

T- 2585122 y T- 2587019

Sentencia T-601/10

DERECHO A LA DEVOLUCION DE SALDOS-Casos en que entidades demandadas niegan devolución por no cumplir con los requisitos exigidos en los artículos 61 y 65 de la Ley 100 de 1993, respectivamente

ACCION DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO DE ACREENCIAS PENSIONALES- Procedencia excepcional cuando con base en la edad del accionante resulta ineficaz someterlo a un proceso ordinario

DERECHO AL BONO PENSIONAL-Se adquiere en el momento en que la persona decide trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad

ACCION DE TUTELA CONTRA OFICINA DE BONOS PENSIONALES DEL MINISTERIO DE HACIENDA-Vulneración por omitir aplicar Decreto 1474 de 1997 norma vigente al momento en que se traslado de régimen

Si la persona que estaba excluida del Régimen de Ahorro Individual con solidaridad se encuentra en imposibilidad de seguir cotizando al sistema y así lo manifiesta, no hay lugar a exigirle el cumplimiento del requisito de haber cotizado por lo menos 500 semanas al nuevo régimen al que se afilió para poder obtener su bono pensional, siempre y cuando su traslado de régimen pensional se haya efectuado durante la vigencia del Decreto 1474 de 1997, por el cual se derogan, modifican y/o adicionan algunos artículos del Decreto reglamentario 1748 de 1995 y se dictan otras disposiciones. 18. Por consiguiente, la Sala considera que la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público vulneró los derechos de la accionante al omitir aplicar una norma que se encontraba vigente para el momento en que la accionante se trasladó de régimen, esto es el año 2001, imponiéndole una carga que no está obligada a soportar, toda vez que demostró su imposibilidad para seguir cotizando, por lo cual, no es posible aplicar el literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, en punto a exigir 500 semanas de cotización.

ACCION DE TUTELA CONTRA FONDO DE PENSIONES-Procedencia por cuanto no se puede exigir requisito de 1150 semanas de cotización a una persona que ha manifestado la imposibilidad de seguir cotizando

Exigirle a una persona que ha manifestado estar en imposibilidad de seguir cotizando, mantenerse en el Sistema es inocuo, y el juez de tutela tiene que ser consciente de las situaciones especiales de cada persona, así que resulta inaudito exigir a la accionante que cumpla con 1.150 semanas de cotización, para hacer efectivas las prestaciones y derechos que reclama. De esta manera, esta Sala concluye que el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., vulneró el derecho a la seguridad social de la señora, puesto que se remitió a una norma que no debió aplicar, esto es el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, omitiendo la aplicación del artículo 66 de la misma Ley, el cual contempla la situación específica en que se encuentra la accionante, quien manifiesta estar en imposibilidad de seguir cotizando.

Referencia: expedientes T-2.585.122 y T- 2.587.019.

Acciones de tutela instauradas por Margarita Marino de Botero, contra el Fondo de Pensiones Porvenir S.A. y Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público; y

Nubia Amparo Salazar Cuartas contra el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A.,

Magistrado Ponente:

Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Bogotá, D.C., veintisiete (27) julio de dos mil diez (2010).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, JORGE IVÁN PALACIO PALACIO y JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión de los fallos adoptados en los asuntos de la referencia, en las acciones de tutela promovidas por Margarita Marino de Botero contra el Fondo de Pensiones Porvenir S.A. y Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y, Nubia Amparo Salazar Cuartas contra el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

Las Acciones de tutela fueron escogidas para revisión por la Sala Tercera de Selección, mediante auto proferido el 26 de marzo de 2010. En el mismo Auto, la Sala decidió acumular los procesos por presentar unidad de materia para que fueran fallados en una misma sentencia.

I. ANTECEDENTES.

1. Expediente T-2.585.122.

1.1 Hechos.

El 27 de enero de 2010, Margarita Marino de Botero, por intermedio de apoderada, interpuso acción de tutela contra el Fondo de Pensiones Porvenir S.A. y la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por considerar vulnerados sus derechos al debido proceso, a la seguridad social en conexidad con el derecho a la vida, a la salud, a la dignidad humana y a la integridad física y moral, basándose en los siguientes hechos:

Actualmente la actora cuenta con 69 años de edad, tal como consta en fotocopia de su cédula de ciudadanía[1].

El 12 de septiembre de 2001 se afilió al Fondo de Pensiones Porvenir S.A., pese a que, a su juicio, se encontraba excluida del Régimen de Ahorro Individual.

Según historia laboral expedida por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la actora cotizó 338 semanas y la cotización del bono pensional por el periodo anterior al traslado ascendería a 129'692.644 millones de pesos. (Folios 21 y 22, cuaderno 1)

Señala que por encontrarse en imposibilidad de seguir cotizando con base en su avanzada edad, solicitó al Fondo de Pensiones Porvenir S.A., la devolución de los aportes que se encuentran en su cuenta de ahorro individual, y el bono pensional al que tiene derecho.

Al respecto, la AFP Porvenir, le dio a conocer a la accionante que la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, manifestó que el bono no puede ser emitido porque la accionante debió cotizar al menos 500 semanas al Fondo, desde su afiliación al

mismo.

El Fondo de Pensiones estuvo de acuerdo con la respuesta dada por el Ministerio, según comunicación recibida el 29 de septiembre de 2009[2], basada principalmente en el literal b) del artículo 61 de La ley 100 de 1993.

Intervención de las Partes demandadas.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Por medio del Jefe de la Oficina de Bonos Pensionales, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, solicitó que se declare improcedente la acción de tutela, argumentando que la accionante no cumple con el requisito de haber cotizado al menos 500 semanas en el régimen de ahorro individual con solidaridad, consagrado en el literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993.

Argumenta que la acción de tutela, no puede convertirse en instrumento que facilite pretermitir los procedimientos legales y los requerimientos establecidos en las normas vigentes, para otorgar los bonos pensionales a los ciudadanos; que la actora se encuentra excluida del régimen de ahorro individual previsto en el artículo 61, literal b) de la ley 100 de 1993; afirma que antes de "...que la señora Marino de Botero voluntariamente se trasladara al RAIS el 1° de noviembre de 2001, hace 8 años ya, suscribiendo el formulario de afiliación, y se sometiera a lo dispuesto en la normatividad citada, es decir, la exigencia para tener derecho a los beneficios del Régimen de Ahorro Individual, como lo es la devolución de saldos, debía comprometerse a cotizar y haber cotizado 500 semanas adicionales –sin más aditivos-. Si la señora cumplió con dicha obligación la AFP PROVENIR debe demostrarlo y tramitar por el Sistema de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda, la solicitud de emisión y redención del bono pensional". Agrega que el literal b) del artículo 61 de la ley 100 de 1993 es exequible.

Finalmente, advierte al Juez de Tutela que sobre el tema de las personas cobijadas por el literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, se "montó" un negocio privado por parte de tramitadores quienes facilitan un crédito para que el beneficiario pague las cotizaciones "retroactivas", y una vez hechas éstas, interponen acción de tutela. Cuando el fallo de tutela sale a su favor los "intermediarios" cobran un porcentaje alto del bono, el cual incluye, el valor de sus servicios por la tramitación de la acción de tutela, y los intereses por la suma prestada; el total lo descuentan del valor del bono pensional, toda vez que los eventuales beneficiarios, ya han firmado la autorización a la AFP, para que el giro se haga a favor del "tramitador".

Explica que lo que se pretende con esta figura de "Devolución de Saldos" no es buscar una pensión, sino como su nombre lo indica, se persigue la devolución de saldos del Régimen de Ahorro Individual, que cuantitativamente es superior a la Indemnización Sustitutiva del Régimen de Prima Media administrado por el ISS, y que esta práctica desvirtúa los principios del Sistema General de Pensiones.

Fondo de Pensiones Porvenir S.A.

En su escrito de contestación El Fondo de Pensiones Porvenir S.A., señala que la responsabilidad sobre cualquier omisión, recae sobre la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, ya que esa entidad ha impedido la emisión del bono pensional, argumentando que la accionante no hace parte del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Además, establece que la accionante no cumple la totalidad de requisitos necesarios para acceder a una pensión de vejez, por lo tanto solicita declarar improcedente la acción respecto de Porvenir S.A.

y en su lugar, se ordene a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público la emisión y pago del correspondiente Bono Pensional.

Sentencia objeto de revisión.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá - Sala Civil, mediante sentencia del 11 de febrero de 2010, decidió negar el amparo solicitado por la demandante, por considerar que la acción de tutela es improcedente para solicitar el reconocimiento y pago de derechos pensionales, teniendo en cuenta la naturaleza legal de los mismos; además, recuerda que para la protección de estos, el actor cuenta con otros medios judiciales ordinarios.

Finalmente, considera que la accionante no se encuentra en imposibilidad para seguir cotizando al Sistema, por lo que no puede ser excluida del requisito de las 500 semanas mínimas de cotización y, en esta medida, niega el amparo.

Este fallo no fue impugnado por ninguna de las partes.

Expediente T- 2.587.019.

Hechos.

El 7 de diciembre de 2009, la señora Nubia Amparo Salazar Cuartas interpuso acción de tutela contra el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., por considerar vulnerados sus derechos a la vida, la seguridad social y el mínimo vital, basándose en los siguientes hechos:

2.1.1 La señora Nubia Amparo Salazar Cuartas, manifiesta que actualmente cuenta con 57 años de edad, y tiene a su cargo el cuidado de su hijo Juan David Tamayo Salazar, quien fue declarado interdicto por demencia mediante sentencia judicial[3].

2.1.2 Teniendo en cuenta su situación, solicitó al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., su pensión de vejez o en su lugar que se le devolviera el saldo existente en su cuenta individual.

2.1.3 Aduce la accionante que le es imposible seguir cotizando al Sistema y, por lo tanto, al no reconocerle la prestación solicitada, considera en peligro su vida y la de su hijo, así como sus derechos a la seguridad social y el mínimo vital.

Intervención de la parte demandada.

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., mediante su representante legal, dio respuesta a la acción de tutela, en la que solicitó se denegara el amparo deprecado por la accionante, por considerar que no se le ha vulnerado ningún derecho fundamental.

Lo anterior lo sustentó el Fondo en que, a su juicio la peticionaria no puede obtener la pensión anticipada de vejez, por cuanto el saldo de su cuenta individual sumado al bono pensional al que tendría derecho no son suficientes para, tal como dispone la norma, sufragar una pensión mínimo del 110% de un salario mínimo mensual. Por el contrario, si la accionante espera a cumplir 60 años, es decir en el 2012, el capital acumulado en su cuenta de ahorro será suficiente para poder obtener su derecho a la pensión de vejez.

Sentencias objeto de revisión.

2.3.1 En primera instancia, el Juzgado 19 Laboral del Circuito, mediante sentencia del 13 de enero de 2010 decidió no tutelar el amparo solicitado por la accionante, pues para acceder a la pensión de vejez, es necesario que hubiera cotizado 1.150 semanas, y la accionante solo ha cotizado hasta el momento 950 semanas.

Con base en lo anterior, considera el a quo que a la accionante no se le ha vulnerado ningún derecho fundamental, puesto que no cumple con el requisito de las 1.150 semanas de cotización; además, no se probó una vulneración al mínimo vital y por lo tanto encuentra que los argumentos de la misma no son suficientes para conceder el amparo en sede de tutela.

2.3.2 En segunda instancia, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., confirmó la sentencia dictada por el a quo, basándose en los siguientes argumentos:

Como primera medida, señaló que el asunto que se debate no tiene relevancia constitucional, por cuanto la naturaleza de la prestación que reclama la accionante es meramente indemnizatoria, ya que no encuentra un vínculo claro entre la situación de la accionante y la no devolución de saldos y remisión anticipada del bono pensional, teniendo en cuenta que no se aportó prueba alguna que demostrara de qué manera la afectó la negativa de la empresa, respecto de los gastos suyos y los de su hijo, quien a raíz de su enfermedad requiere de varios medicamentos no incluidos en el POS.

Por otra parte, consideró que la petición realizada por la actora no es clara ni cierta, como tampoco se encuentra demostrada, por lo que manifiesta que no se tienen los elementos suficientes para dar certeza al derecho reclamado, situación que le corresponde esclarecer al juez ordinario laboral.

Conclusión.

Los expedientes que se estudian en esta ocasión, versan sobre solicitudes de devolución de saldos en el sistema de pensiones, que no fueron concedidos.

En el expediente T-2585122, porque la accionante no cumplía con el requisito de las 500 semanas cotizadas en el régimen de ahorro individual; y en el expediente T-2587019, porque la accionante, que cuenta con 950 semanas cotizadas, no tiene derecho para acceder a una pensión mínima, y requeriría 1150 semanas para acceder al beneficio de que el Gobierno Nacional le complete la parte que haga falta para obtener su pensión, caso en el cual la accionante accedería al derecho en el año 2012.

En ambos casos las accionantes ponen de presente su precaria condición económica y la imposibilidad de continuar cotizando debido a su avanzada edad.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

Remitido el expediente a esta Corporación, la Sala de Selección número Tres, mediante Auto del veintiséis (26) de marzo de dos mil diez (2010), dispuso su revisión y acumulación por la Corte Constitucional.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer de la revisión de los fallos materia de acción de tutela, 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. Problema jurídico.

Corresponde a la Sala decidir, si las entidades accionadas vulneraron los derechos de las accionantes, con la decisión de no devolver los saldos que reposan en sus cuentas de ahorro individual, estableciendo como justificación que no cumplen con el requisito de las 500 semanas de cotización en el caso de la señora Margarita Marino de Botero y, con el requisito de 1150 semanas de cotización en el de la señora Nubia Amparo Salazar Cuartas, exigidos en los artículos 61, literal b y 65 de la Ley 100 de 1993, respectivamente.

Antes de resolver el anterior problema jurídico, la Sala analizará (i) la procedencia de las acciones de tutela que se revisan, (ii) se estudiarán cuáles son las normas aplicables en materia de devolución de aportes en el régimen de ahorro individual con solidaridad. Finalmente, (iii) se resolverán los casos en concreto.

2.1. Procedencia de la acción de tutela para controversias referentes al reconocimiento y pago de acreencias pensionales.

1. Como se ha establecido en varias oportunidades[4], esta Corporación ha sido clara al estimar que como regla general la acción de tutela no procede para reclamar acreencias pensionales, teniendo en cuenta el carácter prestacional del derecho que se pretende en tratándose de dichos temas, el cual está ligado a la existencia de mecanismos ordinarios de defensa para la protección de los mismos, situación que de desconocerse estaría ignorando el carácter de subsidiariedad de la acción de tutela.

2. No obstante, el desarrollo jurisprudencial también ha tenido en cuenta que existen casos especiales en los que se pueden dar excepciones a la regla general mencionada y, en esta medida existen algunas situaciones en las que la tutela se torna procedente para dirimir este tipo de controversias.

3. Es así como se ha determinado que en los casos en que existen otros medios de defensa para la protección de los derechos que se consideran vulnerados, procede la acción de tutela siempre y cuando los mismos no sean idóneos para la salvaguarda de los derechos, o cuando se utiliza como mecanismo para evitar un perjuicio irremediable. Esta posición fue expuesta en la sentencia T-1083 de 2001 de la siguiente manera:

"La controversia sobre el reconocimiento de los derechos pensionales adquiere la dimensión de un problema constitucional cuando su no reconocimiento viola o amenaza violar derechos fundamentales diversos entre ellos el derecho de igualdad ante la ley, el derecho a la familia o su protección especial y los derechos fundamentales de los niños, y los medios judiciales no son eficaces para su protección teniendo en cuenta las circunstancias particulares del actor, o la intervención del juez constitucional se hace necesaria para impedir la ocurrencia de un perjuicio irremediable."

4. De igual forma, específicamente cuando se trata del reconocimiento de pensiones, también se ha admitido la procedencia de la acción de tutela, cuando con base en la edad del accionante resulta inocuo pedirle que acuda a un proceso ordinario.

Así fue reiterado[5] en la sentencia T- 001 de 2009, en la que se dijo:

"Esta corporación en reiterada jurisprudencia ha analizado que la acción de tutela resulta en principio improcedente para obtener el reconocimiento de pensiones, pues por un lado, la efectividad del derecho reclamado depende del cumplimiento de requisitos y condiciones señaladas en la ley y, por otro, si llega a existir controversia en esa materia, el interesado cuenta con medios ordinarios de defensa judicial consagrados al efecto.

De manera excepcional se acepta la viabilidad del amparo constitucional, si se establece que aquellos medios no son suficientes ni expeditos para evitar un perjuicio irremediable[6]<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-001-09.htm> - **ftn1# ftn1**, resultando así el mecanismo constitucional idóneo para amparar a quien está indefenso frente a la vulneración de un derecho que en la situación fáctica particular, adquiere carácter fundamental por entrar en conexidad con otros derechos de esa estirpe, tales como la vida, el trabajo y el mínimo vital."

5. Es claro entonces que para el reconocimiento de derechos pensionales, entre ellos la devolución de saldos en el régimen de ahorro individual con solidaridad, en principio, no procede la acción de tutela, pero cuando se trata de evitar un perjuicio irremediable, o porque en razón a la edad del peticionario el mecanismo ordinario de defensa judicial se torna ineficaz, procede esta acción para el amparo de los derechos constitucionales.

2.2 Adquisición del derecho al bono pensional. Reiteración de jurisprudencia.

6. Respecto del derecho al bono pensional, se tiene que el mismo se adquiere en el momento en que la persona decide trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, según lo ha establecido esta Corte. De acuerdo con lo anterior, su liquidación deberá hacerse conforme a la normatividad vigente al momento del traslado de régimen pensional.

7. Esta posición fue desarrollada por esta Corporación de la siguiente manera:

"El derecho a la emisión del bono pensional no nace con la formulación de la petición por parte del interesado o de la AFP a la cual el mismo se encuentre afiliado. Dicho derecho fue creado por el legislador y radicado en cabeza de todas las personas que cumplen determinados requisitos y deciden trasladarse del sistema de prima media al sistema de ahorro individual. Por lo tanto, el derecho al bono pensional se adquiere desde el mismo momento del traslado al régimen de ahorro individual, y la liquidación y emisión deberá realizarse conforme con la normatividad aplicable en ese momento."[7]

8. En el mismo sentido se pronunció esta Corporación en la sentencia T- 910 de 2006, en la cual se estableció:

"La administración no puede desconocer las características con las cuales nació el bono, momento que se remonta a aquel en el cual se produjo el traslado del afiliado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad. En efecto, si el derecho a la emisión nace con el traslado de la obligación correlativa de emitir por parte de la Nación y las demás entidades cuotapartistas se genera en ese mismo momento (...). En consecuencia, la obligación de emitir el bono nace en el momento del traslado y será la normatividad vigente para dicho momento la que se aplica, así la liquidación del mismo se produzca con posterioridad."

9. Por lo tanto, es necesario distinguir dos situaciones que se configuran en dos momentos distintos: primero, la adquisición del derecho al bono pensional, que se causa en el momento en que el afiliado se traslada de un régimen a otro, y segundo, la liquidación del bono pensional, que ocurre posterior al nacimiento de la obligación.

10. Una vez sentadas las bases anteriores, la Sala entrará a resolver el problema jurídico planteado para cada caso en concreto.

2.3 Análisis de los casos concretos.

- Expediente T-2.585.122.

11. De los hechos narrados en el expediente, se encuentra que la señora Margarita Marino de Botero, interpuso acción de tutela contra el Fondo de Pensiones Porvenir S.A. y la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por considerar vulnerados sus derechos al debido proceso, a la seguridad social en conexidad con el derecho a la vida, a la salud, a la dignidad humana y a la integridad física y moral.

12. Arguye que el 1° de noviembre de 2001, se trasladó al Fondo de Pensiones Porvenir S.A., pese a que, a su juicio, se encontraba excluida del Régimen de Ahorro Individual. Sin embargo, al momento en que pidió que le fuera liquidado su bono pensional, la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público le respondió que no podía ser emitido porque ha debido cotizar al menos 500 semanas al Fondo desde su afiliación al mismo; frente a esto, el Fondo de Pensiones estuvo de acuerdo con la respuesta dada por el Ministerio, que se fundamentó principalmente en lo dispuesto por el literal b) del artículo 61 de la ley 100 de 1993.

13. Respecto de la procedencia de la acción de tutela, la Sala considera que la accionante cuenta con otro medio de defensa judicial; sin embargo, teniendo en cuenta que actualmente tiene 69 años de edad[8], el mecanismo se torna ineficaz para la protección de sus derechos fundamentales, debido a la dificultad de conseguir una relación laboral que le permita brindarse un sustento económico en el entretanto.

14. Ahora bien, como se estableció precedentemente, el derecho al bono pensional se causa en el momento en que el cotizante se traslada del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, de manera tal que la liquidación del mismo deberá realizarse de acuerdo con la normatividad vigente al momento de la adquisición del derecho.

15. De acuerdo a lo señalado, si bien para el momento en que la accionante se trasladó de régimen pensional, el literal b) del artículo 61 de la ley 100 de 1993[9] se encontraba vigente, también lo estaba el artículo 21 del Decreto 1474 de 1997, modificado por el Decreto 1513 de 1998, que dispone:

"ARTÍCULO 21. Bonos pensionales para personas que deban cotizar quinientas semanas. <Artículo modificado por el artículo 28 del Decreto 1513 de 1998. El nuevo texto es el siguiente:> Las personas cobijadas por el literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, deberán cotizar por lo menos durante quinientas (500) semanas en el nuevo régimen y no podrán negociar el bono pensional para solicitar pensión o devolución de saldos de conformidad con el artículo 66 de la Ley 100, mientras mantengan una vinculación

laboral con algún empleador o puedan seguir cotizando en condición de independientes. De lo contrario, deberán manifestar bajo juramento su imposibilidad de cotizar."

16. Visto lo anterior, es claro que para el momento en que la accionante se trasladó de régimen pensional, el Decreto citado tenía plena vigencia; y, teniendo en cuenta que se trata de una norma específica y posterior al artículo 61 de la Ley 100 de 1993, es ésta la disposición que debe aplicarse.

17. De esta manera, si la persona que estaba excluida del Régimen de Ahorro Individual con solidaridad se encuentra en imposibilidad de seguir cotizando al sistema y así lo manifiesta, no hay lugar a exigirle el cumplimiento del requisito de haber cotizado por lo menos 500 semanas al nuevo régimen al que se afilió para poder obtener su bono pensional, siempre y cuando su traslado de régimen pensional se haya efectuado durante la vigencia del Decreto 1474 de 1997, por el cual se derogan, modifican y/o adicionan algunos artículos del Decreto reglamentario 1748 de 1995 y se dictan otras disposiciones.

18. Por consiguiente, la Sala considera que la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público vulneró los derechos de la accionante al omitir aplicar una norma que se encontraba vigente para el momento en que la accionante se trasladó de régimen, esto es el año 2001, imponiéndole una carga que no está obligada a soportar, toda vez que demostró su imposibilidad para seguir cotizando, por lo cual, no es posible aplicar el literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, en punto a exigir 500 semanas de cotización.

19. Además de lo anterior, se ha establecido jurisprudencialmente, que el juez constitucional debe interpretar lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo a las circunstancias particulares de cada persona, de manera que no es adecuado exigirle a una persona que ha manifestado su imposibilidad para seguir cotizando, que continúe cotizando hasta alcanzar 500 semanas.

20. Así, en la Sentencia T- 237 de 2008 se manifestó:

"De lo anteriormente expuesto, se tiene que la Corte ha establecido que la constitucionalidad del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, no constituye un impedimento para que su contenido se aplique atendiendo las circunstancias de cada caso concreto. Por ello, la incapacidad para cotizar y así cumplir con los requisitos estipulados en su contenido, y así acceder a los derechos del sistema de seguridad social, debe ser ponderada por las autoridades en consideración a los derechos fundamentales de las personas de acceso a una pensión de vejez o a las alternativas que brinda la misma Ley 100 de 1993.

Esto con el fin de garantizar los derechos a una vida digna y al mínimo vital de las personas de que habla el mencionado artículo 61, las cuales cuentan con edades en las que les resulta especialmente difícil tener una relación laboral o poder cotizar como independientes. Incluso, si ellas mismas han decidido voluntariamente someterse a la obligación de cotizar un número mínimo de semanas."

21. Ahora bien, en un caso similar al que se revisa en esta oportunidad, la Corte Constitucional en sentencia T-237 de 2008 sostuvo:

"Bajo este entendido, se estima entonces que la Administradora accionada y la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, si bien pueden aludir al acto de traslado voluntario del actor para destacar su obligación de cotizar por los menos quinientas (500) semanas en su cuenta de ahorro individual, para exigir la redención del bono o la devolución de saldos, no pueden desconocer que el marco normativo entonces vigente condicionaba dicha obligación a la existencia de un vínculo laboral o de condiciones que le permitiesen al afiliado cotizar al Sistema, en calidad de trabajador independiente.

En este orden de ideas, el amparo constitucional invocado habrá de concederse, porque el actor solicita la devolución de los saldos que posee en su cuenta de ahorro individual, incluyendo la redención de su bono pensional y para el efecto manifiesta su imposibilidad de seguir cotizando al Sistema, cumpliendo de esta manera la exigencia del artículo 28 del Decreto 1513 de 1998[10], en vigor cuando el señor Cancelado Perry manifestó su voluntad de trasladarse del Seguro Social y cotizar por lo menos quinientas (500) en el Régimen de Ahorro Individual, como lo dispone el literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993."

22. A continuación la Sala sintetizará el contexto normativo al cual se hace referencia en la jurisprudencia citada anteriormente.

El Decreto 1513 de 1998, por el cual se modifican y/o adicionan algunos artículos de los Decretos Reglamentarios 1748 de 1995 y 1474 de 1997 y se dictan otras disposiciones, dispone lo siguiente en el artículo 28:

"ARTICULO 28. El artículo 21 del Decreto 1474 de 1997, quedará así:

Las personas cobijadas por el literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, deberán cotizar por lo menos durante quinientas (500) semanas en el nuevo régimen y no podrán negociar el bono pensional para solicitar pensión o devolución de saldos de conformidad con el artículo 66 de la Ley 100, mientras mantengan una vinculación laboral con algún empleador o puedan seguir cotizando en condición de independientes. De lo contrario, deberán manifestar bajo juramento su imposibilidad de cotizar".

De acuerdo con el artículo 61 de la Ley 100 de 1993, están excluidos del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad:

"a. Los pensionados por invalidez por el <instituto de Seguros Sociales o por cualquier fondo, caja o entidad del sector público.

b. Las personas que al entrar en vigencia el sistema tuvieran cincuenta y cinco (55) años o más de edad, si son hombres, o cincuenta (50) años o más de edad, si son mujeres, salvo que decidan cotizar por lo menos quinientas (500) semanas en el nuevo régimen, caso en el cual será obligatorio para el empleador efectuar los aportes correspondientes".

En efecto, la anterior norma fue primero reglamentada por el artículo 21 del Decreto 1474 de 1997, conforme al cual, en relación con los Bonos pensionales para personas que deban cotizar quinientas semanas, "[l]a decisión que tomen las personas a que se refiere el ordinal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993 de cotizar quinientas (500) semanas en

el nuevo régimen, implica la obligación que asumen estas personas de no negociar el respectivo bono pensional, tipo A, que se expida a su favor, antes del vencimiento de dicho período." Dicha norma fue luego modificada por el artículo 28 del Decreto 1513 de 1998, que dispuso que "[l]as personas cobijadas por el literal b) del artículo 62 de la Ley 100 de 1993, deberán cotizar por lo menos durante quinientas (500) semanas en el nuevo régimen y no podrán negociar el bono pensional para solicitar pensión o devolución de saldos de conformidad con el artículo 66 de la Ley 100, mientras mantengan una vinculación laboral con algún empleador o puedan seguir cotizando en condición de independientes. De lo contrario, deberán manifestar bajo juramento su imposibilidad de cotizar." Esta última disposición, finalmente, habría sido subrogada por el Decreto 3798 de 2003, que, en su artículo 18, dispuso, en relación con los bonos pensionales para personas que deban cotizar (500) semanas, que "[l]as personas a que se refiere el literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993 tendrán la obligación de cotizar quinientas semanas en el nuevo régimen y no podrán negociar el bono pensional para solicitar pensión o devolución de saldos, de conformidad con el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, antes de las quinientas (500) semanas mencionadas."

Esta última previsión del Decreto 3798 de 2003 no es aplicable en el caso sub lite, porque para el año 2001, cuando la accionante realizó el cambio de régimen, la disposición legal vigente, era el Decreto 1474 de 1997.

Vale la pena aclarar entonces, que debido a que la norma reglamentaria que se debe aplicar se encuentre derogada, los casos en que procede el traslado y la devolución de saldos incluido el bono son excepcionales, de tal manera que solo es factible a traslados efectuados hasta el 2003 y en los que se hayan efectuado aportes significativos al fondo privado, al menos en un 50% de las 500 semanas.

23. Como quedó visto, es clara la legislación, y la posición de esta Corporación en el sentido de que no es correcto exigirle a una persona el cumplimiento de requisitos, siendo que ha manifestado su imposibilidad de cumplirlos, máxime si como en el caso que se revisa, la norma vigente al momento del traslado se lo permite. Aunque lo que se requiere es terminar de cotizar 500 semanas al Sistema, la actora no puede cumplir esa condición en razón a que su avanzada edad no le permite conseguir un empleo, ni tiene las condiciones necesarias para cotizar como independiente.

24. Por lo tanto, la Sala encuentra que la posición adoptada por la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público vulneró el derecho a la seguridad social de la accionante, al negarse a emitir el bono pensional de la misma, basándose en una interpretación errónea de la norma y dejando de aplicar la ley vigente al momento del traslado de Régimen pensional.

25. Por todo lo anterior, la Sala revocará la sentencia de única instancia, y en su lugar ordenará al representante legal de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda, realizar el reconocimiento y pago del bono pensional.

Una vez se haya cumplido lo anterior, se ordenará al representante legal del Fondo de Pensiones y Cesantías de Protección S.A., que reconozca la devolución de los saldos a favor de la accionante.

- Expediente 2.587.019.

26. Basándose en los hechos manifestados durante el proceso, se tiene que el 7 de diciembre de 2009, la señora Nubia Amparo Salazar Cuartas interpuso acción de tutela contra el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., por considerar vulnerados sus derechos a la vida, la seguridad social y el mínimo vital.

La accionante, quien actualmente cuenta con 58 años de edad[11], solicitó al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., su pensión de vejez o en su lugar que se le devolviera el saldo existente en su cuenta individual y el bono pensional al que tendría derecho; sin embargo, éste le respondió que aún no ha cumplido con las 1.150 semanas que debe cotizar para poder acceder al beneficio de que el Gobierno Nacional le complete la parte que haga falta para obtener su pensión, de acuerdo con lo estipulado por el artículo 65 de la ley 100 de 1993.

27. Así mismo, manifiesta el accionado que el capital con el que cuenta actualmente la señora Salazar Cuartas, no es suficiente para sufragar la pensión mínima legal, mientras que si espera a la fecha estipulada para la redención de su bono, lograría ser beneficiaria de una pensión de vejez, cumpliendo con todos los requisitos para esto.

28. Respecto de la procedencia de la acción de tutela para este caso específico, la Sala encuentra que la situación de la accionante hace que el medio judicial ordinario que en principio sería el idóneo para la solución de la controversia que plantea, se torne ineficaz, toda vez que quedó demostrado dentro del proceso[12], que costea por sí misma los gastos de su hogar, y que tiene a su cargo su hijo que fue declarado interdicto por demencia mediante sentencia judicial, y que debido a su estado mental, debe utilizar varios medicamentos que se encuentran excluidos del POS y asistir constantemente a tratamientos de psiquiatría, lo cual significa elevados costos que no alcanza a asumir la accionante, con el producto de manualidades que realiza en su casa[13]. Por lo tanto, de acuerdo con lo manifestado en la parte general de esta sentencia, la tutela se torna procedente para dirimir el asunto bajo estudio.

29. Una vez vista la procedencia de la acción de tutela para el caso concreto y, después de analizar los argumentos expresados por el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., esta Sala considera que no le asiste razón a dicho Fondo, tal como se verá seguidamente.

30. Dentro de la respuesta al derecho de petición que le dio Porvenir S.A. a la accionante[14], se indica que el saldo actual de su cuenta de ahorro individual sumado a lo que aproximadamente calcula como liquidación del bono pensional de la misma, no alcanza para sufragar una pensión que corresponda al 110% del salario mínimo legal, y por esta razón se remite al artículo 65 de la ley 100 de 1993, para establecer condiciones adicionales, como se verá a continuación.

31. Apoyándose en el citado artículo[15], la accionada le está exigiendo 1.150 semanas de cotización a la actora, para que el gobierno cumpla con su obligación de completar la parte que le haría falta para obtener su pensión.

32. No obstante, de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, se tiene que la señora Salazar Cuartas en ningún momento solicitó la ayuda del gobierno consignada en el artículo mencionado anteriormente, puesto que, precisamente, sabía que no cumplía con los requisitos para acceder a la misma.

Además, de la lectura del artículo se tiene que el mismo no impone un requisito a los afiliados que no cuenten con el monto mínimo de la pensión de vejez, sino que por el contrario les otorga

la opción para completar el monto de la misma si han cotizado 1.150 semanas.

33. Tal como se vio en el caso anterior, exigirle a una persona que ha manifestado estar en imposibilidad de seguir cotizando, mantenerse en el Sistema es inocuo, y el juez de tutela tiene que ser consciente de las situaciones especiales de cada persona, así que resulta inaudito exigir a la accionante que cumpla con 1.150 semanas de cotización, para hacer efectivas las prestaciones y derechos que reclama.

34. Por otra parte, lo que la accionante pretende es hacer efectivo lo consagrado en el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, que establece:

"ARTICULO. 66.-Devolución de saldos. Quienes a las edades previstas en el artículo anterior no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho." Subraya fuera de texto.

35. De esta manera, esta Sala concluye que el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., vulneró el derecho a la seguridad social de la señora Nubia Amparo Salazar Cuartas, puesto que se remitió a una norma que no debió aplicar, esto es el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, omitiendo la aplicación del artículo 66 de la misma Ley, el cual contempla la situación específica en que se encuentra la accionante, quien manifiesta estar en imposibilidad de seguir cotizando.

36. Además de lo anterior, en sentencia T- 525 de 2009, esta Corte estableció:

"La legislación ha determinado que para ser acreedor de la pensión de vejez, se deben cumplir ciertos requisitos mínimos de temporalidad y de cotización al sistema, sea éste de Prima Media con Prestación Definida o de Ahorro Individual con Solidaridad. Sin embargo, hay ocasiones en las que el afiliado por algún motivo no cumple a plenitud con tales requisitos, razón por la cual se creó la figura denominada "Devolución de Saldos[16]", que señala que quienes hayan cumplido la edad mínima exigida para acceder a la pensión y "... no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a este hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho."

...

Esta corporación ha sostenido que la finalidad y naturaleza de la indemnización sustitutiva o de la devolución de saldos no es otra que "permitir a las personas que luego de haber llegado a la edad de pensión y que (i) no hayan alcanzado a generar la pensión mínima o (ii) no hayan cotizado al menos 1150 semanas, reclamar la devolución de saldos o la indemnización sustitutiva de sus aportes. La hipótesis contraria implicaría que, aún cuando los cotizantes hayan alcanzado la edad en la cual ley presume la disminución significativa de la capacidad laboral, y pese a que los mismos declaren la imposibilidad de seguir cotizando, el Estado institucionalice la obligación de seguir aportando, sin tomar en consideración las condiciones fácticas que impiden a los sujetos hacerlo."

Por lo tanto, la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos, son beneficios otorgado a las personas que no han cumplido con la totalidad de los requisitos, concretamente a quienes si bien cumplen con el requisito de la edad, no han cotizado el número de semanas exigidas por el régimen de prima media o, no tienen el capital necesario para acceder al derecho a la pensión en el régimen de ahorro individual."

37. Visto esto, es claro que la accionante puede acceder al beneficio de la devolución de saldos, sin que sea posible exigirle completar 1.150 semanas de cotización, siendo que ya ha manifestado su imposibilidad para seguir cotizando, y se encuentra en una edad en la que es muy difícil conseguir empleo e incluso cotizar como independiente, máxime si se tiene en cuenta su condición de cabeza de hogar.

No obstante, no sobra advertir a la actora del expediente T-2587019, que a pesar de la dificultad previamente descrita, le resultaría mas beneficioso acceder a la pensión en un término aproximado de un año, que recibir la devolución de saldos. Ello se debe, a que como lo argumenta la AFP Pensiones y Cesantías Protección[18], en el caso particular de la actora, la negociación del bono pensional tendría que ser aplazada hasta el 25 de agosto de 2012, fecha en la cual, el valor pagado por el comisionista de bolsa más los aportes de la cuenta de ahorro individual alcanzaría para obtener el capital necesario para financiar una mesada pensional del salario mínimo. Lo anteriormente dicho es ilustrado por la AFP, de la siguiente manera:

"Usted actualmente cuenta con 57 años de edad y un saldo acumulado en su cuenta de ahorro individual en el Fondo de Pensiones Obligatorias Protección equivalente a \$33.636.189 y un bono pensional, que según nuestras bases de datos podría llegar a tener el valor negociado a las tasas de mercado actual de \$85.641.117. Así las cosas y tal como se mencionó, el derecho a una pensión de vejez en el Régimen de Ahorro Individual, implicaría contar con el capital suficiente que permita financiarle a usted y a su beneficiario inmediato una pensión vitalicia, para el año 2009, de \$515.278 mensual, el cual en este caso es de \$132.202.844 y usted solamente tendría un capital de \$119.277.306".

38. Por lo establecido, se revocará la Sentencia de segunda instancia, que a su vez confirmó la de primera instancia y, en su lugar, se ordenará al representante legal del Fondo de Pensiones y Cesantías de Protección S.A., realizar el trámite correspondiente para el reconocimiento y pago inmediato del bono pensional de la actora.

Una vez se haya cumplido con lo anterior, se deberá reconocer la devolución de los saldos a favor de la accionante.

IV. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia de única instancia emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá - Sala Civil, el 11 de febrero de 2010 y, en su lugar, CONCEDER el amparo a los derechos a la seguridad social, la salud y la vida en condiciones dignas de la señora Margarita Marino de Botero.

Segundo.- ORDENAR al representante legal de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda, que dentro del término de 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, proceda a emitir el bono pensional al que tiene derecho la señora Margarita Marino de Botero, y enviarlo al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

Tercero.- ORDENAR, al representante legal del Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., que en el término de 48 horas siguientes al cumplimiento de lo decretado en el numeral anterior, proceda a realizar la liquidación de los aportes de la cuenta de ahorro individual de la accionante, y realice la devolución de los saldos de la señora Margarita Marino de Botero.

Cuarto.- REVOCAR la sentencia de segunda instancia, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., el 16 de febrero de 2010, que a su vez confirmó la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado 19 Laboral del Circuito el 13 de enero de 2010, y en su lugar, CONCEDER el amparo a los derechos a la seguridad social y el mínimo vital de la señora Nubia Amparo Salazar Cuartas.

Quinto.- ORDENAR, al representante legal del Fondo de Pensiones y Cesantías de Protección S.A, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, realice el trámite correspondiente para la emisión del bono pensional de la señora Nubia Amparo Salazar Cuartas.

Sexto.- ORDENAR, al representante legal del Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A, que dentro de las 48 horas siguientes a la emisión del bono pensional de la accionante, proceda a liquidar los aportes de la cuenta de ahorro individual de la misma, y realice la devolución de los saldos de la señora Nubia Amparo Salazar Cuartas.

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

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado Ponente

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

[1] A folio 12 del cuaderno 1 consta que la actora nació el 13 de mayo de 1941.

[2] Folios 22 y 23.

[3] Cuaderno 1, Folios 13 a 16.

[4] Al respecto pueden ser consultadas entre otras, las sentencias: T-408 de 2000, T-398 de 2001, T-476 de 2001, T-947 de 2003 y T-620 de 2007.

[5] Ver sentencias T- 246 de 1996, T-860 de 2005, T-083 de 2004.

[6] T-607 de 2007.

[7] T- 801 de 2006

[8] Según consta en fotocopia de la cédula de ciudadanía, que obra a folio 12 del cuaderno 1.

[9] ARTÍCULO 61. 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 tuvieran cincuenta y cinco (55) años o más de edad, si son hombres, o cincuenta (50) años o más de edad, si son mujeres, salvo que decidan cotizar por lo menos quinientas (500) semanas en el nuevo régimen, caso en el cual será obligatorio para el empleador efectuar los aportes correspondientes.

[10] El Decreto 3798 de 2003 que derogó el Decreto 1513 de 1998 entró a regir el 30 diciembre de 2003 -Diario Oficial 45416.

[11] Nacida el 25 de agosto de 1952.

[12] Cuaderno 1, folios 36 a 42.

[13] Según consta en su escrito de tutela, que obra a folios 2 y 3 del expediente.

[14] Cuaderno 1, folios 6 y 7.

[15] "ARTICULO. 65.- Modificado por el art. 14, Ley 797 de 2003 Garantía de pensión mínima de vejez. Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 832 de 1996. Los afiliados que a los sesenta y dos (62) años de edad si son hombres y cincuenta y siete (57) si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la presente ley, y hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta semanas (1.150), tendrán derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión.

[16] Art. 66 Ley 100 de 1993.

[17] C- 375 de abril 27 de 2004.

[18] Folios 6 y 7 del Cuaderno 1.



