

Sentencia T-818/07

REGIMEN DE TRANSICION EN PENSIONES PARA REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA-Requisitos

REGIMEN DE TRANSICION EN PENSIONES-Objeto

REGIMEN DE TRANSICION EN PENSIONES DE LA LEY DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL-Mecanismo de protección ante los cambios producidos por un tránsito legislativo

REGIMEN DE TRANSICION EN PENSIONES-A quienes se refirió la ley 100 de 1993

La Corte ha indicado en su jurisprudencia que el régimen de transición fue reconocido únicamente para los trabajadores que estaban afiliados al régimen de prima media con prestación definida y que al entrar en vigencia el sistema de pensiones tenían 35 o más años, si eran mujeres, o 40 años o más, si se trataba de hombres, o llevaban 15 o más años de servicios cotizados. Estos requisitos son disyuntivos, por lo que basta con que en cabeza de una persona se configure alguna de las dos premisas anteriormente descritas para que frente al Estado Social de Derecho aquel ostente un derecho adquirido al régimen de transición. La adquisición de un determinado derecho implica siempre que en cabeza de un titular se cumplan ciertas condiciones, lo que acarrea como consecuencia jurídica que en su patrimonio se configure una situación jurídica concreta. Esto significa que el derecho a pensionarse bajo los parámetros establecidos en el sistema anterior a aquel establecido en la ley 100 de 1993, es un derecho adquirido para aquellas personas que cumplían al menos uno de los requisitos para formar parte de dicho régimen.

REGIMEN DE TRANSICION EN PENSIONES-Derecho a trasladarse del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida

Aquellas personas que, al momento de entrar a regir el artículo 36 de la ley 100 de 1993, hubiesen cotizado quince años o cumplieran con los requisitos de edad, adquirieron el derecho a pensionarse bajo los parámetros definidos en el sistema anterior. Lo que acarrea como consecuencia lógica el derecho a trasladarse del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida en cualquier momento para hacer efectivo dicho derecho, con la única condición de que al cambiarse de régimen nuevamente se

traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

REGIMEN DE PENSIONES-Imposibilidad de condicionar la realización del derecho a la libre escogencia mediante elementos que hagan imposible su ejercicio

La exigencia de condiciones imposibles -como la señalada en el párrafo precedente- para ejercer el derecho de las personas que, pueden cambiar de régimen aún faltándoles menos de diez años para obtener el derecho de pensión, es a todas luces inconstitucional. No se puede condicionar la realización del derecho a la libre escogencia de régimen pensional mediante elementos que hagan imposible su ejercicio.

Referencia: expediente T-1635513

Acción de tutela instaurada por Rito Celio Gallegos Ruiz contra PORVENIR AFP.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Bogotá, D.C., cuatro (4) de octubre de dos mil siete (2007)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados, JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA Y JAIME ARAÚJO RENTERÍA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del trámite de revisión de los fallos dictados por el Juzgado Treinta y Uno Civil Municipal de Bogotá el veinte (20) de abril de dos mil siete (2007) y por el Juzgado Cuarenta y Dos Civil del Circuito de Bogotá el diez (10) de mayo de dos mil siete (2007), en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

El veintinueve (29) de marzo de dos mil siete (2007) el señor Rito Celio Gallegos Ruiz interpuso acción de tutela contra PORVENIR AFP por considerar que la negativa de la accionada a autorizar su traspaso al ISS vulneró sus derechos a la igualdad, seguridad social y libre escogencia de régimen pensional.

Los hechos relatados por la parte demandante en la acción de tutela se resumen así:

1. Es funcionario público Distrital desde 1990. “Con cuatro años cotizados al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, en el sector privado y 18 años como funcionario publico (sic),(...) al SEGURO SOCIAL”.

2. “Estuv[o] cotizando al SEGURO SOCIAL hasta enero de 2000 y desde esa fecha [se] traslad[ó] del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad a PORVENIR AFP.”

3. Según el actor, reúne los requisitos para acceder al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

5. En noviembre de 2006 el SEGURO SOCIAL le comunicó que PORVENIR AFP rechazó su traslado a dicha entidad.

6. La razón por la cual la AFP rechazó el traslado fue: “como no cuent[a] con 15 años o más cotizados deb[e] permanecer y pensionar[se] por vejez en dicha AFP(...)”. Encuentra que dicho análisis es errado, pues la AFP no se pronuncia sobre el requisito de edad, para acceder al régimen de transición, que cumple a cabalidad.

2. Solicitud de tutela.

Considerando transgredidos sus derechos fundamentales a “la libre escogencia de AFP”, seguridad social e igualdad, solicita mediante la acción de tutela se ordene a PORVENIR AFP autorizar el traslado del accionante al SEGURO SOCIAL.

3. Intervención de la parte demandada.

La entidad accionada se opuso a las pretensiones del actor señalado que el traslado “no es viable legal ni constitucionalmente (...) de acuerdo a los establecido por la Ley 100 de 1993,

modificada por la ley 797 de 2003, [así como los decretos reglamentarios]”. Por tanto la negativa de la entidad a realizar el traslado se debió a una estricta obediencia del “mandato legal expreso que prohíbe dichos traslados”.

Aduce la AFP que al accionante le faltan menos de 10 años para cumplir la edad de pensión. Según el artículo 2º de la ley 797 de 2003, “[d]espués de un (1) año de la vigencia de (dicha 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”. Ahora bien, la sentencia C-1024 de 2004 declaró exequible dicho artículo en el entendido que las personas que reúnan los requisitos para acceder al régimen previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 pueden regresar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, conforme los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002.

El decreto 3800 de 2003 reglamentó el literal e) del artículo 13 de ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2º de la ley 797 de 2003. Dicha disposición estableció que es posible el traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones: 1. Que la persona que haya solicitado el traslado haya tenido al primero (1º) de abril de 1994 quince (15) o más años de servicios prestados o semanas cotizadas. 2. Al cambiarse nuevamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se le traslade a él el saldo de la cuenta de ahorro individual del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Y 3. Que dicho saldo no sea inferior al monto total del aporte legal para el riesgo de vejez correspondiente en caso de que hubiera permanecido en el Régimen de Prima Media, incluyendo los rendimientos que se hubieran obtenido en este último.

En el entender de la entidad este último requisito significa que “el monto de los aportes efectuados (...) ante [la] Administradora no pueden ser inferiores a los que debió haber cotizado en el Régimen de Prima con Prestación Definida”. Este requisito no se cumple, pues no se acredita equivalencia entre los aportes conforme al artículo 7º de la ley 797 de 2003, que “creó en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad un aporte que hoy en día es del 1.5% destinado al fondo de Garantía de Pensiones”.

“Así los aportes destinados al riesgo de vejez hoy en día no coinciden en el Régimen de Prima Media (ISS) y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (Fondos Privados), pues existe una diferencia de 1.5% que en el Régimen de Ahorro Individual se destina al Fondo de

Garantía de Pensión Mínima. Sobre el particular es preciso destacar que con anterioridad a la promulgación de la Ley 797 de 2003 si existía una equivalencia de los aportes en ambos regímenes”.

Concluye señalando que la acción de tutela es improcedente en el caso en concreto, pues existen otros mecanismos de defensa, y que al versar la reclamación sobre la modificación de una norma debe acudir a las instancias pertinentes.

4. Pruebas relevantes aportadas al proceso.

a. Cédula de Ciudadanía perteneciente al Rito Celio Gallegos Ruiz, con fecha de nacimiento 21 de abril de 1952 (Cuad. 1, folio 1)

a. Formulario de Solicitud de traslado presentado por el accionante (Cuad. 1, folio 2)

a. Respuesta del SEGURO SOCIAL donde se manifiesta el rechazo del traslado (Cuad. 1, folio 3)

a. Respuesta a derecho de petición del accionante, donde PORVENIR AFP manifiesta las razones del rechazo del traslado, señalando que se debió a “la causal Obtendrá pensión de vejez”. “El decreto 3800 de 29 de diciembre de 2003, es reiterativo al señalar que de acuerdo al art. 2 de la ley 797 de 2003, las personas que les faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, podrán trasladarse de régimen por una sola vez a más tardar el 28 de enero de 2004.(...)[La] solicitud[no fue presentada] en el tiempo que otorgó la ley para ello. Concluye señalando que el cambio de régimen no procede , pues el actor no cumple con uno de los términos que señala la sentencia C-789 de 2002, ya que no acredita haber cumplido 15 años o más de servicios cotizados. (Cuad. 1, folios 5 y 6).

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

1. Sentencia de primera instancia

Correspondió conocer de la causa en primera instancia al Juzgado Treinta y Uno Civil Municipal de Bogotá, que mediante sentencia del veinte (20) de abril de dos mil siete (2007) resolvió denegar el amparo solicitado.

Encontró el A quo que la acción de tutela, en el caso concreto, no era procedente, pues la misma no fue instituida para alterar competencias o provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutivos. Señaló el juez de instancia que el actor pretendía se ordenara un traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida; asunto que debía ser discutido “(...) a través de la vía ordinaria, en donde mediante un proceso, y utilizando los medios probatorios correspondientes, se [pudiera] concluir lo que (...) pretende el accionante de tutela”.

2. Impugnación

El señor Gallegos Ruiz interpuso recurso de apelación contra la providencia de primera instancia. Tras presentar símiles argumentos a los aducidos en el libelo de la demanda y exponiendo como transgredido los derechos a la libre escogencia de AFP, seguridad social e igualdad, adujo el actor que “(...) el artículo 4 de la Carta política [señala que] en caso de discrepancia entre una norma y un derecho fundamental, debe inaplicarse la norma solo (sic) para el caso concreto y proteger el derecho fundamental, lo que implica que los argumentos legales esgrimidos por la accionada, deben ceder ante [su] derecho fundamental a la libre escogencia y a la igualdad”.

De igual forma indicó que la entidad accionada toma como base para negar el traslado el hecho que no cuenta con 15 años o más cotizados. No obstante, a su modo de ver, PORVENIR yerra, pues omite que cumple con el requisito de edad a cabalidad.

3. Sentencia de segunda instancia

Correspondió conocer del recurso de alzada al Juzgado Cuarenta y Dos Civil del Circuito de Bogotá, que mediante sentencia del diez (10) de mayo de dos mil siete (2007) resolvió confirmar la providencia del A quo.

Adujo el A quem que “(...)la controversia que se ha suscitado en el sentido de establecer si PORVENIR debe autorizar o no el traslado de fondo de pensiones al INSTITUTO de SEGURO SOCIAL, debe dilucidarse ante la jurisdicción ordinaria, no se puede pretender, que existiendo un mecanismo idóneo y su accionante encontrarse en posibilidad de adelantar y obtener la decisión definitiva por parte del juez competente, se prefiera intentar la protección última y espacialísima de la acción de tutela.”

Por último señaló el A quem que no se evidenciaba perjuicio irremediable alguno que “(...)comporte condiciones tan imperiosas como para entenderse irremediabilidad (sic) que conlleve protección como mecanismo transitorio, con las características de urgente y grave que hagan impostergable la tutela, toda vez que no se encuentra desvinculada de fondo de pensiones”.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Remitido el expediente a esta Corporación. La Sala de Selección número Seis mediante auto del veintidós (22) de junio de dos mil siete (2007), dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer de la revisión de los fallos materia de la misma, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes, así como por la escogencia del caso por la Sala de Selección.

2. Problemas jurídicos y esquema de resolución

Una vez analizados los hechos narrados y probados en el proceso corresponde a esta Sala de Revisión determinar si: (ii) si el actor hace parte del régimen de transición, y por tanto, (i) PORVENIR AFP, al rechazar el traslado que el accionante solicitaba al ISS, transgredió los derechos a la igualdad, seguridad social y a la libre escogencia de régimen pensional del señor Rito Celio Gallegos Ruiz.

Para resolver los anteriores problemas jurídicos, la Sala reiterará la jurisprudencia de esta Corporación en torno a (i) requisitos impuestos por el legislador para aplicar el régimen de

transición contenido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993. Posteriormente se resolverá el caso en concreto.

2.1 Requisitos impuestos por el legislador para aplicar el régimen de transición contenido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993. Reiteración de Jurisprudencia.

La creación del régimen de transición obedeció a la necesidad de implementar un mecanismo de protección frente a los tránsitos de legislación que afectarían desmesuradamente a un grupo determinado de trabajadores que, si bien no habían adquirido el derecho a la pensión, tenían una expectativa legítima de adquirir dicho derecho, ya que se encontraban próximos a que en su cabeza se concretaran las premisas para pensionarse en el momento en el que acaeció dicho tránsito legislativo.¹

La Corte ha indicado en su jurisprudencia² que el régimen de transición fue reconocido únicamente para los trabajadores que estaban afiliados al régimen de prima media con prestación definida y que al entrar en vigencia el sistema de pensiones tenían 35 o más años, si eran mujeres, o 40 años o más, si se trataba de hombres, o llevaban 15 o más años de servicios cotizados. Estos requisitos son disyuntivos, por lo que basta con que en cabeza de una persona se configure alguna de las dos premisas anteriormente descritas para que frente al Estado Social de Derecho aquel ostente un derecho adquirido al régimen de transición.

La adquisición de un determinado derecho implica siempre que en cabeza de un titular se cumplan ciertas condiciones, lo que acarrea como consecuencia jurídica que en su patrimonio se configure una situación jurídica concreta. Esto significa que el derecho a pensionarse bajo los parámetros establecidos en el sistema anterior a aquel establecido en la ley 100 de 1993, es un derecho adquirido para aquellas personas que cumplieran al menos uno de los requisitos para formar parte de dicho régimen. Así, en la sentencia C-754 de 2004 la Corte señaló:

“La Corte advierte en este sentido que al entrar en vigencia el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, las personas que a primero de abril de 1994 cumplieran con los requisitos señalados en la norma adquirieron el derecho a pensionarse según el régimen de transición (...). Ello por cuanto a esa fecha cumplieran con los requisitos establecidos en el artículo 36, y consecuentemente incluyeron en su patrimonio el derecho a adquirir su pensión en los términos del régimen de transición.”

“Ahora bien, cabe precisar que si bien la Corte en la Sentencia C-789 de 2003 señaló que no existe propiamente un derecho adquirido a ingresar al régimen de transición, -pues si el legislador cambia las condiciones en que se puede ingresar al régimen de transición, únicamente modifica meras expectativas-, esto no significa que las condiciones para continuar en él si puedan ser cambiadas una vez cumplidos los supuestos normativos en él señalados, (...) pues las personas cobijadas por dicho régimen tienen derecho a que se les respeten las condiciones en él establecidas.

En este orden de ideas, se presenta un derecho adquirido cuando: (i) es predicable de un sujeto y (ii) los hechos descritos en las premisas normativas se cumplen (iii) ingresando definitivamente en el patrimonio de una persona.

Por tanto, aquellas personas que, al momento de entrar a regir el artículo 36 de la ley 100 de 1993, hubiesen cotizado quince años o cumplieran con los requisitos de edad, adquirieron el derecho a pensionarse bajo los parámetros definidos en el sistema anterior. Lo que acarrea como consecuencia lógica el derecho a trasladarse del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida en cualquier momento para hacer efectivo dicho derecho, con la única condición de que al cambiarse de régimen nuevamente se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

3. Análisis del caso en concreto

El veintinueve (29) de marzo del presente año, el actor, Rito Celio Gallegos Ruiz, interpuso acción de tutela contra PORVENIR AFP. Consideró el señor Gallegos que la entidad transgredió sus derechos fundamentales a “la libre escogencia de AFP”, a la seguridad social y a la igualdad, pues no le autorizó el traslado al Seguro Social para hacer efectivo su derecho de pensión por hacer parte del régimen de transición. Por consiguiente, el actor pretendía mediante la acción de tutela que el juez, tras amparar sus derechos fundamentales, ordenara a PORVENIR AFP autorizar el traslado al Seguro Social, para así ser beneficiario de las condiciones que establece el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

La entidad accionada, al momento ejercer su derecho de defensa en el asunto de la referencia, adujo que la negativa a autorizar el traslado se debió a una observancia estricta de los mandatos legales existentes que regulan la materia, entre los cuales se encuentra

“(…) Ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 de 2003 (…)” (Cuad. 1, folio 16), así como el decreto 3800 de 2003 que reglamentó la materia.

Ambas instancias resolvieron denegar el amparo solicitado aduciendo que la controversia debía resolverse en las instancias pertinentes, ya que una de las características de la acción de tutela es la subsidiariedad. Por tanto, y existiendo los mecanismos idóneos para resolver el conflicto entorno al traslado de régimen pensional, debía ser declarada improcedente la acción. De igual forma, no encontraron los jueces de instancia el acaecimiento de circunstancias especiales que permitieran evidenciar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. En conclusión no era factible conceder el amparo de forma transitoria.

3.1 La Sala de Revisión encuentra probado que el actor ha cotizado en total -incluyendo el tiempo en ambos regímenes- 22 años. Esto por cuanto el señor Gallegos indica que cuenta con “(…) cuatro años cotizados al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, en el sector privado y 18 años como funcionario publico (sic),(…) al SEGURO SOCIAL”. Lo que implica que a 12 de diciembre de 1993 tenía 8 años cotizados aproximadamente. Por consiguiente no hacía parte por este aspecto, de los trabajadores que ingresaron al régimen de transición por no tener “(…)quince (15) o mas años de servicios cotizados (…)”.

3.2 Sin embargo, el señor Rito Celio Gallegos Ruiz nació el 21 de abril de 1952 (Cuad. 1, folio 1); para la fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 tenía 41 años de edad. En este orden de ideas, el actor cumplía a cabalidad con uno de los requisitos para hacer parte del régimen de transición, pues se encontraba dentro del grupo de trabajadores que al tener cuarenta años o más de edad podían ser beneficiarios de dicho régimen. En este sentido es necesario concluir que, al ser los requisitos para ingresar a dicho régimen disyuntivos -basta con que en cabeza de una persona se configure solamente uno-, el actor hace parte del régimen de transición y por ende es su derecho pensionarse bajo los parámetros definidos en el sistema anterior, aún cuando voluntariamente haya cambiado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

3.3 Ahora bien, la principal pretensión del accionante está encaminada a lograr que el juez de tutela ordene el traslado de la AFP PORVENIR al Seguro Social, comportamiento que es rechazado por la entidad accionada bajo el argumento de existir normas que regulan la materia y que no permiten llevarlo acabo. La Sala considera que los fundamentos jurídicos

de la entidad accionada son infundados por las siguientes razones:

La Corte Constitucional dejó claramente establecido en la Sentencia C-1024 de 2004 que “...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 hayan regresado al régimen de prima media con prestación definida, pueden regresar a éste- en cualquier tiempo - conforme a los términos señalados en la sentencia C- 789 de 2002 “ .

En consecuencia, los beneficiarios del régimen de transición que se habían trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad podían regresar al régimen de prima media con prestación definida, o sea que podían regresar de las administradoras de fondos pensionales al seguro social en cualquier tiempo antes de pensionarse y que el único requisito era trasladar lo que tenían en esos fondos al seguro social, independientemente de los faltares menos de 10 años para pensionarse.

Por consiguiente, encuentra la Sala que PORVENIR AFP yerra por dos razones, en primer lugar interpretar de esa forma la norma atentaría contra el principio mínimo fundamental consagrado en el artículo 53 de la Constitución, que establece la obligación de todo operador jurídico de interpretar las normas de forma más favorable al trabajador. Siendo dicha interpretación aquella que excluye de la aplicación de la norma a aquellos trabajadores que hacen parte del régimen de transición.

En segundo lugar, al ser el derecho a pensionarse bajo los parámetros definidos en el régimen anterior un derecho adquirido, no es posible considerar que una norma posterior los afecte - conforme la sentencia C 754 de 2004- , hasta el punto de hacerlos nugatorios. Considerar lo contrario conllevaría el absurdo del desconocimiento de la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, que en este caso se encuentra ligada a la irrenunciabilidad a la seguridad social (artículo 48), pues se estaría obligando a una persona a no pensionarse cuando está facultada para hacerlo y por ende a renunciar a esa legítima prestación social.

El segundo argumento planteado por la entidad para rechazar la solicitud del accionante fue la ausencia de uno de los requisitos establecidos en el decreto 3800 de 2003, pues el monto de los aportes efectuados por el actor ante la Administradora son inferiores a los que habría

cotizado de haber permanecido en Régimen de Prima con Prestación Definida (Cuad. 1, folios 16 y ss).

3.4 Ahora bien, en la contestación a la acción de tutela, PORVENIR AFP aduce que “(...) los aportes destinados al riesgo de vejez hoy en día no coinciden en el Régimen de Prima Media (ISS) y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (Fondos Privados), pues existe una diferencia de 1.5% que en el Régimen de Ahorro Individual se destina al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Sobre el particular es preciso destacar que con anterioridad a la promulgación de la Ley 797 de 2003 si existía una equivalencia de los aportes en ambos regímenes”(subrayas fuera del original) (Cuad. 1, folio 18).

Es menester señalar que, la exigencia de condiciones imposibles -como la señalada en el párrafo precedente- para ejercer el derecho de las personas que, pueden cambiar de régimen aún faltándoles menos de diez años para obtener el derecho de pensión, es a todas luces inconstitucional. No se puede condicionar la realización del derecho a la libre escogencia de régimen pensional mediante elementos que hagan imposible su ejercicio.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR, por las razones expuestas en esta providencia, las sentencias proferidas por el Juzgado Treinta y Uno Civil Municipal de Bogotá el veinte (20) de abril de dos mil siete, y por el Juzgado Cuarenta y Dos Civil del Circuito de Bogotá el diez (10) de mayo de dos mil siete (2007), y en su lugar CONCEDER del derecho a la seguridad social y a la libre escogencia de régimen pensional del señor Rito Celio Gallegos Ruiz.

SEGUNDO. ORDENAR a PORVENIR AFP que, en el término de 48 horas a partir de la notificación de esta providencia proceda a autorizar el traspaso del señor Rito Celio Gallegos Ruiz al Seguro Social.

TERCERO. ORDENAR a PORVENIR AFP que, en el término de 48 horas proceda a trasladar la totalidad del ahorro, efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad por el señor

Rito Celio Gallegos Ruiz, al Seguro Social.

CUARTO. LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

Magistrado Ponente

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

CON ACLARACION DE VOTO

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

ACLARACION DE VOTO DEL MAGISTRADO

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

A LA SENTENCIA T-818 de 2007

Referencia: expediente T-1635513.

Acción de tutela instaurada por Rito Celio Gallegos Ruiz contra PORVENIR AFP.

Magistrado Ponente:

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

En esta oportunidad me limitaré a reiterar lo que he señalado en otras aclaraciones o salvamentos de voto, puesto que no considero pertinente explicar en extenso mi posición

sobre lo decidido en la presente sentencia. Basta con señalarla públicamente al votar y firmar la sentencia, y con expresar mi criterio sobre las opiniones disidentes.

Estos cuatro aspectos - que constituyen una de las fortalezas de nuestra tradición judicial - son separables, como lo demuestra el derecho comparado.⁴ O sea que es perfectamente posible que un magistrado opte por disentir, pero deponga su interés en criticar la sentencia correspondiente, cultivar el individualismo, hacer gala de su conocimiento o mostrar soluciones alternativas que considera más apropiadas. Todo en aras de contribuir a fortalecer a la institución judicial a la cual pertenece y a que las sentencias fijen el sentido de la Constitución con sólida autoridad.

Habrà, por supuesto, casos en que dicha contribución se logre mejor escribiendo una opinión separada, siempre dentro del mayor respeto por la institución. Así lo estimé necesario, por ejemplo, en la sentencia sobre el aborto (C-355 de 2006), la cual compartí enteramente. Escribí una aclaración de voto a dicha sentencia para agregar algunos argumentos fundados en el derecho comparado, con el fin de dar elementos de juicio orientados a impulsar desarrollos futuros en la materia, no para criticar la sentencia.⁵ En cambio, en la primera sentencia en la cual participé sobre la igualdad de las parejas del mismo sexo (SU-623 de 2001), escribí un salvamento de voto conjunto para tratar de abrir el camino hacia evoluciones jurisprudenciales encaminadas a proteger a las parejas del mismo sexo, como en efecto sucedió varios años después sobre bases distintas a las que en el 2001 dividieron a la Corte.

Lo mismo hice en temas menos “duros” pero importantes en el contexto colombiano, como la posibilidad de subsanar algunos vicios de procedimiento (C-333 de 2005). Mi orientación anti-formalista me conduce a declarar el vicio pero también a admitir, como lo dice expresamente la Constitución desde 1991, que si se reúnen ciertas condiciones la ley puede ser devuelta para que la falla en el procedimiento pueda ser subsanada. Así sucede ahora frecuentemente con las leyes aprobatorias de tratados públicos. Es que en nuestro contexto hay cuestiones constitucionales de enorme relevancia sobre las cuales cabe anticipar una evolución, lo cual es un aliciente para que la opinión disidente sea escrita, no para atacar a la Corte, sino para sentar bases sólidas que propicien un cambio de jurisprudencia. Ello también ocurrió, por supuesto, antes de la Carta de 1991. Un buen ejemplo de ello es el salvamento de voto del magistrado Luis Sarmiento Buitrago a favor del control material de los decretos

declarativos de un estado de excepción durante la vigencia de la Constitución de 1886. Si bien la Corte Suprema de Justicia nunca dio ese paso, en la Constitución de 1991 se plasmaron los fundamentos para que la Corte Constitucional avanzara en esa dirección, como en efecto aconteció.

Fue este espíritu constructivo el que me animó a abstenerme de seguir repitiendo el mismo salvamento de voto (ver, por ejemplo, el que escribí a la T-080 de 2006) a las sentencias de tutela que ordenaban la terminación indiscriminada de cualquier proceso ejecutivo hipotecario denominado en UPAC6. Una vez que la Sala Plena decidió asumir el conocimiento de varias tutelas acumuladas con el fin de unificar la jurisprudencia, dejé de escribir una opinión disidente en las Salas de Revisión en las cuales participé y tampoco lo hice en la sentencia de unificación donde la Corte construyó un enfoque diferente sobre nuevas premisas compartidas por casi todos los magistrados (SU- 813 de 2007).

Ahora bien, las sentencias de la Corte cumplen una misión trascendental consistente en fijar el significado de la Constitución. Por lo tanto, la decisión de escribir una opinión separada o disidente también implica una responsabilidad primordial: articular una crítica útil a la sentencia de la Corte, en especial cuando dicha sentencia puede llegar a constituirse en un precedente. Si una opinión separada o disidente no puede ser orientada en ese sentido, el juez que salve o aclare su voto puede satisfacer sus convicciones jurídicas simplemente anunciado que no esta de acuerdo con la Corte.

Así interpretó el famoso jurista Roscoe Pound el dilema de escribir o no opiniones disidentes, en un artículo publicado en 19537. Para Roscoe Pound la actitud de varios jueces movidos por la vanidad o el orgullo personal, que creían que tenían que escribir una opinión individual para cualquier caso, era contraproducente desde el punto de vista del progreso del derecho. Por eso destacó el siguiente canon de ética judicial: “Un juez no debe ceder a la vanidad de su opinión ni valorar de manera más alta su reputación individual que la de la Corte a la cual le debe lealtad.” (Canon 19, párrafo 3, ABA, 1924). De tal forma que hay una diferencia entre anunciar un desacuerdo y, adicionalmente, escribir en extenso una crítica de la sentencia de la cual el magistrado difiere.

Frecuentemente se pasa por alto que inclusive en Estados Unidos donde, a diferencia de Europa, existe una larga tradición de admitir las opiniones disidentes, varios magistrados

entendieron que, en determinadas circunstancias, tanto la certeza del derecho como la solidez de la Corte aconsejan reducir el disenso y promover la unanimidad. Es bien sabido, por ejemplo, que el jurista Earl Warren trabajó arduamente para conseguir que la sentencia *Brown v. Board of Education* – mediante la cual se puso fin a la segregación racial en los colegios públicos- fuera unánime. Así mismo, John Marshall solo escribió nueve opiniones disidentes en cuarenta y cuatro años de ejercicio de la magistratura, puesto que comprendió que el nacimiento del control constitucional y la consolidación de la Corte investida de la autoridad para decir qué dice la Constitución, requería de una clara cohesión institucional. Por esa misma razón, Marshall aceptó ser magistrado ponente de sentencias con las cuales estaba en desacuerdo.⁸

Además, en este caso el ímpetu de afinar la pluma para criticar la sentencia se ha desvanecido después de tranquilas reflexiones en torno al sentido de las opiniones separadas o disidentes. Estas me han llevado a darme cuenta de que aun los juristas admirados por la claridad, elocuencia, pertinencia y seriedad de sus opiniones disidentes, estimaban que no tenía sentido insistir, una y otra vez, en escribir de manera individual la posición que expresaron en las deliberaciones y mucho menos las que habían sostenido a lo largo del tiempo. No se debe olvidar que Oliver Wendell Holmes – denominado el gran disidente – sostenía que cuando un magistrado escribe un salvamento o aclaración de voto debe recordar que “esta dando su punto de vista sobre el derecho, no peleando con otro gallo”. Esto llevó en múltiples ocasiones al magistrado Holmes a señalarles a los colegas de la Corte con los cuales compartía una opinión disidente, que debían modificar los términos empleados en el escrito correspondiente para respetar el principio ético de la civilidad en el disentimiento.

No se trata de seguir una regla de consenso, inapropiada en un contexto pluralista y en todo caso superada por la divulgación de los votos de cada magistrado. El objetivo esencial es contribuir a la consolidación de una institución que, como la Corte Constitucional, adopta decisiones que definen el rumbo del país en temas que despiertan enorme sensibilidad, tienen un impacto profundo o están sujetos de manera recurrente a la dura prueba del litigio constitucional.

Entonces, honro esa responsabilidad consustancial a la administración de justicia, que ha de ser tenida en cuenta por el juez constitucional cuando – más allá de hacer pública su posición

al advertir que salva o aclara el voto – decide escribir una opinión disidente: la voz individual del magistrado debe contribuir a esclarecer el derecho, en lugar de confundir, y debe inscribirse en el respeto por la majestad de la justicia, en lugar de tratar de deslegitimarla.

Fecha ut supra,

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

1 Sobre los conceptos de derechos adquiridos y expectativas legítimas consultar entre otras las sentencias: Ver entre otras las sentencias C-177 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), C-314 de 2004 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), C-038 de 2004 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), C-147 de 1997 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) y C-168 de 2005 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

2Al respecto ver sentencia C 789 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil)

3 Desde el siglo XIX los magistrados han podido salvar o aclarar el voto. Sin remontarnos más allá de la vigencia de la Constitución de 1886, cabe resaltar que en la primera sentencia en la cual se juzgó, en control previo, un acto del legislador, se presentaron salvamentos de votos.

4 En efecto, en Francia están prohibidas las opiniones disidentes en el Consejo Constitucional, pero las actas de sus deliberaciones son públicas, varias décadas después de su aprobación. En Estados Unidos están permitidas las opiniones disidentes, pero no existen actas de las deliberaciones. Mucho de la evolución del pensamiento de la Corte estadounidense queda consignado por escrito en los memorandos y notas oficiales que se cruzan los magistrados, los cuales son públicos también después de varias décadas. En Alemania, después de un complejo y extenso proceso, se pasó de la interdicción de las opiniones disidentes a su admisión. Ello sucedió a raíz del famoso caso Spiegel, resuelto en 1966, en el cual los magistrados se dividieron 4 contra 4. Ante la ausencia de mayoría por la inconstitucionalidad, el acto controvertido en dicho caso se consideró convalidado. Para entonces, las opiniones disidentes no estaban permitidas. Entonces, la Corte Constitucional

alemana optó por publicar las dos opiniones enfrentadas como parte de la sentencia misma, sin divulgar los nombres de los magistrados. Ello suscitó un debate sobre si las opiniones disidentes deberían ser permitidas. En 1968 se llevó a cabo un debate apasionado al respecto en el Congreso de Derecho, organizado por la asociación de juristas. Luego de una votación, los juristas se inclinaron a favor de permitir las aclaraciones y salvamentos de voto, a pesar de que los magistrados que integraban las cinco altas cortes alemanas votaron en contra (158 contra 65). En 1970, el Parlamento modificó la Ley Orgánica de la Corte Constitucional Federal alemana para permitir las opiniones disidentes.

5 Inclusive respecto de estas cuestiones tan álgidas, algunos magistrados han preferido abstenerse de hacer públicas las razones de su posición. En Alemania, en la primera sentencia sobre el aborto, dos magistrados escribieron sus opiniones disidentes. Por eso, se cree que la votación fue 6 contra 2. No obstante, en realidad fue una sentencia 5 contra 3, ya que uno de los magistrados de la minoría decidió no escribir un salvamento de voto.

6 Los puntos de mi disenso se originaron en que a mi juicio la tutela no debía ser concedida sin verificar si el interesado había solicitado la terminación del proceso, si el inmueble estaba efectivamente destinado a vivienda, si el deudor había aceptado la reliquidación del crédito o si el inmueble ya había sido adjudicado a una familia que lo adquirió de buena fe para vivir en él

7 Roscoe Pound. *Cacoethes Dissentiendi: The Heated Judicial Dissent*. 39 A.B.A.J. (1953), 794.

8 El justicia Antonin Scalia, un vigoroso disidente en la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, critica esta actitud en un ensayo sobre la opinión disidente. Ver *The Dissenting Opinion*. 1994 J. Sup. Ct. Hist. 33.