008, establece los criterios para resolver los casos de multiafilación al Sistema General de Pensiones. El caso concreto se encuentra dentro de la hipótesis enunciada en el inciso tercero del artículo segundo, que reza, “Cuando el afiliado en situación de múltiple vinculación haya efectuado cotizaciones efectivas, entre el 1 de julio y el 31 de diciembre de 2007, se entenderá vinculado a la administradora que haya recibido el mayor número de cotizaciones...”

Con relación a lo anterior, se encuentra probado en el expediente, que el actor realizó cotizaciones al Seguro Social entre el 1 de julio y el 31 de diciembre de 2007, pues según certificado del director de recursos humanos de la Personería de Bogotá, el actor desde su ingreso a la Personería, hasta el 31 de diciembre de 1995, estuvo vinculado en pensión a la Caja de Previsión Social del Distrito - Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá D.C. y a partir del 1 de enero de 1996 se trasladó al Seguro Social en Pensiones, entidad en la cual estuvo vinculado hasta la fecha de su renuncia el 8 de junio de 2008, 42 de tal manera, que realizó cotizaciones efectivas al Seguro Social, entre el 1 de julio y el 31 de diciembre de 2007, por lo que de acuerdo a las reglas establecidas en el Decreto 3995 de 2008, su situación de multiafilación se resuelve a favor del Seguro Social Pensiones.

De igual manera, de acuerdo a lo manifestado por el actor (y no desvirtuado por Porvenir S.A en la contestación de la demanda), se tiene que nunca se realizaron pagos efectivos a Porvenir S.A, concluyendo de lo anterior que el mayor número de cotizaciones en el periodo del 1 de julio al 31 de diciembre de 2007, fueron realizadas al Seguro Social, pues a Porvenir S.A. no se hizo efectivo pago alguno.

3.4.5. Ahora, es importante señalar que el numeral segundo, contenido en el párrafo del artículo primero del Decreto 3995 de 2008 señala que Se excluyen de la aplicación del Decreto a “Las personas a quienes a la entrada en vigencia del presente Decreto se les haya reconocido una pensión del Sistema General de Pensiones, o

quienes tengan los requisitos de pensión cumplidos en alguno de los dos regímenes.”

Una interpretación sistemática y coherente de la anterior disposición, nos lleva a concluir que la exclusión va dirigida a aquellas personas que no solo se les reconoció la pensión, sino que efectivamente estén disfrutando de ella, no siendo esta la situación del actor, a quien si bien se le reconoció formalmente el derecho a la mesada pensional, con anterioridad a la entrada en vigencia del decreto, situación que lo excluiría de su aplicación, no ha podido disfrutar de manera real y efectiva de éste, ya que su inclusión en nomina se vio condicionada a una serie de requisitos procedimentales que no ha podido satisfacer por la no solución de su problema de multiafilición en el sistema pensional.

No puede ser otra la interpretación dada a la exclusión contenida en el Decreto, pues sería contraria a principios constitucionales que por el hecho de habersele reconocido solo formalmente pero no efectivamente el derecho, se deje en un estado de desprotección absoluta al actor y su familia, contrariando así el fin de la norma que lo que busca es superar las situaciones que impiden el goce efectivo del derecho a la pensión.

Por todo lo anterior, frente al caso concreto, resulta inaplicable la exclusión contenida en el numeral 2 del párrafo del artículo 1 del 3995 de 2008 en cuanto produce resultados contrarios a la Constitución, por esta razón, se aplicarán las pautas del Decreto mencionado para solucionar los casos de múltiple vinculación.

3.4.6.- Una vez visto lo anterior, resulta inconveniente que Porvenir S.A se niegue a la expedición del certificado de retiro del sistema del actor, cuando el decreto que regula la materia, es claro en el sentido, de que la afiliación válida en el caso particular, corresponde a la del Seguro Social, máxime si se encuentra en juego el derecho fundamental al mínimo vital de sujetos de especial protección.

En la situación concreta se evidencia la afectación de derechos fundamentales, ya que debido a las circunstancias de incapacidad del actor para satisfacer las necesidades básicas de él y su familia, ha tenido que recurrir a toda serie de maniobras para sobrevivir sin un salario o una mesada pensional, siendo evidente el perjuicio grave que se ocasiona a una familia cuando ésta no tiene medios para subsistir dignamente.

3.4.7. Por todo lo anterior, la Corte concederá la acción de tutela de manera permanente, en virtud de las circunstancias de desprotección del actor y su familia, las cuales se han visto afectadas de manera evidente, pues su sustento, depende única y exclusivamente de una mesada pensional y ésta no se viene percibiendo desde hace más de un año.

El perjuicio que se está ocasionando a esta familia, con el no pago de la mesada pensional del señor Pita Camelo, tiene una mayor trascendencia en cuanto a que los sujetos afectados están catalogados como de especial protección por parte de la Corte Constitucional, puesto que se trata de menores de edad (las hijas del actor) y personas de la tercera edad (actor con 66 años de edad).

De allí que lo que ordenará esta Corporación, en la parte resolutive de esta sentencia, no es el derecho a pensión, pues este ya se encuentra probado e incluso otorgado al actor por medio de Resolución expedida por Seguro Social sino que Porvenir S.A, expida el certificado de retiro del servicio y que el Seguro Social incluya en nómina de pensionados al actor, hechos estos, que en lo sucesivo permitirán la protección del derecho al mínimo vital del actor y su familia.

#### IV. DECISION

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

#### RESUELVE

Primero.- REVOCAR los fallos de primera y segunda instancia proferidos por el Juzgado Cuarenta y Uno Civil del Circuito y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, instaurada por Eliseo Pita Camelo contra Seguro Social y Porvenir S.A, para en su lugar DECLARAR LA PROCEDENCIA de estos con relación al derecho al mínimo vital.

Segundo. CONCEDER la protección del derecho a la mesada pensional, del actor, por su conexidad con el mínimo vital.

Tercero. ORDENAR a Porvenir S.A expedir el certificado de retiro del Sistema General de Pensiones del señor Pita Camelo, en las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la

notificación de esta providencia; y ORDENAR al Seguro Social Pensiones, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes al recibo de la certificación, la inclusión en nómina de pensionados del actor y el pago de las mesadas adeudadas desde el reconocimiento de la pensión, hasta el momento en que sea efectivamente incluido en esta.

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

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 El actor nació el treinta (30) de julio de 1943.Folio 1, cuaderno 1

2 Folio 7, cuaderno 1.

3 Folio 2, cuaderno 1.

4 Folio 3, cuaderno 1.

5 Folio 8, cuaderno 1.

6 Folio 10 al 21, cuaderno 1.

7 Folio 11, cuaderno 1.

8 Folio 19, cuaderno1.

9 Folio 30, cuaderno 1.

10 Folio 31, cuaderno 1.

11 Decreto 3800 de 2003.

12 Folio 32, cuaderno 1.

13 Folio 33, cuaderno 1.

14 Folio 36, cuaderno 1.

15 Folio 37, cuaderno 1.

16 Folios 26 al 29, cuaderno 1.

17 Folio 38 y 39, cuaderno 1.

18 Folio 6, cuaderno 2.

19 Folio 7, cuaderno 2.

20 Folio 1, cuaderno 1.

21 Folio 2, cuaderno 1.

22 Folio 5, cuaderno1.

23 Folio 8, cuaderno 1.

24 Folio 7, cuaderno 1.

26 Folio 2, cuaderno 4.

27 Folio 3, cuaderno 4.

28 Folio 3, cuaderno 5.

29 Posición planteada desde la sentencia T-406 de 1992.

30 Víctor Abramovich, Christian Courtis, Los derechos sociales como derechos exigibles, Editorial Trotta, Madrid, 2002.

31 Ver las sentencias T-016-07 sobre el derecho a la salud, T-585-08 sobre el derecho a la vivienda y T-580-07 sobre el derecho a la seguridad social.

32 Al respecto ver las Sentencias C-616 de 2001, C-130 de 2002, C-791 de 2002 y SU-623 de 2001

33 Sentencia T-016-07.

34 Ibídem.

35 Al respecto ver Corte Constitucional, sentencias T-884 DE 2008, T-816 de 2006, T-1309 de 2005, T-691 de 2005, T-580 de 2005 y T-425 de 2004.

36 Al respecto ver Corte Constitucional, sentencias T-335 de 2004, T-011 de 1998, SU - 225 de 1994.

37 Al respecto ver Corte Constitucional, sentencia T- 335 DE 2004, T - 772 de 2003.

38 Corte Constitucional, sentencia C-862 de 2006.

39 Al respecto ver Corte Constitucional, sentencia T-704 de 2007.

40 Subrayado fuera del texto.

41 Decreto 3995 de 2008, artículo 2.

42 Al respecto ver folio 7, cuaderno 1.