

Sentencia T-923/03

ACCION DE TUTELA-Subsidiariedad/ACCION DE TUTELA-Requisitos de procedibilidad

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para reconocimiento y pago de pensiones

REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA-Finalidad

El sistema general de pensiones creado con la mencionada ley, prevé dos regímenes excluyentes entre sí, a los cuales se puede afiliarse voluntariamente una persona para, cumplidos los requisitos del caso, acceder al beneficio pensional. En el primero de ellos, denominado régimen solidario de prima media con prestación definida, el afiliado o sus beneficiarios acceden a la pensión de jubilación (previamente definida) tras haber cumplido los requerimientos de edad y de tiempo fijados en la ley, sin importar el monto de los aportes que se hayan realizado a un fondo de naturaleza pública.

REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD-Finalidad

El régimen - de ahorro individual con solidaridad- se maneja por medio de una cuenta individual a nombre del respectivo trabajador, en la cual se consignan los aportes para pensión, los que, junto con los rendimientos, permitirán al mismo acceder al beneficio pensional una vez acumulado cierto capital cotizado a un Fondo de capitalización de naturaleza privada. En este plan no es condición necesaria -como en el de prima media- tener cierta edad para poder retirarse, la misma se determinará según la modalidad específica de ahorro que elija el ciudadano.

REGIMEN DE TRANSICION EN PENSIONES-Finalidad

La finalidad de los regímenes de transición: permitir que aquellos individuos que tenían la expectativa legítima de acceder al beneficio pensional bajo ciertos imperativos, no se vean sorprendidos por los nuevos requisitos fijados legislativamente: "La creación de un régimen de transición constituye entonces un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionales, en el momento del tránsito legislativo".

REGIMEN DE TRANSICION-Requisitos para ser beneficiario

Los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición fueron que, al primero de abril de 1994, la persona (i) estuviera afiliada al régimen de prima media con prestación definida, (ii) tuviera 35 años o más en el caso de las mujeres y 40 o años más en el caso de los hombres, y/o (iii) haber cotizado durante 15 años o más a pensiones.

REGIMEN DE TRANSICION-Beneficiarios

ACCION DE TUTELA-Improcedencia para realizar cambio de régimen pensional/ACCION DE TUTELA-Improcedencia por omisión del actor en tramitar el traslado de régimen pensional/MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Traslado de régimen pensional

Resulta, improcedente la acción de tutela para realizar el cambio de régimen pensional autorizado por el artículo 36 de la ley 100 de 1993 a quienes al momento de entrar en vigencia el sistema contaban con 15 años o más de servicios o de tiempo cotizado. Debe, en primera medida, agotarse el procedimiento que para tal fin ha previsto la normatividad colombiana, ya que no es dable analizar la vulneración de derechos fundamentales cuando la acción que podría generar el desmedro tiene como fuente la omisión del ciudadano en la tramitación de la obtención del beneficio. En el caso concreto, se observa que no están configurados los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela por cuanto el actor no ha impulsado el trámite administrativo necesario para lograr el traslado de régimen.

BENEFICIARIO DEL REGIMEN DE TRANSICION-Puede retornar al régimen de prima media sin tener que cotizar más años

En la demanda de tutela se infiere que el actor considera que al trasladarse al régimen de prima media con prestación definida, surge la obligación de cotizar tres años más al Seguro Social. Cabe aclarar que la normatividad señala un periodo de cinco y no de tres años aplicable a los casos en los cuales la persona que se encuentra afiliada a este régimen pensional, pretende cambiarse al de ahorro individual sin haber cumplido los requisitos para acceder al beneficio pensional. Esta normatividad no se predica de quienes son beneficiarios del régimen de transición, por cuanto el régimen aplicable en estas eventualidades es el que se encontraba vigente antes del primero de abril de 1994. En consecuencia, si el actor decide retornar al régimen de prima media, una vez aportados los documentos que acrediten su

calidad de beneficiario del régimen de transición, podrá trasladarse al Seguro Social para pensionarse, sin necesidad de cotizar más años al sistema.

Referencia: expediente T-754641

Acción de tutela instaurada por Gonzalo Murillo Pomanera Contra Porvenir S.A.

Magistrado Ponente:

Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Bogotá D. C., nueve (9) de octubre de dos mil tres (2003).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Álvaro Tafur Galvis y Eduardo Montealegre Lynett, 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, profiere la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo dictado por el Juzgado Cuarenta y ocho Civil Municipal de Bogotá, en primera instancia, y el Juzgado veintitrés Civil del Circuito de Bogotá, en segunda instancia, en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES.

Gonzalo Murillo Pomanera otorgó poder a una abogada (fl.1) para que en su nombre y representación interpusiera acción de tutela contra Porvenir S.A., con el objeto de que se ampararan sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital, al trabajo y al reconocimiento de la pensión de vejez.

1. Hechos

1.- El señor Murillo Pomanera estuvo vinculado laboralmente a diversas instituciones, con sus

correspondiente cotizaciones para pensión, desde febrero de 1954 hasta abril de 1985. La siguiente es su cronología laboral (fl. 18):

Desde febrero 15 de 1954 hasta agosto 1 de 1964, trabajó en el ejército Nacional de Colombia.

Desde enero 1 de 1967 hasta febrero 8 de 1968, trabajó en el Banco de Crédito.

Desde febrero 1 de 1968 hasta abril 30 de 1971, trabajó en Inmunizadora de Maderas.

Desde abril 9 de 1973 hasta octubre 17 de 1974, trabajó en el Comité Comercial E.M.

Desde octubre 11 de 1974 hasta julio 31 de 1975, trabajó en la Lotería de Bogotá.

Desde febrero 20 de 1976 hasta marzo 31 de 1985, trabajó en la Defensa Civil Colombiana.

En total, el señor Murillo Pomanera cotizó para pensión un total de 26 años, 2 meses y 18 días, lo que equivale a tener 1.348.3 semanas cotizadas.

2.- Desde abril de 1985 hasta octubre de 1997, el actor no hizo aportes a ninguna entidad administradora de pensiones (fl. 19).

3.- En octubre de 1997, tras haber empezado a laborar nuevamente con la Defensa Civil Colombiana, se afilió a pensiones Porvenir S.A., sin tener conocimiento de las implicaciones legales que le acarrearía trasladarse de régimen pensional.

4.- El 14 de marzo de 1998, el señor Murillo Pomanera elevó una solicitud a Porvenir S.A. para que rescindiera su afiliación, toda vez que ésta le causaba problemas para acceder a la pensión de jubilación. Señaló el actor en su comunicación: "Es mi deseo manifestarle que acudo(...) a su buena voluntad para que rescinda el contrato de mi vinculación con Porvenir, como administrador de mis aportes por concepto de pensión, así como abstenerse de expedir mi bono pensional a su favor, teniendo en cuenta que de lo contrario se me estaría causando un perjuicio grave, dadas mis condiciones personales de edad y aportes ya realizados al sistema anterior y mi condición económica actual" (fl. 5).

5.- El día 3 de abril de 1998, el señor Jaime Arturo Camelo, gerente de atención al Cliente de Porvenir S.A., informó al actor que (i) el hecho de haberse trasladado de régimen pensional,

en los términos del artículo 61 de la ley 100 de 1993, implica que tiene que cotizar 500 semanas más para poder acceder al beneficio pensional por vejez; (ii) Porvenir S.A. elevó consulta de su caso a la Superintendencia Bancaria, pronunciamiento que a la fecha no se había realizado (fl. 7).

6.- El día 31 de julio de 1998 el demandante se retiró de la Defensa Civil Colombiana, habiendo cotizado para pensión en Porvenir S.A., un total de 9 meses y nueve días.

7.- El día 25 de noviembre de 1998, el presidente de Porvenir S.A., informó al actor la respuesta dada por la Superintendencia Bancaria a la consulta elevada respecto de su caso concreto. La entidad conceptuó que: (i) los trabajadores activos afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad, deben cotizar 500 semanas -a partir de su vinculación- para acceder a la pensión por vejez; (ii) legalmente, es posible acceder anticipadamente al beneficio de pensión por vejez negociando el bono pensional. Debe para ello realizar una manifestación juramentada de no continuar cotizando como trabajador independiente y no mantener ningún vínculo laboral; (iii) el artículo 15 del decreto 692 de 1994 permite el traslado al régimen de prima media con prestación definida, siempre que el trabajador haya estado afiliado al menos tres años continuos al régimen de ahorro individual con solidaridad. En tal caso el trabajador podrá pensionarse al cumplir los requisitos prescritos en el artículo 33 y siguientes de la ley 100 de 1993 (fls. 10, 11).

8.- El día 20 de febrero de 2001, el señor Murillo Pomanera solicitó a la Defensa Civil Colombiana el reconocimiento y pago de su pensión de jubilación, por cuanto aquélla es la entidad a la que estuvo vinculado durante más tiempo y, a la vez, el último lugar en el cual laboró. Señaló que, según lo determinado por la ley laboral, cumplía con los requisitos de edad y de tiempo (1.348 semanas cotizadas y 61 años de edad) para acceder a dicho beneficio (fls. 14, 15).

9.- La gerente de la regional Bogotá de Porvenir S.A. le envió comunicación escrita al subdirector administrativo y financiero de la Defensa Civil Colombiana el día 25 de abril de 2001. En dicha misiva, le informó que, según lo señalado en el artículo 61 de la ley 100 de 1993, el señor Murillo Pomanera debía cotizar 500 semanas más al régimen de ahorro individual para acceder al beneficio de pensión. En caso de no poder seguir cotizando, el peticionario debía acercarse a una oficina de Porvenir y radicar la solicitud de pensión de

vejez, con los soportes documentales del caso (fl. 16).

10.- La Defensa Civil Colombiana respondió la solicitud de pensión elevada por el actor el día 8 de mayo de 2001. Le informó que debía acercarse a una oficina de Porvenir S.A. a radicar la solicitud de pensión de vejez, junto con los documentos necesarios para ello y adjuntó la respuesta dada por tal fondo administrador de pensiones a la consulta elevada por el grupo de administración de personal de la Defensa Civil, con relación a la situación particular del señor Murillo Pomanera (fl. 17).

11.- El día 11 de diciembre de 2002, Porvenir S.A. envió una carta al demandante informándole que la Corte Constitucional mediante sentencia C-789 de 2002, declaró la constitucionalidad condicionada de los incisos 4 y 5 del artículo 36 de la ley 100 de 1993. Estableció el alto Tribunal que dichos incisos se ajustan a la Carta Magna, siempre que se interprete que hay un grupo de trabajadores, beneficiarios del régimen de transición fijado en la ley 100, que no pierden la mencionada prerrogativa por haberse trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad (una de cuyas sociedades administradoras es Porvenir S.A.).

En ese sentido, el señor Murillo Pomanera estaría bajo los supuestos de hecho señalados por la Corte Constitucional y, en consecuencia, podría mantener los beneficios del régimen de transición trasladándose nuevamente al Instituto de Seguros Sociales, y acceder en el régimen de prima media con prestación definida a su pensión de vejez. “Para este fin, habría que trasladar al I.S.S. todo el ahorro efectuado en este Régimen (Fondo de Pensiones) el cual debe ser equivalente al monto del aporte legal correspondiente al que hubiera realizado de no haberse llevado a cabo el traslado, tal como lo expresa la sentencia”. Para ello era necesario, según lo informado por Porvenir (i) autorizar al Fondo la anulación del trámite de emisión de su bono pensional; (ii) diligenciar en el Seguro Social el formulario de traslado de régimen correspondiente, y así devolver al Instituto los aportes depositados en la cuenta individual del señor Murillo Pomareda en Porvenir. Tal procedimiento se llevaría a cabo una vez se hubiera notificado a dicho Fondo pensional la decisión del demandante (fls. 21, 22).

12. - El señor Murillo Pomanera, por intermedio de apoderada, instauró la presente tutela con el propósito de que se ordene declarar sin efectos la afiliación a pensión a Porvenir S.A. Afirma que, el hecho de haberse afiliado al régimen de ahorro individual, sin haber sido

informado de las implicaciones legales que esto tendría, trae como consecuencia que en la actualidad tenga que elegir una de las dos opciones que el sistema le ofrece para pensionarse, ambas igualmente injustas: o permanecer en el régimen de Ahorro individual con solidaridad y cotizar 500 semanas más (10 años) o trasladarse al régimen de prima media con prestación definida del Seguro Social y cotizar al menos tres años más. Reitera que, dada su avanzada edad (65años) las dos alternativas resultan igualmente gravosas. Concluye que, dadas estas circunstancias, la negativa de Porvenir S.A. de declarar sin efectos la afiliación efectuada en 1997 vulnera, entre otros, sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital, al trabajo y al reconocimiento de la pensión.

PRUEBAS

A la solicitud de tutela se adjuntaron, entre otros documentos:

1. Poder otorgado por el demandante.
2. Fotocopia del formulario de vinculación a Porvenir S.A.
3. Fotocopia de la carta dirigida a Porvenir S.A. el 14 de marzo de 1998.
4. Fotocopia de la carta dirigida a la Defensa Civil Colombiana el 14 de marzo de 1998.
5. Fotocopia de la carta dirigida a Porvenir S.A. el 3 de abril de 1998.
6. Fotocopia de la carta dirigida a Porvenir S.A. el 5 de noviembre de 1998.
7. Fotocopia de la carta dirigida a Porvenir S.A. el 25 de noviembre de 1998.
8. Fotocopia de la carta dirigida a la Defensa Civil Colombiana el 20 de febrero de 2001.
9. Fotocopia de la carta de Porvenir S.A. dirigida a la Defensa Civil Colombiana el 25 de abril de 2001.
10. Fotocopia de la carta dirigida a la Defensa Civil Colombiana el 8 de mayo de 2001.
11. Fotocopia del formulario de actualización laboral, radicado en Porvenir S.A. el 12 de julio de 2001.

12. Fotocopia de la declaración extrajuicio, hecha el 28 de diciembre de 2001, en la cual el demandante afirma no haber realizado aportes a ninguna entidad administradora de pensiones entre abril de 1985 y octubre de 1997.

13. Fotocopia de la comunicación enviada por Porvenir S.A. el 11 de junio de 2002.

14. Fotocopia de la comunicación enviada por Porvenir S.A. el 11 de diciembre de 2002.

INTERVENCIÓN DE LA ENTIDAD DEMANDADA

En todo caso, aclara el representante legal de la entidad, el señor Murillo Pomareda no ha radicado solicitud de pensión ante Porvenir S.A., sino diferentes documentos con los cuales sustenta su petición de expedición de bono pensional. La diferencia entre estos dos requerimientos, se fundamenta en que “el bono pensional es un título valor que representa los aportes que hicieron los afiliados antes de su traslado al régimen de ahorro individual al que pertenece Porvenir S.A. ” (fl. 117). Si el bono pensional no ha sido expedido es debido a que “el 31 de enero de 2003 la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público le envió al emisor del bono (Defensa Civil) una comunicación en la cual manifiesta que aún no ha recibido formalmente solicitud de pago de la cuota parte a su favor y que, en todo caso, el señor GONZALO MURILLO POMANERA está obligado a cotizar por lo menos 500 semanas más en el régimen de ahorro individual con solidaridad antes de lograr la redención (o pago normal) de su bono pensional, concepto que se desprende de la interpretación dada por dicha oficina al artículo 61 de la ley 100 de 1993”. (fl. 118). También se debe a que el demandante no ha manifestado su aprobación respecto de la historia laboral reseñada por Porvenir, condición necesaria para emitir un bono pensional según lo prescribe el artículo 52 del Decreto 1748 de 1995.

Teniendo en cuenta que desde la fecha de afiliación del actor a Porvenir S.A., han transcurrido más de 5 años y que es beneficiario del régimen de transición podría, conforme lo dice el interviniente, trasladarse al régimen de prima media con prestación definida.

En suma, el representante legal de Porvenir S.A., solicita que sea declarada la improcedencia de la acción de tutela, por cuanto en este caso no hay vulneración de derechos fundamentales.

SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

Primera instancia.

El conocimiento de la tutela correspondió en primera instancia al Juzgado Cuarenta y ocho (48) Civil Municipal de Bogotá, quien por sentencia del once (11) de abril del año dos mil tres (2003), determinó la improcedencia del amparo. Consideró el despacho que la acción de tutela no es el mecanismo adecuado para tramitar controversias de tipo legal que deben discutirse ante la jurisdicción ordinaria, a menos que la morosidad de los procesos ordinarios, haga indispensable la intervención tutelar como mecanismo transitorio para evitar la concurrencia de un perjuicio irremediable. En el caso concreto, la solicitud de anulación de la afiliación a pensión a Porvenir S.A. y de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por parte de la Defensa Civil Colombiana, no es competencia de la jurisdicción constitucional. Además no se encuentra acreditada la grave afectación que sufrirían los derechos fundamentales del actor de no ser concedido el amparo.

Impugnación

El día 23 de abril de 2003, el actor, por intermedio de apoderada, impugnó la decisión de primera instancia. Alegó que dicha determinación no tomó en cuenta que la falta de pago de la pensión de vejez, le ocasiona un perjuicio irremediable por cuanto, debido a su edad (65 años) no puede conseguir una fuente de ingresos alternativa para su manutención y la de su familia. Además, ninguna de las opciones para pensionarse que le presenta Porvenir S.A. es consecuente con su estado actual: o permanecer en el régimen de Ahorro individual con solidaridad y cotizar 500 semanas más o trasladarse al régimen de prima media con prestación definida del Seguro Social y cotizar al menos tres años más. Aunque reconoce que cuenta con un medio de defensa judicial alternativo –el proceso ordinario- para discutir la nulidad de la afiliación a Porvenir S.A., la demora del mismo puede concluir con un fallo que, aunque favorable, no pueda ser disfrutada por el actor, debido a sus problemas de salud. Tal dilación le impide, también, cumplir con sus obligaciones actuales: servicios públicos, pago de la matrícula del colegio de uno de sus hijos, etc.

Solicitó, en consecuencia, la revocatoria del fallo impugnado y la protección inmediata de sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital.

Segunda instancia

El juzgado veintitrés Civil del Circuito de Bogotá, por sentencia del 21 de mayo de 2003, confirmó la decisión impugnada. Además de reiterar las consideraciones de la primera instancia, subrayó que “el juez de tutela no puede establecer si, efectivamente, le cabe o no razón al peticionario en su reclamación –la anulación de la afiliación a PORVENIR- o si cumple los requisitos exigidos para obtener la pensión solicitada, toda vez que, carece de los elementos de juicio necesarios para tal fin; Así las cosas, y como quiera que el afectado dispone de otro medio de defensa judicial de carácter principal y efectivo, el amparo invocado mediante el ejercicio de la acción de tutela resulta improcedente, máxime si se tiene en cuenta que no hay invocación del amparo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable” (fl. 23, cuad. 2)

Revisión por la Corte

Remitida a esta Corporación, mediante auto del once (11) de junio de 2003, la Sala de Selección Número Siete dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

Esta Corte es competente para revisar los presentes fallos 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.

Problemas jurídicos objeto de estudio

El actor considera que Porvenir S.A., vulneró sus derechos a la seguridad social, al mínimo vital, al trabajo y al acceso a la pensión de jubilación, con su negativa a declarar la nulidad de la afiliación del actor a pensiones a dicha Administradora. El cambio de régimen que implicó la afiliación, además de no serle informado, hace casi imposible su acceso a dicho beneficio, pese a haber completado las semanas cotizadas y la edad requeridas para ello.

Las decisiones de instancia declararon improcedente el amparo solicitado. La primera de ellas –Juzgado Cuarenta y ocho (48) Civil Municipal de Bogotá- recalcó la existencia de un

medio de defensa judicial alternativo en el caso concreto . La segunda instancia - Juzgado veintitrés (23) Civil del Circuito de Bogotá- confirmó la decisión, y señaló la ausencia de un perjuicio irremediable.

Los problemas jurídicos que la Corte estudiará son los siguientes: (i) ¿Es procedente la acción de tutela para reclamar el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, aún cuando no se han intentado las acciones y procedimientos ordinarios especialmente diseñados para tal fin? (ii) ¿se configura una grave vulneración de los derechos fundamentales del demandante con la mera negación, por parte de la administradora requerida, de asumir inmediatamente el pago del beneficio pensional ? (iii) A las personas beneficiarias del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 ¿se les somete a condiciones especialmente gravosas que conllevan una imposibilidad práctica para acceder a la pensión de jubilación?.

Para responder estos interrogantes (i) se estudiará la procedencia de la acción de tutela respecto de la petición de amparo específica del derecho a acceder a una pensión de jubilación, luego (ii) se considerará cuál ha sido la posición de la Corte en relación con el tema específico de las personas beneficiarias del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, (iii) se analizará si las opciones que ofrece dicho régimen de transición vulneran tan gravemente los derechos fundamentales del demandante, que es necesaria la intervención del juez constitucional; (iv) Se considerará si, en el caso concreto, es procedente el amparo de los derechos del actor -vía acción de tutela- y si la violación de las garantías constitucionales requiere la intervención cautelar inmediata.

Régimen de procedibilidad de la acción de tutela.

Antes de analizar el problema de fondo que se plantea en la presente acción de tutela, es necesario reseñar las condiciones de procedibilidad de la misma. En primer lugar, la Corte estudiará cuál ha sido, en líneas generales, su jurisprudencia al respecto. En segundo lugar, se estudiará la procedencia de la acción de tutela respecto del problema de las pensiones.

Procedibilidad de la acción de tutela: la cuestión del reconocimiento y pago de la pensión de jubilación

La acción de tutela, como lo ha reiterado en diversas oportunidades esta Corporación, es un

mecanismo subsidiario y residual³, orientado al amparo de los derechos fundamentales amenazados o conculcados. Su procedibilidad depende de la inexistencia de otros medios idóneos de defensa judicial al alcance del actor. Ahora bien, en ciertos casos extraordinarios en los cuales la falta de amparo inmediato generaría un perjuicio irremediable al titular del derecho, la Corte ha admitido la procedibilidad de la tutela como mecanismo transitorio, hasta tanto la jurisdicción ordinaria se pronuncie definitivamente al respecto⁴. Se tiene, entonces, que el recurso de amparo fue diseñado como un mecanismo constitucional de carácter residual que procede ante la inexistencia o inoperatividad de otros mecanismos judiciales que permitan contrarrestar la inminente vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos. En consecuencia, para que un derecho sea amparable a través de la acción de tutela es necesario que (i) su carácter definitorio fundamental se vea severamente amenazado, dadas las circunstancias del caso concreto; (ii) se establezca una conexión necesaria entre la vulneración de un derecho meramente asistencial y el compromiso de la efectividad de otros derechos fundamentales⁵.

¿Cuáles son, entonces, las implicaciones del carácter residual y subsidiario de la acción de tutela? En primer lugar, si existen otros mecanismos judiciales o administrativos para conjurar la violación, y ellos son adecuados para tutelar los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, esta debe ser la vía a seguir por el actor. Más aún, los asuntos estrictamente litigiosos y de carácter legal deben ser ventilados ante la justicia ordinaria, donde las actuaciones que se surtan, pueden ser controvertidas mediante los recursos ordinarios que para cada caso prevé la legislación. Al respecto ha dicho la Corte:

Lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad que tienen las personas de recurrir a la acción de tutela como mecanismo transitorio para precaver el menoscabo de sus derechos fundamentales, sobre el que se cierne el acaecimiento de un perjuicio irremediable y grave”⁶

En suma, el ordenamiento ha diseñado recursos ordinarios administrativos y judiciales mediante los cuales pueden ser controvertidas las decisiones tomadas en un trámite específico. Ello es así por cuanto el juez y la autoridad administrativa de conocimiento cuentan con un margen de tiempo suficiente para desplegar la actuación probatoria pertinente y sus decisiones pueden por ello ser discutidas con amplitud en el desarrollo del proceso. A la jurisdicción constitucional sólo le es permitido intervenir si los derechos

fundamentales del actor se encuentran gravemente afectados o amenazados y cuando, de no actuar inmediatamente, la vulneración puede ocasionar un perjuicio irremediable. El menoscabo grave de los derechos fundamentales tiende a ser más preocupante frente a los sujetos más vulnerables de la sociedad. Es por ello que nuestra Carta prevé una especial protección de ciertos sectores mediante el establecimiento de una tutela reforzada de sus derechos fundamentales.

Procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación

Si bien esta Corporación ha sostenido que la acción de tutela no es el medio adecuado para plantear litigios de carácter laboral, este principio cede cuando lo que está en cuestión son los derechos fundamentales de aquellas personas que por sus condiciones son sujetos de especial protección constitucional.

En esta categoría se encuentran -las más de las veces- las personas que reclaman el reconocimiento y pago de su pensión de jubilación. En muchas ocasiones se trata de adultos mayores que, dada su indefensión, no cuentan con una fuente de ingresos diferente a la mesada pensional⁷. Ha dicho la Corte al respecto “La Corte ha sido consistente en su jurisprudencia, precisando que la acción de tutela no es el medio idóneo para el reconocimiento y pago de acreencias derivadas de una relación laboral. Sin embargo, también ha señalado que cuando se trata de un cese prolongado e indefinido del pago pensional se presume la vulneración del mínimo vital del pensionado y de su familia, la afectación en consecuencia de sus condiciones mínimas de vida, y la procedencia de la tutela para lograr la garantía y eficacia de los derechos conculcados. La mesada pensional es una fuente de manutención, una forma de asegurar dignamente el estado de sobrevivencia, como lo ha considerado la doctrina constitucional, cuando ha precisado que el ser pensionado no es un privilegio, sino una compensación que se ha ganado previo cumplimiento de los requisitos establecidos para tal fin, lo que indica que los pensionados merecen la protección del Estado, por cuanto su capacidad laboral ya se extinguió.”⁸

En conclusión, aunque prima facie se considera que las controversias suscitadas con ocasión del trámite para el reconocimiento y pago de las pensiones de jubilación compete de manera exclusiva a la administración, en ciertas eventualidades en las cuales su no reconocimiento

injustificado podría conllevar un perjuicio grave al actor, la jurisdicción constitucional debe intervenir para, de manera cautelar, evitar la configuración del mismo.

Pasa la Corte a analizar el caso específico de las personas beneficiarias del régimen de transición en pensiones contemplado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y si, dadas ciertas condiciones, tanto el régimen de transición como el que se encuentra actualmente vigente vulneran los derechos fundamentales de algunos ciudadanos.

El régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993: las personas que tenían 15 años o más de servicio al momento de entrar a regir el sistema de seguridad social

El artículo 36 de la ley 100 de 1993 se ocupa, entre otras cosas, de las condiciones que debe cumplir un trabajador -o su familia- para poder acceder a la prestación social denominada "pensión de vejez". El sistema general de pensiones creado con la mencionada ley, prevé dos regímenes excluyentes entre sí, a los cuales se puede afiliarse voluntariamente una persona para, cumplidos los requisitos del caso, acceder al beneficio pensional. En el primero de ellos, denominado régimen solidario de prima media con prestación definida, el afiliado o sus beneficiarios acceden a la pensión de jubilación (previamente definida) tras haber cumplido los requerimientos de edad y de tiempo fijados en la ley, sin importar el monto de los aportes que se hayan realizado a un fondo de naturaleza pública.

El régimen - de ahorro individual con solidaridad- se maneja por medio de una cuenta individual a nombre del respectivo trabajador, en la cual se consignan los aportes para pensión, los que, junto con los rendimientos, permitirán al mismo acceder al beneficio pensional una vez acumulado cierto capital cotizado a un Fondo de capitalización de naturaleza privada. En este plan no es condición necesaria -como en el de prima media- tener cierta edad para poder retirarse, la misma se determinará según la modalidad específica de ahorro que elija el ciudadano. En la actualidad, como se sigue de lo antes expuesto, coexisten en el país únicamente dos regímenes pensionales diferentes que son excluyentes entre sí: el de solidaridad de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad.

Con todo, el artículo 36 de la ley 100 determinó que aquellos trabajadores vinculados al régimen de prima media antes de entrar en vigencia el nuevo sistema de seguridad social en

salud⁹, cumplidas ciertas condiciones, podrían pensionarse con los criterios fijados en el régimen anterior (edad y semanas cotizadas). Esta es precisamente la finalidad de los regímenes de transición: permitir que aquellos individuos que tenían la expectativa legítima de acceder al beneficio pensional bajo ciertos imperativos, no se vean sorprendidos por los nuevos requisitos fijados legislativamente: “La creación de un régimen de transición constituye entonces un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionales, en el momento del tránsito legislativo”¹⁰.

Los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición fueron que, al primero de abril de 1994, la persona (i) estuviera afiliada al régimen de prima media con prestación definida, (ii) tuviera 35 años o más en el caso de las mujeres y 40 o años más en el caso de los hombres, y/o (iii) haber cotizado durante 15 años o más a pensiones. En todo caso, los beneficiarios del régimen de transición que optaran por cambiarse al de ahorro individual, perderían los beneficios que prevé el inciso 2 del artículo 36. Señala el artículo en mención:

“ARTICULO 36. Régimen de Transición. La edad para acceder a la pensión de vejez. continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en 2 años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

“La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

“El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo

si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciera falta fuere igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente Ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos.

“Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

“Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

Sobre la acción pública de inconstitucionalidad presentada contra los incisos 4 y 5 del artículo 36 de la ley 100 de 1993, resolvió la Corte Constitucional en la sentencia C-789 de 2002. En ella se decidió que dichos incisos son constitucionales, siempre que se entienda que las personas que hayan cotizado durante 15 años o más al momento de entrar en vigencia el sistema, no perdían los beneficios del régimen de transición por haberse trasladado al de ahorro individual. La opción de devolverse al régimen de prima media, aún era posible siempre que “a. Al cambiarse nuevamente al régimen de prima media, se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y b. Dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media. En tal evento, el tiempo trabajado en el régimen de ahorro individual les será computado al del régimen de prima media con prestación definida”¹¹.

Queda aún por estudiar el caso de las personas que, aunque antes de la entrada en vigencia del sistema se encontraban vinculados al régimen de prima media, al primero de abril de 1994 no se encontraban cotizando.

En estas eventualidades la Corte, en sentencia T- 235 de 2002, precisó que el inciso segundo del artículo 36 de la ley 100 de 1993¹², no excluye del beneficio del régimen de transición a

quienes, para esa fecha, no realizaban aportes para pensión. Subrayó que la posibilidad de acogerse a un régimen de transición en materia laboral, obedece no solamente a un poder reconocido por cierta norma de rango legal, sino a un principio en esta materia que prescribe que la norma favorable debe ser preferida como opción hermenéutica al momento de interpretar la normatividad del trabajo (artículo 53 C.P.).

En suma, la jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que, en punto del régimen de transición consagrado en la ley 100 de 1993, son beneficiarios del mismo quienes:

(i) Al momento de entrar a regir el sistema de seguridad social tuvieran 30 años o más –para el caso de las mujeres- o cuarenta años o más –para el caso de los hombres -.

(ii) Para el primero de abril de 1994, tuvieran 15 años o más de servicios o de tiempo cotizado. Estas personas tienen la posibilidad de retornar al régimen de prima media con prestación definida, luego de haberse cambiado al de ahorro individual con solidaridad y pensionarse, en consecuencia, con los requisitos señalados en el régimen anterior.

Si un ciudadano cumple con los supuestos de hecho arriba señalados, y pretende trasladarse del régimen de ahorro individual al de prima media para acceder al beneficio pensional por vejez, debe presentar la solicitud del caso al Seguro Social y adjuntar la documentación requerida. Si dadas todas las condiciones normativamente prescritas, la administradora de sus aportes se niega a realizar dicho procedimiento, la tutela podría ser el medio adecuado para amparar de manera transitoria los derechos conculcados al demandante.

En caso contrario, es decir, si la persona no ha realizado los trámites necesarios para cambiarse de régimen, no es la jurisdicción constitucional la encargada de gestionar su reclamo, por cuanto la omisión del ciudadano es la que origina, ante la ausencia de trámite, la falta de reconocimiento del beneficio pensional. Por último, cabe aclarar que no es necesario rescindir ni anular la afiliación al régimen de ahorro individual para poder trasladarse, en los términos del régimen de transición, al de prima media con prestación definida. Tampoco es necesario realizar nuevos aportes a pensión una vez realizado el traslado, si el ciudadano acredita que cumple con los requisitos fijados en el régimen anterior para acceder al beneficio.

Resulta, improcedente la acción de tutela para realizar el cambio de régimen pensional

autorizado por el artículo 36 de la ley 100 de 1993 a quienes al momento de entrar en vigencia el sistema contaban con 15 años o más de servicios o de tiempo cotizado. Debe, en primera medida, agotarse el procedimiento que para tal fin ha previsto la normatividad colombiana, ya que no es dable analizar la vulneración de derechos fundamentales cuando la acción que podría generar el desmedro tiene como fuente la omisión del ciudadano en la tramitación de la obtención del beneficio.

Caso Concreto

El señor Gonzalo Murillo Pomanera, al momento de entrar a regir el sistema de seguridad social diseñado en la ley 100 de 1993 -primero de abril de 1994- había cotizado durante más de veinte años a pensiones en el régimen de prima media y contaba con más de cuarenta años de edad. Posteriormente, en 1997, empezó nuevamente a laborar y se afilió al régimen de ahorro individual, a través del fondo de pensiones Porvenir. Luego de haber realizado, sin conocer las consecuencias que ello conlleva, el cambio de régimen, solicitó a tal entidad la anulación de la afiliación, por cuanto la misma hacía más gravosa su situación y solicitó el reconocimiento y pago de su pensión mensual de vejez a la Defensa Civil Colombiana -entidad donde laboró por más tiempo y el último en el cual trabajó -. Tanto Porvenir S.A., como la Defensa Civil Colombiana informaron al actor que, al haberse cambiado al régimen de ahorro individual, debía cotizar quinientas (500) semanas más para acceder al beneficio pensional. En diciembre de 2002 porvenir S.A. envió comunicación al señor Murillo Pomanera, informándole que se encontraba bajo los supuestos de hecho fijados por la Sentencia C-789 de 2002 y, por tanto, tenía la posibilidad de devolverse al régimen de prima media, administrado por el Seguro Social, en los términos del régimen de transición contemplado de los incisos 4 y 5 del artículo 36 de la ley 100 de 1993. Además, dado que el ciudadano había estado vinculado durante más de cinco años al régimen de ahorro individual, el traslado podía efectuarse, siempre y cuando se tramitara ante el Seguro Social.

Interpuso el ciudadano acción de tutela, al considerar que la opción de permanecer en Porvenir S.A. y tener que cotizar 500 semanas más para acceder al beneficio pensional era demasiado gravosa teniendo en consideración su edad actual: 65 años. También vulneraba sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y al trabajo la otra alternativa, cual era cotizar durante tres (3) años más al Seguro Social si decidía trasladarse al régimen de prima media con prestación definida. Solicitó, entonces, que se rescindiera el

contrato de afiliación a Porvenir S.A o se declarara la nulidad del mismo.

En el caso concreto, se observa que no están configurados los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela por cuanto el actor no ha impulsado el trámite administrativo necesario para lograr el traslado de régimen. Por otro lado, la Corte considera que si el actor juzga que la afiliación hecha a Porvenir S.A. adolece de algún vicio, tiene a salvo los recursos ante la jurisdicción ordinaria para plantear dicha acusación. Además, no se sigue de las pruebas obrantes en el proceso que la entidad demandada haya puesto en cuestión los derechos fundamentales del actor, por el contrario, ha suministrado la información necesaria de manera oportuna y ha respondido diligentemente las peticiones del demandante. En conclusión, la petición de amparo resulta improcedente por cuanto no existe vulneración de los derechos fundamentales del señor Murillo Pomareda y cuenta con otros medios efectivos de defensa judicial.

Cuestiones adicionales

De lo afirmado en la demanda de tutela se infiere que el actor considera que al trasladarse al régimen de prima media con prestación definida, surge la obligación de cotizar tres años más al Seguro Social. Cabe aclarar que la normatividad señala un periodo de cinco¹³ y no de tres años aplicable a los casos en los cuales la persona que se encuentra afiliada a este régimen pensional, pretende cambiarse al de ahorro individual sin haber cumplido los requisitos para acceder al beneficio pensional. Esta normatividad no se predica de quienes son beneficiarios del régimen de transición, por cuanto el régimen aplicable en estas eventualidades es el que se encontraba vigente antes del primero de abril de 1994. En consecuencia, si el actor decide retornar al régimen de prima media, una vez aportados los documentos que acrediten su calidad de beneficiario del régimen de transición, podrá trasladarse al Seguro Social para pensionarse, sin necesidad de cotizar más años al sistema.

No obstante, teniendo en consideración la edad del actor y el tiempo que ha estado solicitando su beneficio pensional, se prevendrá a Porvenir S.A. y al Instituto de Seguros Sociales, para que, una vez aportados los documentos necesarios, procedan con la mayor celeridad y diligencia a reconocer y pagar la pensión mensual de vejez correspondiente, si a ello hubiere lugar.

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional,

administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO.- Confirmar las sentencias proferidas por el Juzgado cuarenta y ocho Civil Municipal de Bogotá en primera instancia, y por el Juzgado veintitrés Civil del Circuito de Bogotá, en segunda instancia dentro del proceso de la referencia, en el sentido de DECLARAR IMPROCEDENTE la tutela de los derechos a la seguridad social, al mínimo vital, al reconocimiento de la pensión de vejez y al trabajo del ciudadano Gonzalo Murillo Pomanera.

SEGUNDO.- PREVENIR a Porvenir S.A. y al Seguro Social para que, en caso de que el señor Murillo Pomanera solicite el traslado de régimen, atiendan tal petición con la mayor celeridad y diligencia.

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

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

Secretario General (e)

1 Ley 100 del 1993, ARTICULO 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 Seguros Sociales o por cualquier fondo, caja o entidad del sector público;

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 500 semanas en el nuevo régimen, caso en el cual será obligatorio para el empleador efectuar los aportes correspondientes.

2 El artículo 61 de la ley 100 de 1993 establece: PERSONAS EXCLUIDAS DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD. Están excluidos del régimen de ahorro individual con solidaridad (...) b. Las personas que al entrar en vigencia el sistema tuvieron cincuenta y cinco años (55) o más 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.

3 Ver, entre otras, las sentencias T-408 de 2002, T-432 de 2002, SU-646 de 1999 y T-007 de 1992.

4 Ver también las sentencias: SU-1052 de 2000, T-815 de 2000, T-418 de 2000, T-156 de 2000, T-716 de 1999, SU-086 de 1999, T-057 de 1999, T-554 de 1998, T-414 de 1998, T-235 de 1998, T-331 de 1997, T-273 de 1997, T-026 de 1997 y T- 287/95.

5 Ver sentencia T-463 de 2003.

6 Sentencia T-620 de 2002. Ver también las sentencias: T-026 y 273 de 1997, T-235 y 414 de 1998, T-57 de 1999, T-815, SU-1052 de 2000, T-287 de 1995, T-554 de 1998, T-716 y SU-086 de 1999, T-156 y 418 de 2000, T-482 y 1062 de 2001, y T-135 de 2002

7 Ver sentencia T-686 de 2003

9 El sistema empezó a regir el 1° de abril de 1994, según lo prescribe el artículo 151 de la ley 100 de 1993.

10 Sentencia C-789 de 2002.

11 Sentencia C-789 de 2002.

12 Ley 100 de 1993, artículo 36: (...)“La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco o mas años de edad si son mujeres o cuarenta o mas años de edad si son hombres, o quince o mas años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley”.

13 La ley 797 de 2003, en su artículo segundo, dice lo siguiente: “Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”