

Sentencia T-376/18



Referencia: Expediente T-6.742.628

Acción de tutela instaurada por Mario Mendoza Ochoa contra la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-, la Administradora de Fondo de Pensiones Protección S.A y el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá (vinculado)

Magistrado Ponente:
JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de septiembre de dos mil dieciocho (2018).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Alberto Rojas Ríos, Carlos Bernal Pulido y José Fernando Reyes Cuartas, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, y en el Decreto Estatutario 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela emitido en segunda instancia por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el 13 de febrero de 2018, que confirmó la sentencia expedida por la Sala de Casación Laboral el 29 de noviembre de 2017.

I. ANTECEDENTES

1. El señor Mendoza Ochoa interpuso acción de tutela contra la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- y la Administradora de Fondo de Pensiones –en adelante AFP- Protección S.A, por considerar vulnerados los derechos fundamentales a la vida, a la seguridad social, al mínimo vital, a la salud, al debido proceso y a la protección a las personas de la tercera edad.

Hechos

1. Informó el accionante que nació el 10 de abril de 1947¹, luego, para el 1 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, tenía más de 40 años de edad, habiendo cotizado 954.14 semanas a dicho sistema según el reporte de historia laboral.

2. Expuso que su voluntad siempre ha sido permanecer afiliado en el régimen de prima media con prestación definida; sin embargo, se registra un traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad en el marzo de 1997, a pesar de nunca haber suscrito el formulario correspondiente.

3. Señaló que una vez advirtió dicha situación, en septiembre de 2009, procedió a realizar todos los trámites tendientes a obtener su retorno al régimen de prima media con prestación definida, lo cual fue posible por la intervención de un juez de tutela.

4. Indicó que ha adelantado varios trámites encaminados a que la AFP ING, ahora Protección, anule el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad; sin embargo, se han negado a ello argumentando que se encontraba afiliado al Instituto de Seguros Sociales –en adelante ISS-.

5. Informó que ha solicitado varias veces la pensión de vejez ante el ISS y Colpensiones; no obstante, siempre se le ha negado, razón por la cual promovió el correspondiente proceso laboral.

6. Expuso que presentó denuncia ante la Fiscalía General de la Nación; sin embargo, la investigación adelantada para establecer la presunta falsedad de tal documento fue archivada, al no haberse establecido la materialidad de la conducta punible por no disponerse del documento original que permitiera efectuar el respectivo examen pericial.

7. Comunicó que promovió proceso ordinario laboral, el cual fue decidido en primera instancia el 18 de julio de 2017 por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá de manera favorable a sus pretensiones, al considerar que en su caso había operado una múltiple vinculación dado que el último nexa no podía considerarse válido, generándose una confusión en cuanto a la administradora a la cual se encuentra válidamente afiliado, determinación fundada en el Decreto 692 de 1994² y el Decreto 3995 de 2008³.

8. Anotó que durante el desarrollo del trámite ordinario se intentó acopiar el formulario de traslado original, en aras de que el Instituto de Medicina Legal practicara la respectiva prueba pericial, sin que fuera posible fue recaudar dicho documento, ni practicar la prueba pericial.

9. El citado despacho concluyó que el accionante cumplía los requisitos para acceder al régimen de transición, ya que tiene más de 60 años y un total de 656 semanas entre el 10 de abril de 1987 al 10 de abril de 2007, razón por la cual le

¹ En la actualidad tiene 71 años.

² “Por el cual se reglamenta parcialmente la ley 100 de 1993”

³ “Por el cual se reglamentan los artículos 12, 13 y 16 de la Ley 100 de 1993”

asistía el derecho a percibir una pensión, la cual se estableció en \$1.390.287.34. En esta decisión también se concluyó que no se desacreditó la validez de la afiliación a la Administradora del Fondo de Pensiones.

En este fallo, se consideró que las afirmaciones del actor entorno de la falsedad del formulario de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad no trascendieron al plano probatorio; sin embargo, en su momento el ISS concluyó que había operado una multivinculación y que la situación estaría a cargo de esta entidad, luego, era *“posible colegir que el nexo que llegó a tener con la AFP SA no surtió plenos efectos jurídicos.”*⁴

10. Esta sentencia fue apelada, razón por la cual se remitió a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Bogotá, corporación que el 23 de agosto de 2017 la revocó al considerar que no se configuraba múltiple afiliación y, por lo tanto, se debían acreditar 15 años de servicio o semanas cotizadas al 1 de abril de 1994. En esta decisión se anotó que no se desvirtuó la intención libre del accionante de trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad *“al que realizó aportes continuos desde febrero del año 97 y hasta junio de 2009 (...)”*, luego, al haberse materializado dicho cambio, el accionante no recuperó el régimen de transición *“comoquiera que el demandante no contaba con 15 años cotizados al 1 de abril del año 94”*.⁵

11. Anotó que frente a esta última decisión su apoderada interpuso el recurso extraordinario de casación; sin embargo, el mismo no es eficaz dado que tiene 70 años, que le es imposible acceder al mercado laboral, carece de recursos, tiene afecciones de salud y obligaciones crediticias.

12. Solicitó en consecuencia que ante la diligencia con la cual ha actuado para obtener el reconocimiento de su pensión de vejez y la ineficacia de los medios judiciales ordinarios el mismo sea ordenado de manera provisional.

Trámite procesal

13. Mediante auto del 16 de noviembre de 2017, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, avocó el conocimiento de la acción de tutela. Asimismo, dispuso vincular al trámite al Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá, despacho que fungió como primera instancia en el proceso laboral, cuya segunda instancia se debate en la acción de tutela.

Respuesta de las accionadas

14. *Protección S.A.* Informó que el accionante estuvo afiliado al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por COLMENA, hoy Protección S.A. desde el 3 de marzo de 1997 hasta el 13 de enero de 2010, fecha en la cual se aprobó su solicitud de cambio al régimen de prima media con prestación

⁴ Cfr. Cd. “Fallo Juzgado 34 Laboral”. L11001310503420140071100_110013105034_005_001.ASF 49’16”

⁵ Cfr. Cd. Fallo “Tribunal”. CP_0823100948919.wmv 11’.

definida y se trasladaron los aportes cotizados en el régimen de ahorro individual.

Anotó que la acción de tutela no es procedente dado que todavía está en trámite el proceso ordinario laboral, dada la interposición del recurso extraordinario de casación, adicionalmente no se cumple el requisito de inmediatez, ya que el accionante pretende obtener una prestación que se está discutiendo desde 2014.

15. *Juzgado 34 Laboral del Circuito*. Consideró que su actuación se ajustó a los lineamientos legales que rigen la materia y tuvo apoyo en criterios jurisprudenciales del Tribunal de cierre de la jurisdicción ordinaria.

16. *Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación*. Explicó el proceso de cierre y liquidación del Instituto de Seguros Sociales –ISS- para indicar que en el caso concreto dicha entidad remitió a Colpensiones el expediente digital pensional del accionante. Informó que el proceso de extinción del ISS culminó con el acta final de liquidación que fue publicada en el Diario Oficial n.º 49470 del 31 de marzo de 2015, razón por la cual dejó de ser sujeto de derechos y obligaciones.

17. *Colpensiones*. Después de expedido el fallo de primera instancia⁶ se recibió memorial suscrito por el Director de Acciones Constitucionales de la Gerencia de Defensa Judicial a través del cual propuso que la acción incoada no cumple el requisito de subsidiaridad. Adicionalmente señaló que esa entidad maneja recursos del tesoro público, lo cual impone responsabilidad y pericia en cabeza de los jueces de tutela al decidir el reconocimiento y pago de una pensión de vejez.

II. DECISIONES DE TUTELA OBJETO DE REVISIÓN

1. El 29 de noviembre de 2017, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, negó el amparo solicitado por el señor Mario Mendoza Ochoa al considerar que estando en trámite el recurso de casación, no es admisible la procedencia del amparo.

Consideró que en el caso no se presentaba una situación que imponga la intervención constitucional tendiente a evitar un perjuicio irremediable, pues aunque el actor adujo que tiene 70 años y padece una enfermedad coronaria, estos no son los únicos supuestos fácticos que determinan un daño irreparable que permita una intervención transitoria.

Le advirtió al accionante que puede entregar a la entidad que estudia su caso en el trámite ordinario los soportes que evidencien su situación de vulnerabilidad en aras de que se determine de manera objetiva si opera una prelación de turnos para expedir el fallo de casación.

⁶ El escrito se recibió en la Secretaría de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el 4 de diciembre de 2017.

2. *Impugnación.* El actor manifestó que impugnaba el fallo, sin efectuar consideraciones adicionales. Aportó documentos a través de los cuales se podía establecer su difícil situación económica y de salud.⁷

3. El 13 de febrero de 2018 la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó el fallo de primera instancia agregando que en este caso no se cumplían los requisitos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, toda vez que no se habían agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial al alcance del peticionario.

Coincidió en que el caso no dejaba en evidencia la configuración de un perjuicio irremediable como la inminencia, la urgencia, la gravedad y la impostergabilidad de la acción. Consideró que no se acreditó que el mínimo de condiciones de vida digna, la alimentación, educación, salud, vestido y recreación se vean afectados a tal grado que configuren un perjuicio irremediable que haga ineficaz el otro medio de defensa judicial.

III. PRUEBAS QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE

1. Aportadas por el accionante

- (i) Copia de la cédula de ciudadanía del señor Mario Mendoza Ochoa.
- (ii) Reporte de semanas cotizadas en pensiones, período 6 de septiembre de 1967 a 6 de septiembre de 2014, actualizado a 6 de septiembre de 2014.
- (iii) Copia de solicitud de traslado de fondo dirigida el 8 de septiembre de 2009 a ING Pensiones y Cesantías.
- (iv) Formulario de vinculación o actualización al sistema general de pensiones del 26 de octubre de 2009.
- (v) Copia de certificado expedido por Colpensiones el 6 de septiembre de 2014, según el cual el accionante se encontraba inactivo.
- (vi) Copia fallo de tutela del Juzgado 37 Civil del Circuito de Bogotá, de fecha 12 de noviembre de 2009 a través del cual se ordenó el traslado del señor Mario Mendoza Ochoa al Instituto de Seguros Sociales.
- (vii) Copia de Resolución n.º 003754 del 9 de febrero de 2011 del ISS mediante la cual se negó la pensión de vejez al actor.
- (viii) Copia de recurso de reposición, fechado 1 de abril de 2010 contra la Resolución n.º 003754 del 9 de febrero de 2011.

⁷ Declaraciones juramentadas sobre situación económica del accionante; certificación de contadora pública sobre la no recepción de ingresos por parte del accionante; resúmenes de atención médica, fórmulas y autorización de servicios médicos.

- (ix) Copia de Resolución n.º 03430 del 17 de agosto de 2011 del ISS a través de la cual se confirmó la Resolución n.º 003754 del 9 de febrero de 2011.
- (x) Copia de solicitud de formulario de afiliación y certificado de validez del mismo dirigida a ING SA, calendada 7 de abril de 2011 y de respuesta a la anterior solicitud, fechada 13 de abril de 2011.
- (xi) Copia de formato de afiliación del 3 de marzo de 1997.
- (xii) Solicitud de anulación de afiliación a ING presentada el 18 de mayo de 2011; de respuesta a la anterior petición, del 15 de junio de 2011 mediante la cual se le informa al actor que en el sistema no reposaba solicitud anterior respecto de la falsedad del formulario de afiliación y de reiteraciones de solicitud de anulación de formulario de afiliación del 29 de junio de 2011 y del 16 de septiembre de 2011, así como de la respuesta del 27 de septiembre de 2011 de ING pensiones, según la cual el actor, al haber solicitado el traslado de fondo validó la afiliación previa que tenía con dicha entidad.
- (xiii) Copia de Resolución n.º 25008 del 26 de julio de 2012 del ISS, mediante la cual se negó la pensión de vejez al accionante.
- (xiv) Copia de denuncia por falsedad en documento, presentada el 30 de agosto de 2012.
- (xv) Copia de formato de solicitud de prestaciones económicas y solicitud de pensión de vejez, con sello del 4 de julio de 2014.
- (xvi) Copia de constancias de notificación personal y de Resoluciones GNR 237032 del 25 de junio de 2014 y GNR 322929 del 16 de septiembre de 2014, expedidas por Colpensiones.
- (xvii) Copia de demanda ordinaria laboral ante el Juzgado 34 Laboral del Circuito, con fecha de reparto 15 de septiembre de 2014.
- (xviii) Copia escrito de subsanación de la demanda del 22 de enero de 2015; de contestación de la demanda por parte de Protección, recibida el 27 de mayo de 2015 y por parte de Colpensiones, recibida el 7 de abril de 2015.
- (xix) Copia de formato de investigador de campo del 30 de diciembre de 2014 a través del cual se da a conocer a la Fiscalía encargada de la denuncia presentada por el accionante que la Protección no había atendido cabalmente los requerimientos del funcionario.
- (xx) Copia de acta de inspección a lugares –dependencias de Protección S.A. del 28 de enero de 2014, suscrita por servidores de Policía Judicial.
- (xxi) Copia de informe de la apoderada del accionante en el proceso ordinario sobre gestiones para obtener pruebas recibido el 18 de julio de 2015.
- (xxii) Copia de acta de audiencia celebrada el 30 de septiembre de 2015.

(xxiii) Copia de requerimiento del Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá a la Fiscalía General de la Nación para que se informe el estado de la investigación promovida por el accionante, con recibido del 15 de octubre de 2015 y de respuesta del Instituto de Medicina Legal del 28 de octubre de 2015, dirigida al apoderado del accionante en el proceso ordinario.

(xxiv) Copia de oficio del 28 de marzo de 2016, a través del cual la Fiscalía 16 Seccional de Bogotá le informó al accionante que se había archivado la investigación por el delito de falsedad y de la respectiva orden de archivo de las diligencias del 28 de marzo de 2016.

(xxv) Copia de solicitud de formato original de afiliación presentada en Protección el 19 de abril de 2016 y de respuesta fechada 21 de junio de 2016 mediante la cual se informó al accionante que no se encontró el formato solicitado.

(xxvi) Copia de memorial de la apoderada del actor en el proceso ordinario a través del cual allega documentos para realizar prueba grafológica, con fecha de recibido 21 de octubre de 2016.

(xxvii) Copia de requerimiento de prueba grafológica del 27 de octubre de 2016 enviado por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá al Instituto de Medicina Legal y de respuesta del Instituto de Medicina Legal recibida el 16 de noviembre de 2016; así como de reiteración de dicho cotejo, con fecha de recibido 10 de febrero de 2017 y su correspondiente respuesta del 13 de febrero de 2017 del Instituto de Medicina Legal.

(xxviii) Copia de solicitud presentada 24 de febrero de 2011 por la apoderada del accionante en el proceso ordinario en el sentido de que no se modificara la fecha de audiencia prevista por el juzgado.

(xxix) Copia de nuevo requerimiento de experticia técnica, con recibido en el Instituto de Medicina Legal el 28 de abril de 2017.

(xxx) Cds. Contentivos de fallos expedidos por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá y por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad.

(xxxi) Copia de documentos relativos a la salud y atenciones médicas del accionante.

(xxxii) Copia de estados de crédito expedidos por Colpatria del 24 de julio y 23 de agosto de 2017; de estado de cuenta de tarjeta de crédito Éxito; de certificado del 21 de septiembre de 2017 expedido por Bancolombia respecto de la existencia de créditos a nombre del accionante.

Aportadas por Protección Fondo de Pensiones y Cesantías.

- (i) Copia de formato de afiliación del 3 de marzo de 1997.
- (ii) Copia de formato de SIAFP, ilegible.
- (iii) Copia de constancia de traslado de aportes del 20 de noviembre de 2017. Aportadas por el Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de los Seguros Sociales
- (i) Copia de extracto de la base de datos sobre entre del expediente del accionante a Colpensiones.
- (ii) Copia del acta de entrega del 1 de agosto de 2013 a Colpensiones.
- (iii) Copia del acta de entrega del 11 de octubre de 2012.

IV. ACTUACIONES EN SEDE DE REVISIÓN

1. La Sala de Selección número Cinco de la Corte Constitucional mediante auto del 21 de mayo de 2018 dispuso seleccionar para revisión este asunto.
2. El 26 de junio de 2018 el Despacho sustanciador dispuso vincular a la Fiscalía 116 Seccional de Bogotá y decretó las siguientes pruebas:

“Segundo: SOLICITAR la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y a Colpensiones que informen qué trámite se adelantó con ocasión de la presunta multifiliación del señor Mario Mendoza Ochoa. Las entidades deberán enviar la documentación generada con ocasión dicho trámite, así como la respectiva acta del comité de multifiliación.

Para cumplir con lo dispuesto se otorga un término de 3 días contado a partir de la notificación de esta providencia.

Tercero: SOLICITAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. que informe: (i) cómo era el trámite de una afiliación en 1997, específicamente cuando el afiliado se trasladaba del régimen de prima media con prestación definida; (ii) cómo operaba la custodia de los documentos extendidos para tal efecto; (iii) el trámite que se agota en la entidad cuando se advierte que la documentación no está completa o no es original; (iv) si cuenta con el formulario de afiliación original del señor Mario Mendoza Ochoa y en caso afirmativo deberá remitirlo a estas diligencias; y (v) los períodos de cotización del señor Mario Mendoza Ochoa.

Para cumplir con lo dispuesto se otorga un término de 3 días contado a partir de la notificación de esta providencia.

Cuarto: SOLICITAR a la Fiscalía 116 Seccional de Bogotá remitir las actuaciones adelantadas al interior de la investigación 110016000050201212750 en la cual es denunciante el señor Mario

Mendoza Ochoa. Para cumplir con lo dispuesto se otorga el término de tres (3) días hábiles.

Para cumplir con lo dispuesto se otorga un término de 3 días contado a partir de la notificación de esta providencia.

Quinto: SOLICITAR *al Instituto de Medicina Legal que establezca si la firma que figura en la copia del formulario identificado con el número de barras 1010321510 del 3 de marzo de 1997 corresponde al accionante Mario Mendoza Ochoa.*

Para el efecto se tendrán en cuenta los siguientes derroteros: (i) el Instituto de Medicina Legal deberá citar al accionante⁸ a fin de tomar las muestras que juzgue pertinentes; (ii) en la correspondiente citación se le deberá indicar qué documentos debe aportar; (iii) a pesar de que el documento que debe analizarse no es original, deberán exponerse las conclusiones a las cuales se llega después de su revisión, esto es, el grado de certeza de los resultados o la imposibilidad de obtener alguno.

Para cumplir con lo dispuesto se otorga un término de 10 días contado a partir de la notificación de esta providencia.

Sexto: SOLICITAR *al señora Mario Mendoza Ochoa que recopile los documentos indicados por el Instituto de Medicina Legal con oficios del 28 de octubre de 2015 (prueba 32 de la acción de tutela) y del 13 de febrero de 2017 (prueba 41 de la acción de tutela), ello en aras de que una vez sea citado por dicha entidad acuda sin dilaciones y con la documentación requerida completa.”*

3. El 16 de julio se da alcance a la anterior providencia para solicitar el envío del expediente laboral y solicitar a Protección S.A. que informara si el presunto traslado del señor Mario Mendoza Ochoa del Instituto de los Seguros Social a Cesantías y Pensiones Colmena el 3 de marzo de 1997 le fue comunicado al afiliado y en caso afirmativo se enviara copia de la respectiva comunicación, acompañando constancia de recibido. Asimismo se solicitó que informara si hubo alguna manifestación por parte de aquel.

4. Para responder estos requerimientos, el Director de Acciones Constitucionales de la Gerencia de Defensa Judicial de Colpensiones informó que verificada la base de datos de la entidad se encontró que el accionante presentó estado de multivinculación; no obstante, de conformidad con el proceso masivo 3800, quedó definida al fondo de ahorro individual PROTECCIÓN en virtud del artículo 2⁹ del Decreto 3800 de 2003.

⁸ Carrera 15 # 50-32 Barrio Palermo de Bogotá Apto. 101. Celular: 3058118 y 3152988600.

⁹ Afiliación válida en situaciones de múltiple vinculación. Está prohibida la múltiple vinculación. El afiliado sólo podrá trasladarse en los términos que establece la Ley 797 de 2003. Cuando el afiliado cambie de régimen o de administradora antes de los términos previstos en la ley, esta última vinculación no será válida y el afiliado incurrirá en múltiple vinculación. La vinculación válida será la correspondiente al último traslado que haya sido efectuado con el cumplimiento de los términos legales antes de incurrir en un estado de múltiple vinculación.

Anotó que la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones –Asofondos y Colpensiones (antes Instituto de los Seguros Sociales) realizaron un cruce masivo de información de sus afiliados estableciéndose que había más de un millón de personas con problemas de multivinculación.

Señaló que el accionante presentó estado de multivinculado ya que su afiliación quedó activa en los dos regímenes. Aclaró que para la época las administradoras de pensiones no contaban con los medios tecnológicos para verificar la multivinculación, por lo tanto no existe soporte o acta del proceso masivo llevado a cabo para definir la administradora correspondiente, debido a que el caso fue definido en el proceso masivo y no en comité individual. Preciso que el acta de comité es el documento soporte para aquellos casos en los cuales los afiliados no fueron definidos en los procesos masivos establecidos por la ley y posterior a esto se tuvo que definir su situación en comités individuales.

5. El Coordinador del Grupo de Grafología Forense de la Dirección Regional Bogotá del Instituto de los Seguros Sociales del Instituto de Medicina Legal y ciencias Forenses informó que el caso había sido devuelto al Juzgado 34 Laboral de Oralidad el 27 de junio de 2017 porque no cumplía con los requisitos técnicos exigidos para el análisis grafológico y el documento de duda tampoco fue remitido.

Explicó que para llevar a cabo el estudio requerido no se exigen firmas actuales, sino muestras de firmas extraproceso y coetáneas a la época en la cual aparece diligenciado el documento de duda. Preciso que de no existir dicho documento se deberá anexar una declaración extrajuicio por las partes interesadas en la cual se consigne dicha situación, pues el análisis grafológico no aplica en sentido estricto al estudio de documentos en fotocopia, pues estos estudios solo dan lugar a conceptos periciales de orientación, debido a la imposibilidad de aplicar la totalidad del protocolo de análisis en cuanto a requisitos técnicos. Finalmente anotó que el tiempo de análisis es de aproximadamente 90 días hábiles debido a la capacidad del laboratorio.

6. La Sala de Casación Laboral envió el expediente radicado n.º 11001310503420140071101 que consta de tres cuadernos y 12 cds y la Fiscalía 116 Seccional de Bogotá informal de la investigación 11001600005021212750.

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

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

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

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

Las reglas previstas en este artículo también aplicarán a aquellos afiliados que se encuentran registrados en las bases de datos de los dos regímenes por no haberse perfeccionado el traslado de régimen.

Competencia

1. Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86, inciso 2 y 241 numeral 9 de la Constitución, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto Estatutario 2591 de 1991.

Presentación del caso, problema jurídico y metodología de decisión

2. Informó el accionante que ha solicitado en varias oportunidades a Colpensiones el reconocimiento de la pensión de vejez; sin embargo, sus solicitudes no han sido atendidas favorablemente, según la administradora de pensiones por haber operado un traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Para el actor el documento a través del cual tuvo lugar la presunta afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad contiene una firma que no es la suya, además de falencias en su diligenciamiento como espacios en blanco y datos erróneos, afirmaciones que planteó ante la administradora del fondo de pensiones y la Fiscalía.

La primera de las entidades no se pronunció de fondo sobre dicha situación, por cuanto el actor ya no estaba afiliado a la misma. Por su parte, la Fiscalía intentó obtener un dictamen técnico respecto del documento, sin obtener algún resultado dado que la administradora del fondo de pensiones no entregó el documento original, según las diligencias, por cambios administrativos y porque la empresa encargada de su custodia no había ofrecido datos afirmativos.

Esta controversia fue planteada en sede judicial; no obstante, las dos instancias que conocieron el asunto concluyeron que se había materializado la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad. En primera instancia se consideró que se había configurado una multivinculación, dado que existían documentos, diferentes al formato de afiliación, que daban cuenta del traslado; sin embargo, se declaró sin efectos la afiliación al fondo y, por lo tanto, se reconoció la pensión de vejez a cargo de Colpensiones, de conformidad con el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En segunda instancia se consideró que no se había desacreditado que el actor se hubiera vinculado al régimen de ahorro individual con solidaridad, además se estimó que no se había presentado una multivinculación; sin embargo, se anotó que de haber tenido ocurrencia debió considerarse que la afiliación válida era al fondo de pensiones y no a Colpensiones. Se concluyó, además, que el accionante no era beneficiario del régimen de transición.

Esta última decisión todavía se encuentra en examen judicial, pues la apoderada del accionante presentó el recurso extraordinario¹⁰ de casación proponiendo como causales las siguientes:

(i) Violación indirecta por aplicación indebida de los artículos 17 del Decreto 692 de 1994; 16 y 36 de la Ley 100 de 1993; 5 del Decreto 3995 de 2008; 10 del Decreto 1161 de 1994 y 12 y 13 del Decreto 758 de 1990, que aprobó el Acuerdo 040 de 1990 en concordancia con los artículos 48 y 53 de la Constitución por errores de hecho y pruebas erróneamente apreciadas, específicamente las pruebas que acreditaban que el actor desconoció las firmas impuestas en el formulario de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como el reporte de semanas cotizadas.

(ii) Violación directa por interpretación errónea de los artículo 2 del Decreto 3800 de 2003, y 2, 4, 5 y 10 del Decreto 3995 de 2008, en concordancia con los artículos 16 y 36 de la Ley 100 de 1993; 10 del Decreto 1161 de 1994; 12, 13 y 20 del Decreto 758 del Decreto 758 de 1990, que aprobó el Acuerdo 049 de 1990 y 48 y 53 de la Constitución, toda vez que la multivinculación se definió que la vinculación válida y definitiva del actor era al Instituto de Seguros Sociales, luego, según dichas normas, a quienes se les hubiere definido el traslado de régimen mediante comité de múltiple vinculación, no requieren el cálculo de rentabilidad ni acreditar 15 años de servicios al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 para recuperar el régimen de transición.

(iii) Violación directa por interpretación errónea del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con los artículos 12, 13 y 20 del Decreto 758 de 1990, que aprobó el Acuerdo 049 de 1990 y los artículos 48 y 53 de la Constitución, pues *“1) el demandante al entrar en vigencia la ley 100 de 1993, tenía más de 40 años de edad, y 2) que el formulario origina de la presunta afiliación al Fondo Privado de Pensiones, no existía en los archivos de la Administradora de Pensiones Privada, por lo cual dicha afiliación es inexistente, es evidente que el sentenciador de la alzada incurrió en el yerro jurídico que se le endilga, pues de haber interpretado correctamente la normativa en mención y con apoyo en los hechos fácticos referidos admitidos, debió confirmar en todas sus partes la sentencia dicta en primera instancia”*.

3. De acuerdo con la situación fáctica expuesta, esta Sala de Revisión deberá establecer si una autoridad judicial incurre en un defecto fáctico al no reconocer la pensión de vejez a un ciudadano que niega haber firmado el formulario de traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad; particularmente cuando no se pudo establecer la originalidad del documento de traslado de régimen en razón de la desorganización administrativa que se presentaba en las administradoras de los fondos de pensiones (AFP), así como de la imposibilidad de practicar la prueba pericial sobre la autenticidad del documento.

¹⁰ Durante audiencia celebrada el 23 de agosto de 2017 ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá. La sustentación se recibió en la Secretaría de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el 21 de junio de 2018.

4. Para resolver el interrogante señalado, la Sala se ocupará de reiterar la jurisprudencia constitucional en torno de: (i) la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales; (ii) protección del derecho fundamental a la seguridad social por medio de la acción de tutela; (iii) el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 frente los casos de traslado entre regímenes y/o multivinculación ; (iv) el deber de información y custodia de las administradoras de fondos de pensiones a los afiliados y finalmente se abordará (v) el análisis del caso concreto.

Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia¹¹

5. De la lectura del artículo 86 de la Constitución se desprende que el Constituyente de 1991 no realizó distinción alguna respecto de los ámbitos de la función pública en los cuales los derechos fundamentales podrían resultar vulnerados, por lo que resulta procedente contra los actos y las decisiones expedidas en ejercicio de la función jurisdiccional.

Ha señalado la Corte¹² que esa regla se deriva del texto de la Constitución Política en concordancia con la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹³ y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁴, los cuales establecen que toda persona podrá hacer uso de mecanismos judiciales ágiles y efectivos que los ampare contra la amenaza o violación de los derechos fundamentales, aun si esta se causa por quienes actúan en ejercicio de funciones oficiales.

6. Ahora bien, en la sentencia C-543 de 1992 la Corte declaró inexequibles los artículos 11 y 40 del Decreto Estatutario 2591 de 1991 que admitían la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. En esta decisión se consideró que aunque los funcionarios judiciales son autoridades públicas, dada la importancia de principios como la seguridad jurídica, la cosa juzgada constitucional y la autonomía e independencia judicial, la procedencia de la acción de tutela era factible solo en relación con “*actuaciones de hecho*” que impliquen una grave vulneración a los derechos fundamentales.

Posteriormente, la Corte acuñó el término “*vía de hecho*” para abordar el estudio de casos respecto de los cuales se advertía un proceder arbitrario que vulneraba derechos fundamentales¹⁵ por “*la utilización de un poder concedido al juez por el ordenamiento para un fin no previsto en la disposición (defecto sustantivo), o en el ejercicio de la atribución por un órgano que no es su titular (defecto orgánico), o en la aplicación del derecho sin contar con el apoyo de los hechos determinantes del supuesto legal (defecto fáctico), o en la actuación*

¹¹ La base argumentativa expuesta en este capítulo hace parte de las sentencias SU-917 de 2010, SU-195 de 2012, SU-515 de 2013, SU-769 de 2014 y SU-336 de 2017. Por tanto, mantiene la postura uniforme y reciente de esta Corporación sobre la materia.

¹² Ver, sentencias T-792 de 2010, T-511 de 2011 y SU-773 de 2014.

¹³ Artículo 25. Aprobada mediante la Ley 16 de 1972

¹⁴ Artículo 2. Aprobado mediante la Ley 74 de 1968

¹⁵ Ver sentencia T-079 de 1993.

por fuera del procedimiento establecido (defecto procedimental) ”¹⁶ .

7. El desarrollo de la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales tuvo una nueva dimensión en la sentencia C-590 de 2005 a través de la cual la Corte declaró inexecutable la expresión “*ni acción*”, contenida en el artículo 185 de la Ley 906 de 2004, que impedía ejercer la acción de tutela contra decisiones de casación en materia penal.

Esta nueva dimensión abandonó la expresión “vía de hecho” e introdujo “*criterios de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales*”, los cuales fueron distinguidos como de carácter general y de carácter específico. Los primeros constituyen restricciones de índole procedimental o parámetros imprescindibles para que el juez de tutela aborde el análisis de fondo y fueron clasificados así:

“24. Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son los siguientes:

*a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente **relevancia constitucional**. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa por qué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.*

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

*c. Que se cumpla el requisito de la **inmediatez**, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se*

¹⁶ Ver sentencias T-231 de 1994, T-008 de 1998, T-260 de 1999.

cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. Que no se trate de sentencias de tutela. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas”. (Resaltado fuera de texto).

Los segundos -requisitos específicos-, aluden a los yerros judiciales que se advierten en la decisión judicial y tornan inexorable la intervención del juez de tutela. Esos fueron denominados “*causales especiales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales*”, y se explicaron en los siguientes términos:

“a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

i. Violación directa de la Constitución”.

8. Ahora bien, teniendo en cuenta el problema jurídico planteado es necesario ampliar la conceptualización realizada y recordar los criterios que permiten definir si una decisión se adoptó al margen de las pruebas practicadas en el proceso o de las normas que regulan la situación concreta.

9. Defecto fáctico. Se erige sobre la malinterpretación de los hechos expuestos en un proceso, la cual deviene de una inapropiada valoración probatoria, bien porque el juez no contaba con pruebas para sustentar sus afirmaciones, ora porque al estimar su valor demostrativo fue arbitrario¹⁷. La Corte ha dicho que tal arbitrariedad debe ser “*de tal magnitud que pueda advertirse de manera evidente y flagrante, sin que quepa margen de objetividad alguno que permita explicar razonablemente la conclusión a la cual llegó el juez*”¹⁸. En igual sentido, es imprescindible que tal yerro tenga una trascendencia fundamental en el sentido del fallo, de manera que si no se hubiera incurrido en él, el funcionario judicial hubiera adoptado una decisión completamente opuesta¹⁹”.

Para que proceda el amparo, el juez de tutela “*debe indagar si el defecto alegado tiene incidencia en el respeto, vigencia y eficacia de los derechos fundamentales. De no ser así, la posibilidad de controlar errores fácticos debe mantenerse en el marco de los recursos de la legalidad, (...)*precisándose que: “*las diferencias de valoración en la apreciación de las pruebas no constituyen defecto fáctico pues, si ante un evento determinado se presentan al juez dos*

¹⁷ SU-632 de 2017 basándose en las SU-195 de 2012, T-143 de 2011, T-456 de 2010 y T-567 de 1998.

¹⁸ Sentencia T-456 de 2010. Recapitulada en la SU-632 de 2017.

¹⁹ Sentencia T-311 de 2009. Recapitulada en la SU-632 de 2017.

interpretaciones de los hechos, diversas pero razonables, le corresponde determinar al funcionario, en el ámbito su especialidad, cuál resulta más convincente después de un análisis individual y conjunto de los elementos probatorios.”²⁰

Hechas las anteriores precisiones, la Sala observa que excepcionalmente procede la acción de tutela contra providencias judiciales, lo cual está sujeto a la acreditación de cada uno de los requisitos de carácter general y, por lo menos, una de las causales específicas.

La seguridad social como derecho fundamental y su protección por medio de la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia²¹

10. El artículo 48 de la Constitución Política consagra el derecho a la seguridad social bajo una doble connotación: *i)* como derecho fundamental; y *ii)* como un servicio público de carácter obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado²².

Esta garantía fundamental *“surge como un instrumento a través del cual se garantiza a las personas el ejercicio de sus derechos fundamentales cuando se encuentran ante la materialización de algún evento o contingencia que mengüe su estado de salud, calidad de vida y capacidad económica, o que se constituya en un obstáculo para la normal consecución de sus medios mínimos de subsistencia a través del trabajo”*.²³ Su fundamentalidad se sustenta en el principio de dignidad humana en virtud del cual *“resulta posible que las personas afronten con decoro las circunstancias difíciles que les obstaculizan o impiden el normal desarrollo de sus actividades laborales y la consecuente recepción de los recursos que les permitan ejercer sus derechos subjetivos”*²⁴

Según ha sido interpretado por esta Corporación, los objetivos de la seguridad social guardan necesaria correspondencia con los fines esenciales del Estado social de derecho *“como el servir a la comunidad; promover la prosperidad general; garantizar la efectividad de los principios y derechos constitucionales; promover las condiciones para una igualdad real y efectiva; adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados; proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta; y reconocer sin discriminación alguna de la primacía de los derechos inalienables de la persona como sujeto, razón de ser y fin último del poder político”*.²⁵

²⁰ Sentencia SU222 de 2016.

²¹ Cfr. Sentencias T-628 de 2007, T-053 de 2010, T-295 de 2011, T-543 de 2012, T-164 de 2013, SU-918 de 2013, T-482 de 2015, T-173 de 2016, T-150 de 2017, T-379 de 2017, T-125 de 2018.

²² Artículo 48. *“La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley”*.

²³ Sentencia T-173 de 2016.

²⁴ *Ibidem*. Cfr. T-628 de 2007, T-032 de 2012; T-072 de 2013 y T-146 de 2013.

²⁵ Sentencia T-628 de 2007. Cfr. Artículos 2, 13, 5 de la Constitución. Véase la sentencia C-575 de 1992.

11. La protección de este derecho fundamental, además, está prevista en distintos instrumentos internacionales²⁶. En primer lugar, se tiene el artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos en virtud del cual *“toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”*.

En el mismo sentido lo consagra el artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona cuyo tenor dispone que *“toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”*.

De otro lado, el artículo 9° del Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales establece que *“los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”*. Así mismo, el artículo 9° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone que *“toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes”*.

12. Ahora bien, es claro que aun cuando el derecho a la seguridad social ostenta un carácter fundamental, tal particularidad no puede ser confundida con la posibilidad de hacerlo efectivo, en todos los casos, por medio de la acción de tutela²⁷. Al respecto, este Tribunal ha señalado que el legislador previó los mecanismos judiciales para la solución de las controversias relativas al reconocimiento y pago de las prestaciones que cubren las contingencias amparadas por el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, lo que significa que, por regla general, la acción de tutela resulta improcedente para resolver disputas de esa naturaleza²⁸.

Sin embargo, excepcionalmente, es plausible acudir a ese mecanismo constitucional para obtener el reconocimiento y pago de prestaciones sociales. Esto sucede en el evento en que el agotamiento de los medios ordinarios de defensa supone una carga procesal excesiva, porque quien la solicita es un sujeto de especial protección constitucional (mecanismo principal de defensa) o se encuentra ante la inminente ocurrencia de un perjuicio irremediable (mecanismo de protección transitorio). Sobre este punto, la Corte ha explicado lo siguiente:

²⁶ Sentencias T-164 de 2013 y SU-918 de 2013.

²⁷ Sentencia T-686 y SU-062 de 2010, T-1061 de 2012.

²⁸ Sentencia T-079 de 2016.

“14. Para que la acción de tutela proceda como mecanismo principal y definitivo, el demandante debe acreditar que no tiene a su disposición otros medios de defensa judicial, o que, teniéndolos, estos no resultan idóneos ni eficaces para lograr la protección de los derechos presuntamente conculcados. El ejercicio del amparo constitucional como mecanismo transitorio implica, a su turno, que los medios de protección judicial ordinarios, aun siendo idóneos y eficaces, puedan ser desplazados por la tutela ante la necesidad de evitar la consumación de un perjuicio irremediable²⁹. En esos eventos, la protección constitucional opera provisionalmente, hasta que la controversia sea resuelta por la jurisdicción competente, de forma definitiva.

El examen de procedibilidad formal de las tutelas instauradas para obtener el reconocimiento o el pago de derechos pensionales resulta así, inevitablemente vinculado al análisis de la aptitud que los instrumentos judiciales ordinarios tengan para el efecto en cada caso concreto. La decisión sobre la viabilidad de resolver en esta sede acerca del reconocimiento de un derecho pensional debe considerar, por eso, el panorama fáctico y jurídico que sustenta la solicitud de amparo.”³⁰

Lo anterior significa entonces que el juez constitucional debe valorar las circunstancias particulares del accionante, considerando aspectos como el tiempo transcurrido desde que formuló la primera solicitud de reconocimiento pensional, la edad, la composición de su núcleo familiar, las circunstancias económicas, el estado de salud, el grado de formación escolar, entre otros. En este punto es preciso mencionar además que *“la Corte ha llamado la atención sobre la importancia de verificar que quien acude a la acción de tutela para obtener el reconocimiento de su pensión haya buscado antes, con un grado mínimo de diligencia, la salvaguarda del derecho que invoca y que su mínimo vital se haya visto efectivamente afectado como consecuencia de la negación del derecho pensional”³¹.*

Bajo ese entendido, la jurisprudencia constitucional ha construido varias reglas para evaluar la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de prestaciones sociales como manifestación del derecho a la seguridad social, a saber: *i)* que la falta de pago de la prestación o su disminución genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital; *ii)* que el accionante haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial con el objetivo de que le sea reconocida la prestación reclamada; *iii)* que se acredite siquiera sumariamente, las razones por las cuales

²⁹ Sobre la figura del perjuicio irremediable y sus características, la Corte, en sentencia T-786 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda) expresó: *“Dicho perjuicio se caracteriza, según la jurisprudencia, por lo siguiente: (i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.”*. En un sentido semejante pueden consultarse las sentencias T-225/93 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), SU-544/01 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), T-1316/01 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes), T-983/01 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), entre otras.

³⁰ Sentencia T-079 de 2016.

³¹ *Ibidem*.

el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados; *iv*) y que exista una mediana certeza sobre el cumplimiento de los requisitos de reconocimiento del derecho reclamado³².

13. En definitiva, el derecho a la seguridad social busca proteger al trabajador cuando por algún evento o contingencia que mengua su salud, calidad de vida o capacidad económica, requiere de la ayuda del Estado y de la comunidad para proveerse los medios mínimos que le garanticen una subsistencia en condiciones dignas. Si bien esta prerrogativa constitucional ostenta un carácter fundamental, no por ello puede hacerse efectiva en todos los casos a través de la acción de tutela, porque para ello existen otros mecanismos de defensa judiciales previstos por el Legislador. La procedencia de la acción de tutela para obtener la protección del derecho a la seguridad social es excepcional y depende de las circunstancias propias de cada asunto, debiendo el juez constitucional evaluar criterios como la edad, el estado de salud, la composición del núcleo familiar, la situación económica, así como cualquier aspecto que permita identificar por qué este debe ser el mecanismo principal o transitorio de protección.

El régimen de transición de la Ley 100 de 1993 frente los casos de traslado entre regímenes y/o multivinculación

14. Una de las contingencias que se aseguran a través del sistema de seguridad social es la vejez, pues su protección garantiza el derecho al mínimo vital y a la subsistencia digna de un trabajador *“que llegó a un punto en su vida en el que ya no puede laborar y que, en esa medida, necesita de un ingreso mensual fijo que le permita descansar sin preocuparse por el medio a través del cual va a suplir sus necesidades”*³³. Entonces, la pensión de vejez es el resultado del ahorro forzoso de una vida de trabajo³⁴ y no puede entenderse como *“una dádiva súbita de la Nación, sino el simple reintegro que del ahorro constante durante largos años, es debido al trabajador”*³⁵.

Este beneficio no tuvo su origen en el actual sistema general de pensiones, ya que antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 existían diversas disposiciones legales que procuraban la aludida pensión para los trabajadores que cotizaran o prestaran sus servicios por determinado tiempo, como sucedía con la Ley 33 de 1985, la Ley 71 de 1988 y el Acuerdo 049 de 1990³⁶. Ahora bien, fue con la entrada en vigencia de aquella que se integraron en un Sistema General de Seguridad Social los diversos regímenes pensionales existentes.

El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 señalaba como requisitos para hacerse acreedor de dicha prestación, cumplir con *i*) 55 años de edad si es mujer o 60 años de edad si es hombre, y *ii*) haber cotizado un mínimo de 1000 semanas en

³² Sentencia T-482 de 2015.

³³ Sentencia T-379 de 2017.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Sentencia C-546 de 1992.

³⁶ T-122 de 2016.

cualquier tiempo. Sin embargo, estos parámetros fueron incrementados por la Ley 797 de 2003, exigiendo *i)* 57 años de edad para las mujeres y 62 para los hombres; *ii)* a partir del 1° de enero de 2005 aumentó en 50 semanas y *iii)* desde el 1° de enero de 2006 aumentaría en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el 2015.

Asimismo, este conjunto normativo creó otro régimen denominado de ahorro individual con solidaridad basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros, la solidaridad a través de garantías de pensión mínima y aportes al Fondo de Solidaridad. En este sistema se prescinde de la edad y tiempos de cotización, comoquiera que a la pensión se accederá una vez la cuenta de ahorro individual supere una cifra que le permita al afiliado una mesada superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente previsto el 1 de abril de 1994, reajustado anualmente según el IPC – Artículo 64 de la Ley 100 de 1993.

De otro lado, en aras de proteger a quienes tenían la expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez de conformidad con los requisitos establecidos en la normatividad anterior, el legislador estableció un régimen de transición como forma de protección a sus garantías fundamentales³⁷, el cual ha sido definido por esta Corporación como *“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 pensionares, en el momento del tránsito legislativo”*³⁸.

De ese modo, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dispuso que la edad, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez, serían los establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban afiliadas las personas que al momento de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones (1° de abril de 1994) cumplieran cualquiera de los siguientes requisitos: *i)* tener 35 años de edad en el caso de las mujeres, o 40 tratándose de hombres; o *ii)* contar con 15 años o más de servicios cotizados.

En todo caso, el legislador expidió el Acto Legislativo 01 de 2005 a través del cual le impuso un límite temporal al régimen de transición. Para ello, estableció que este no podría extenderse más allá del 31 de diciembre de 2010, excepto para los trabajadores que siendo beneficiarios del mismo, tuviesen al menos 750 semanas cotizadas o su equivalente en tiempo de servicios a la fecha en que entró en vigencia la citada reforma constitucional, evento en el que el régimen de transición se mantendría hasta el 31 de diciembre de 2014.

15. Ahora bien, el régimen de transición no solo ha sido útil para definir los requisitos que debe reunir un ciudadano para acceder a su pensión de vejez, sino que ha sido un criterio definitorio de situaciones especiales como la que se

³⁷ Cfr. Sentencias T-583 de 2010, T-334 de 2011, T-201, T-360 y T-408 de 2012, SU-769 de 2014.

³⁸ Sentencia C-789 de 2002. Cfr. SU-769 de 2014.

originan por fenómenos como el traslado entre los regímenes pensionales mencionados y la multifiliación, que consiste en *“la afiliación simultánea a los dos regímenes de pensión coexistentes en Colombia en este momento, el de prima media con prestaciones definidas, prestado por el Seguro Social y el de ahorro individual con solidaridad, ofrecido por las aseguradoras privadas”*³⁹ que está prohibida por el artículo 16 de la Ley 100 de 1993.

Debe precisarse que con la entrada en vigencia de estos dos sistemas se presentaron problemáticas administrativas y confusiones, tanto entre los afiliados, como entre quienes debían efectuar los aportes, de tal suerte que no solo se han generado traslados desinformados, sino además vinculaciones dobles y, en algunos casos, cambios fraudulentos.

Esos fenómenos han sido conflictivos, dado que los incisos 4⁴⁰ y 5⁴¹ del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecen la pérdida del régimen de transición para las personas que decidieran trasladarse entre regímenes. Luego, en caso de dicho cambio, aquellas, en principio, deberán ajustarse bien al régimen de ahorro individual con solidaridad, ora a los nuevos requisitos previstos en la Ley 100 de 1993 para el régimen de prima media con prestación definida.

16. Esos dos acápites normativos fueron objeto de estudio constitucional y fue así como la sentencia C-789 de 2002, a pesar de declararlos ajustados a la Constitución, también estableció que tal conformidad se entendía siempre que no se aplicaran a quienes habían cumplido quince (15) años o más de servicios cotizados, al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-. En ese orden, quienes cumplieran este requisito, a pesar de su traslado entre regímenes no perdían la posibilidad de pensionarse de conformidad con el régimen de transición, por cuanto:

“Conforme al principio de proporcionalidad, el legislador no puede transformar de manera arbitraria las expectativas legítimas que tienen los trabajadores respecto de las condiciones en las cuales aspiran a recibir su pensión, como resultado de su trabajo.⁴² Se estaría desconociendo la protección que recibe el trabajo, como valor fundamental del Estado (C.N. preámbulo, art. 1º), y como derecho-deber (C.N. art. 25). Por lo tanto, resultaría contrario a este principio de

³⁹ Sentencia T-686 de 2010.

⁴⁰ 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.

⁴¹ Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

⁴² La Corte ha sostenido que no es contrario a la Constitución que por virtud de un tránsito de leyes el legislador trate de manera diferente a personas que realizan el mismo trabajo durante la misma cantidad de años, y cuya única diferencia es el momento en el cual adquieren el derecho a pensionarse. Sin embargo, este cambio en las condiciones en que las personas se pensionan no puede ser desproporcionado. Al respecto, en Sentencia C-613/96 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), F.J. No. 9, la Corte dijo: “En efecto, si bien nada obsta para que tal transformación produzca un trato disímil entre situaciones que sólo se diferencian en razón del momento en el cual se consolidaron, también es cierto que para que dicho tratamiento resulte legítimo se requiere que no afecte el principio de proporcionalidad, de no discriminación y, en suma, de interdicción de la arbitrariedad.”

proporcionalidad, y violatorio del reconocimiento constitucional del trabajo, que quienes han cumplido con el 75% o más del tiempo de trabajo necesario para acceder a la pensión a la entrada en vigencia del sistema de pensiones, conforme al artículo 151 de la Ley 100 de 1993 (abril 1º de 1994),⁴³ terminen perdiendo las condiciones en las que aspiraban a recibir su pensión.”

17. Posteriormente, la Corte se ocupó de analizar la norma que impuso el límite al traslado entre regímenes de 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez –Art. 2 de la ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993-. Concluyó este Tribunal que ese límite era constitucional siempre y cuando se entendiera que *“las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no se hayan regresado al régimen de prima media con prestación definida, pueden regresar a éste -en cualquier tiempo-, conforme a los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002.”*⁴⁴

En otras palabras, la Corte consideró que quienes a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 –1 de abril de 1994- tuvieran 15 años de servicios cotizados tendrán derecho a retornar en cualquier tiempo al régimen de prima media con prestación definida sin perder el régimen de transición, como excepción al límite de 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

18. Ahora bien, teniendo en cuenta las diferentes problemáticas generadas por el traslado entre regímenes no solo la jurisprudencia ofreció respuestas, sino también la normativa a través del Decreto 3395 de 2008, cuyo objetivo fue determinar las condiciones en las cuales operaría dicho traslado, estableciendo en su artículo 12 que:

“Las personas vinculadas al RAIS a las que les falten menos de 10 años para cumplir la edad para la pensión de vejez del Régimen de Prima Média, podrán trasladarse a este únicamente si teniendo en cuenta lo establecido por las Sentencias C-789 de 2002 y la C-1024 de 2004, recuperan el régimen de transición. La AFP a la cual se encuentre vinculado el afiliado que presente la solicitud de traslado, deberá remitir toda la información necesaria para que el ISS realice el cálculo respectivo conforme a lo señalado en el artículo 7º del presente decreto. Una vez recibida la información contará con 20 días hábiles para manifestar si es viable el traslado.”

Esta norma ratificó que el retorno al régimen de prima media cuando al afiliado le faltaren 10 o menos años para cumplir la edad de pensión prevista en este régimen podrá ser posible siempre que la persona pueda recuperar el régimen

⁴³ Nótese que el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, hace referencia *“al momento de entrar en vigencia del sistema”*, no la Ley.

⁴⁴ Sentencia C-1024 de 2004.

de transición, esto es, cuando la persona haya cumplido 15 o más años de servicios cotizados al 1 de abril de 1994.

19. En casos particulares, la Corte ha definido el alcance de estos parámetros, por ejemplo, en la sentencia SU-062 de 2010 analizó la situación de un hombre de quien se afirmó que se hallaba en el régimen de transición, toda vez que al 1 de abril de 1994 tenía más de 40 años y además contaba con más de 15 años de cotización al sistema. El accionante se había trasladado en el año 2002 al régimen de ahorro individual y en el 2007 solicitó su retorno al ISS, petición que le fue negada por el fondo privado porque le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse.

En esa oportunidad la Corte hizo un ajuste de la jurisprudencia en cuanto a los conflictos económicos que pueden surgir en los traslados entre regímenes. Así, reiteró lo dicho por este Tribunal en las sentencias C-789 de 2002 y 1024 de 2004 en el sentido de que: *“algunas de las personas amparadas por el régimen de transición pueden regresar, en cualquier tiempo, al régimen de prima media cuando previamente hayan elegido el régimen de ahorro individual o se hayan trasladado a él, con el fin de pensionarse de acuerdo a las normas anteriores a la ley 100 de 1993. Estas personas son las que cumplan los siguientes requisitos:*

- (i) *Tener, a 1 de abril de 1994, 15 años de servicios cotizados.*
- (ii) *Trasladar al régimen de prima media todo el ahorro que hayan efectuado en el régimen de ahorro individual*
- (iii) *Que el ahorro hecho en el régimen de ahorro individual no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.”*

En este fallo la Corporación hubo de tener presente que si bien se hallarían superados los problemas relativos a la distribución de aportes,⁴⁵ comoquiera que el Decreto 3395 de 2008 solucionó dicha circunstancia, sí podrían subsistir inconvenientes con fundamento en la *“diferencia en la rentabilidad que producen los dos regímenes pensionales sobre los dineros aportados, factor que está asociado a circunstancias aleatorias propias del mercado y al hecho de que en el régimen de prima media existe un fondo común y en el de ahorro individual uno personal.”* Sin embargo, concluyó que: *“no se puede negar el traspaso a los beneficiarios del régimen de transición del régimen de ahorro individual al régimen de prima media por el incumplimiento del requisito de la equivalencia del ahorro sin antes ofrecerles la posibilidad de que aporten, en un plazo razonable, el dinero correspondiente a la diferencia entre lo ahorrado en el régimen de ahorro individual y el monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.”*⁴⁶

⁴⁵ Asunto abordado en la sentencia T-818 de 2007, en la cual se había afirmado que era imposible atender lo dispuesto al respecto en la sentencia C-789 de 2002 dado que los aportes eran distribuidos de diferente en los dos sistemas.

⁴⁶ Ello con fundamento en la sentencia C-030 de 2009.

20. En la sentencia T-686 de 2010, se pronunció respecto de la situación de un ciudadano nacido en 1948, que para el 1 de abril de 1994 tenía más de 40 años, que desde el 30 de octubre de 1979 había cotizado al régimen de primera media con prestación definida y que, según la acción, fue trasladado sin su consentimiento a un Fondo de Pensiones, es decir, al régimen de ahorro individual con solidaridad. En esa oportunidad se logró establecer que los aportes fueron registrados en el ISS y que la cuenta en el fondo privado aparecía en ceros, razón por la cual se concluyó que esa primera entidad debía atender la solicitud de pensión haciendo caso de la afiliación al fondo.

21. En la sentencia T-411 de 2011, la Corte analizó el caso de un afiliado de quien dijo que era: *“beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, porque al 1 de abril de 1994, tenía más de 40 años de edad,⁴⁷ había estado afiliado al Instituto de Seguros Sociales desde el 11 de julio de 1973,⁴⁸ y para el 1 de abril de 1994, había cotizado al Instituto de Seguros Sociales 980 semanas aproximadamente.”*

En ese caso la Corte adujo que: *“pese a que el tutelante se afilió al régimen de ahorro individual el 28 de abril de 1998⁴⁹ y que al 26 de abril de 2006, momento en que se trasladó nuevamente al régimen de prima media con prestación definida, le faltaban menos de 10 años para cumplir los requisitos para pensionarse,⁵⁰ el actor tenía derecho a que se aceptara su solicitud de traslado, de conformidad con lo establecido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional,⁵¹ de lo cual se concluye que el traslado al régimen de prima media realizado el 26 de abril de 2006 es válido y debe producir efectos jurídicos.”*

22. En la sentencia T-1061 de 2012 este Tribunal estudió la situación de una ciudadana que había experimentado modificaciones en el régimen pensional y pretendía acceder a la pensión de vejez de conformidad con el régimen especial previsto en el Decreto 546 de 1971, sin acreditar 15 años o más cotizados al 1 de abril de 1994. En ese caso se avaló la negativa del amparo por el no cumplimiento de dicho requisito.

23. Posteriormente, la Corte unificó la jurisprudencia al respecto –SU-130 de 2013– señalando que: *“únicamente los afiliados con quince (15) años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia el SGP, pueden trasladarse “en cualquier tiempo” del régimen de ahorro*

⁴⁷ En el folio 13 del cuaderno No. 1, obra copia de la cédula de ciudadanía del señor Ricardo Hernández Rodríguez, en la que consta que el actor nació el 27 de septiembre de 1949, es decir que, para el 1 de abril de 1994 tenía 44 años de edad.

⁴⁸ En los folios 33 y 34 del cuaderno No. 1, obra copia del reporte de semanas cotizadas por el señor Ricardo Hernández Rodríguez, expedido por la Vicepresidencia de Pensiones del Instituto de Seguros Sociales, en el cual consta como fecha de afiliación el 11 de julio de 1973.

⁴⁹ En el folio 27 del cuaderno No. 1, obra copia de la comunicación SER-DP-R-I-L-0061-07-10, mediante la cual Colfondos reitera que el señor Ricardo Hernández Rodríguez se afilió a esa Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones el 28 de abril de 1998.

⁵⁰ En el folio 13 del cuaderno número 1, obra copia de la cédula de ciudadanía del señor Ricardo Hernández Rodríguez en la cual consta que el actor nació el 27 de septiembre de 1949, de lo cual se concluye que el 27 de septiembre de 2009 cumplió la edad mínima para pensionarse, teniendo en cuenta que es beneficiario del régimen de transición.

⁵¹ Ver, entre otras, las sentencias C-789 de 2002, C-1024 de 2004 y SU-062 de 2010.

individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, conservando los beneficios del régimen de transición. Para tal efecto, deberán trasladar a él la totalidad del ahorro depositado en la respectiva cuenta individual, el cual no podrá ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubieren permanecido en el régimen de prima media. De no ser posible tal equivalencia, conforme quedó definido en la Sentencia C-062 de 2010 (sic), el afiliado tiene la opción de aportar el dinero que haga falta para cumplir con dicha exigencia, lo cual debe hacer dentro de un plazo razonable.”⁵²

24. En cuanto al fenómeno de la multifiliación, la Corte⁵³ ha admitido la solución normativa contenida en el Decreto 3995 de 2008, del cual ha afirmado que fue una herramienta pensada para solucionar dicha situación la cual venía presentándose de manera generalizada, así como para abordar las problemáticas que surgían del traslado entre regímenes. Este decreto en el artículo 2 definió la solución en casos de multifiliación de la siguiente manera:

“Para definir a qué régimen pensional esta válidamente vinculada una persona que se encuentra en estado de múltiple vinculación al 31 de diciembre de 2007, se aplicarán, por una única vez, las siguientes reglas: Cuando el afiliado en situación de múltiple vinculación haya efectuado cotizaciones efectivas, entre el 1° de julio y el 31 de diciembre de 2007, se entenderá vinculado a la administradora que haya recibido el mayor número de cotizaciones; en caso de no haber realizado cotizaciones en dicho término, se entenderá vinculado a la administradora que haya recibido la última cotización efectiva. Para estos efectos, no serán admisibles los pagos de cotizaciones efectuados con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia de este decreto.

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

Las reglas previstas en este artículo también aplicarán a aquellos afiliados que se encuentran registrados en las bases de datos de los dos regímenes por no haberse perfeccionado el traslado de régimen.”

Esta normativa respondió a una situación coyuntural que según su parte considerativa se presentó desde la creación del sistema general de seguridad social hasta el año 2007, pues los procesos tecnológicos para efectuar el cruce de datos entre los dos sistemas pensionales solo pudieron materializarse entre los años 2006 y 2007⁵⁴ impidiéndose que las administradoras cumplieran oportunamente con la obligación de informar a los afiliados su situación de múltiple vinculación o de cotizante no vinculado, lo cual además generó numerosos casos de personas con vinculaciones y/o cotizaciones simultáneas a los dos regímenes, con la consecuente confusión acerca de la administradora

⁵² Cfr. Sentencia T-607 y T-652 de 2014, T-200 de 2015, T-688 de 2016 y T-216 de 2017.

⁵³ SU-062 de 2010, SU-130 y SU-856 de 2013.

⁵⁴ Sentencia T-698 de 2009.

encargada de las prestaciones de vejez, invalidez y sobrevivencia, así como la situación generalizada de mora y controversia en el reconocimiento y pago de aquellas.

25. Esta normativa tiene como punto de partida la idea de que en cabeza de las administradoras de pensiones existían obligaciones de información y consolidación de los datos de los afiliados, lo cual implica efectuar un repaso de los presupuestos normativos concernientes a la afiliación al sistema.

Los deberes de información y custodia documental de las administradoras de fondos de pensiones

26. Ha sido en los últimos tiempos que se ha reforzado la idea de que las administradoras de pensiones tienen precisas obligaciones de información y cruce de la misma, en atención a que para su cumplimiento se exigía la implementación de plataformas tecnológicas cuyo perfeccionamiento no se dio de manera concomitante a la entrada en vigencia del sistema general de seguridad social; sin embargo, desde que el mismo fue creado existían deberes al respecto, dado que la propia Constitución Política contiene postulados en relación con la garantía de corrección, conocimiento y acceso a la información, verbigracia, los artículos 15, 20 y 74.

La jurisprudencia había entendido además que *“los datos personales, la información laboral, información médica, información financiera y de otra índole contenida en archivos y bases de datos, son la fuente primaria para determinar el acceso o el alcance de ciertos derechos o el cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento de derechos y prestaciones sociales.”*⁵⁵ (Resaltado fuera del texto original).

Otro de los antecedentes en materia de información de las entidades del sector financiero lo fue el Decreto 663 de 1993⁵⁶ que incluyó en su ámbito de aplicación a las sociedades administradores de fondos de pensiones y cesantías⁵⁷ y estableció dentro de sus deberes: *“proporcionar a sus afiliados, simultáneamente con su incorporación, una libreta, o cualquier otro instrumento que permita cumplir con las finalidades de ésta, en la que se registrará cada vez que aquéllos lo soliciten, el número de unidades de sus cuentas de capitalización individual, con indicación de su valor a la fecha.”*⁵⁸

Ese mismo cuerpo normativo, en el artículo 97, también estableció en el haber de obligaciones de las entidades sometidas al control de la Superintendencia Bancaria la de *“suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros*

⁵⁵ Sentencia C-401 de 2016.

⁵⁶ Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración

⁵⁷ Artículo 3.

⁵⁸ Artículo 158, num. 3.

y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas.”

Adicionalmente determinó que dichas administradoras se someterían a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria⁵⁹ y en tal virtud tendrían deberes de conservación de archivos y documentos⁶⁰. Ahora bien, aunque dirigida a las entidades públicas, la Corte ha reconocido la importancia de la conservación, guarda y custodia de documentos, comoquiera que *“el desorden y descuido administrativo con que se mantengan los archivos documentales, no puede constituirse en justificación razonable para impedir el ejercicio del derecho que tiene una persona a que la entidad ante la cual reclama una prestación pensional le dé respuesta de fondo a su petición, como una clara manifestación de la resolución definitiva de su solicitud.”*⁶¹

Posteriormente se expidió el Decreto 2555 de 2010, que en el artículo 2.6.10.1.2 estableció que los principios contemplados en el artículo 3 de la Ley 1328 de 2009 se aplicarían integralmente al Sistema General de Pensiones. De estos principios debe destacarse el de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, de acuerdo con el cual las entidades debían suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas.

Dicho conjunto normativo, contempló dentro de los derechos de los afiliados el de ser informados de manera cierta, suficiente, clara y oportuna de las condiciones del Sistema General de Pensiones, del nuevo sistema de administración de multifondos, de las diferentes modalidades de pensión y de los efectos y consecuencias de las decisiones.⁶²

Ahora bien, en época más reciente, el legislador expidió la Ley 1748 de 2014 *“Por medio de la cual se establece la obligación de brindar información transparente a los consumidores de los servicios financieros y se dictan otras disposiciones”*, sobre la cual este Tribunal consideró que:

*“Al prestar un servicio financiero relacionado con el desarrollo del artículo 48 de la Carta, y como se vio, la garantía del mínimo vital de la persona que ha llegado al final de su vida laboral y se encuentra en una edad en la que aumenta su vulnerabilidad, ya que se acerca a la tercera edad y, por consiguiente, a la condición de sujeto de especial protección constitucional, la información que se brinda acerca de dicha actividad adquiere una especial relevancia constitucional. Por ende, el deber de custodia que tienen, así como la garantía de acceso a las personas interesadas es reforzada.”*⁶³

⁵⁹ Artículo 325, num. 2, literal a)

⁶⁰ Artículo 95.

⁶¹ Sentencia T-558 de 2007. Cfr. Sentencias T-214 de 2004 y T-295 de 2007 y C-401 de 2016.

⁶² Artículo 2.6.10.1.3

⁶³ Sentencia C-401 de 2016.

27. La jurisprudencia ordinaria laboral también le ha otorgado un significativo valor a la información que se le ofrece a un afiliado a la hora de elegir el régimen al cual desea pertenecer. Recientemente⁶⁴ la Sala de Casación Laboral explicó que:

“Por su parte, la discusión frente a la validez del traslado, se suscita cuando está en discusión la pérdida del régimen de transición en los eventos de multiafiliación o, cuando quiera que se discuten vicios del consentimiento por información errónea o incompleta que afecte al afiliado. Así lo ha hecho saber esta Corporación en providencias tales como CSJ SL19447 - 2017, donde se expresó:

Es que cuando están en juego aspectos tan trascendentes como la pérdida de la transición, y de contera la imposibilidad de acceder a la pensión de vejez, se requiere acudir a una hermenéutica que se avenga a los principios que inspiran al sistema y a los regímenes pensionales, en los que se prevé el traslado libre y voluntario, e incluso a las disposiciones que en la ley así lo imponen.

En efecto, es el propio Estatuto de la Seguridad Social el que conceptúa que el régimen de ahorro individual con solidaridad, si bien propende por «la competencia entre las diferentes entidades administradoras del sector público y sector social solidario», se rige bajo el respeto del «que libremente escojan los afiliados», lo que exhibe que el legislador, si bien permitió que nuevos actores económicos incursionaran en la administración del Sistema Pensional, no descuidó que se honraran las prerrogativas de los afiliados, menos si se tiene en cuenta, se insiste, que regularía derechos constitucionalmente protegidos como la pensión.

Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 1º, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

⁶⁴ Sentencia del 14 de marzo de 2018. SL782-2018. Radicación n.º 58158

A juicio de esta Sala no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito..” (Resaltado fuera del texto original).

Y en otra oportunidad⁶⁵, con fundamento en la trascendencia de la pérdida del régimen de transición frente a cambios de régimen, clarificó que: “cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1° de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.”

De esta manera, al resolver el caso concreto, ese Tribunal concluyó que el caso analizado fue decidido incorrectamente en la segunda instancia dado que se partió del hecho de que el traslado fue libre y voluntario sin soporte alguno, pese a que era necesario determinar previamente este aspecto para que se habilitara la decisión respecto de la pérdida o no del régimen de transición.

28. Esta Corte, en sentencia T-178 de 2005 también señaló que: “las entidades de naturaleza pública o privada que son administradores de bancos de datos o archivos públicos están en la obligación de actualizar y rectificar constantemente la información que en ellos se consigna, así como de ponerla a disposición de sus titulares y garantizar el acceso a la información con las restricciones que la Constitución y la ley establecen⁶⁶.”

En ese fallo además se precisó que la correcta administración de datos y archivos garantiza el ejercicio de determinados derechos fundamentales. De esta manera rememoró que en sentencia T- 214 de 2004 se había dicho que:

“Los archivos, en contextos de complejidad sistémica como los son las sociedades contemporáneas, suponen no sólo la correcta organización de los documentos que se producen en el ejercicio estatal, sino que implican la posibilidad de ejercer derechos tan diversos como el acceso a la información y el goce efectivo de prestaciones sociales –entre

⁶⁵ Sentencia del 3 de septiembre de 2014. SL12136-2014. Radicación n.º 46292

⁶⁶ Sobre el punto, ver las sentencias T-443 de 1994 y C-567 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

otros-⁶⁷. Constituye además, uno de los pilares sobre los cuales se edifica el Estado de derecho en la modernidad: la posibilidad de ejercer control social, político y jurídico de las actuaciones que se desarrollan al interior de Administración pública. En la sistematización de la información, además, se manejan un saber y un poder específicos que, como tales, deben estar abiertos al conocimiento y debate públicos –dadas ciertas excepciones-.”

Asimismo, se refirió a la especial condición de los datos relativos a la historia laboral del empleado la cual incluyó en los alcances del derecho fundamental al *habeas data*, agregando que: “resulta necesario para la realización efectiva de todas las garantías otorgados por el legislador a los trabajadores, que su historial laboral contenga información, cierta, precisa y fidedigna, y, por lo tanto, surge la prerrogativa del empleado de solicitar a su patrono, en ejercicio de su derecho fundamental de *habeas data* y de petición, la corrección de incongruencias en el contenido del mismo. Lo anterior, además, considerando la especial protección que otorga nuestra Carta al trabajador como parte débil en la relación laboral.” (Resaltado fuera del texto original).

En este fallo se hizo una importante acotación en el sentido de resaltar que: “los trabajadores y su empleador se encuentran vinculados por una relación desigual que justifica la especial protección a la parte débil de la misma, asegurándose que las etapas del proceso informático sean protegidas no sólo cuando la administración de datos es incompleta, falsa o inoportuna sino negligente, confusa o errada.” (Resaltado fuera del texto original).

Ahora bien, sobre la condición de extremo más débil que ostenta el trabajador, la Corte se había pronunciado de tiempo atrás señalando que: “En tales condiciones, y con ese abanico de facultades, resulta inaceptable que una EAP⁶⁸ invoque su negligencia en el cumplimiento de sus funciones para imponer una carga desproporcionada a la parte más débil de esta relación triangular, esto es, al trabajador. Esta situación es aún más grave si se tiene en cuenta que en muchos casos estas situaciones afectan negativamente a personas de la tercera edad, las cuales merecen una especial protección del Estado (CP arts 13 y 46) y acotando que: “tampoco se puede desconocer que de todos modos, en esas relaciones, el trabajador sigue siendo el sujeto jurídico

⁶⁷ Al respecto, es importante traer a colación la intervención del director general del archivo general de la nación, en el trámite del estudio de constitucionalidad del artículo 22 de la ley 795 de 2003, llevado a cabo en la Sentencia C-1042 de 2003: “La disciplina de la archivística ha redundado en grandes beneficios para la humanidad a lo largo de varias centurias, y en el caso de Occidente, particularmente a partir de la Revolución Francesa, donde se consagró el derecho de los pueblos a que la documentación generada por su aparato administrativo pudiese ser consultada sin restricciones. Con el subsiguiente interés de los historiadores por el estudio de las fuentes primarias. En este sentido la archivística ha venido refinando sus métodos, atendiendo en mucho a la circunstancia de que no podría conservarlo todo, (...)Adicionalmente se debe tener en cuenta el valor documental que poseen los testimonios de archivo, los cuales corresponden a valores primarios y a valores secundarios. Los primeros apuntan a los valores administrativos, esto es, de tipo contable, fiscal, jurídico o legal; debiendo conservarse en las dos primeras fases de archivo (de gestión y central). Posteriormente esos documentos pueden adquirir valores secundarios o históricos, válidos para la investigación retrospectiva, los cuales deben pasar a un archivo histórico, (...)El propósito de los archivos es el de dar al servicio la información que conservan, de lo contrario se podría hablar de depósitos de papel pero no de archivos.”

⁶⁸ Entidad administradora de Pensiones.

más débil del sistema, por lo cual merece una especial protección del Estado (CP arts 13 y 25). Por ende, y para lograr un mayor equilibrio y protección a los derechos de los trabajadores, sin afectar la viabilidad financiera del sistema general de pensiones, es necesario interpretar la disposición acusada de conformidad a la Carta.”⁶⁹(Resaltado fuera del texto original).

Por su parte, en la sentencia T-256 de 2007 este Tribunal se ocupó de establecer la carga que tienen las entidades de reconstruir los expedientes que se hubieren destruido, pues de ello dependía la definición de los derechos pensionales del ciudadano; asimismo, en el fallo T-855 de 2011⁷⁰ indicó que:

“(…) los procesos administrativos en materia de seguridad social exigen a quienes los dirigen una especial atención a la información y a las solicitudes que provengan del afiliado, concernientes a las circunstancias fácticas de las cuales se valdrá para intentar el reconocimiento de su derecho pensional, tales como la existencia de periodos cotizados no registrados en su historia laboral, o la inexactitud de ésta; un desconocimiento total o parcial de tales circunstancias incide negativamente contra el debido proceso, cuyo quebrantamiento puede redundar correlativamente contra otros, como los derechos al mínimo vital y a llevar una vida en condiciones dignas.

(…)

las entidades administradoras tienen obligaciones de custodia, conservación y guarda sobre la información, mediante la cual corroboran el cumplimiento de los requisitos en comento, que conllevan, simultáneamente, las obligaciones de organización y sistematización de dicha información, de manera que se evite su pérdida o deterioro y la consecencial afectación negativa de un reconocimiento.

(…)

la jurisprudencia de esta Corte indica que las falencias en el cumplimiento de los deberes de custodia, guarda y conservación no pueden constituir argumento válido para negar el acceso a un derecho fundamental a los afiliados al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.” (Resaltado fuera del texto original).

En otra oportunidad –sentencia T-144 de 2013- se estableció que: “en caso de que la información de la historia laboral de un afiliado contenga inexactitudes y así lo advierta la entidad administradora de pensiones o se lo haga saber el propio afiliado, es deber de ésta desplegar las actuaciones pertinentes que conduzcan a la corrección de cualquier información errónea o inexacta, pues de lo contrario se vulneraría el derecho al habeas data al negarle al titular del derecho la posibilidad de que dichos datos sean corregidos o complementados,

⁶⁹ Cfr. Sentencia C-177 de 1998.

⁷⁰ Cfr. Sentencias T-482 de 2012, Cfr. T-592 de 2013, T-603 de 2014, T-399 de 2016 y T-207A de 2018.

desconociendo por lo tanto la obligación de dichas entidades de registrar datos completos y veraces, que reflejen la realidad de la historia laboral del afiliado.” (Resaltado fuera del texto original).⁷¹

Más recientemente, en la sentencia T-207A de 2018, esta Corporación reiteró la necesidad de observar los principios que garantizan los derechos de los titulares de la información⁷², de los cuales es preciso resaltar el principio de veracidad “*que indica que los datos personales deben a (sic) obedecer a circunstancias reales, no habiendo lugar a la administración de datos falsos o erróneos*”.

En ese orden, la jurisprudencia constitucional, a la par de reconocer la importancia de la información a los afiliados al sistema, directriz que se deriva de las obligaciones legales específicas en la materia, y con evidente preponderancia de la aplicación directa del derecho a la información (Art. 20 de la Constitución), también ha considerado que la ausencia de la misma u ofrecerla de modo deficitario ha sido fuente de conflicto con incidencia grave en los derechos prestacionales de aquellos, definiendo responsabilidades en cabeza de los administradores de pensiones y rechazando que al afiliado se le trasladen las consecuencias de la falta de diligencia.

El caso concreto

29. De acuerdo con los antecedentes expuestos, el accionante pertenecía al régimen de prima media con prestación definida; sin embargo, en 1997 se registró un traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, el cual, según el actor, no se presentó realmente, toda vez que la firma impuesta en la copia del formulario que le fue suministrado por la administradora del fondo de pensiones no corresponde a la suya.

El actor ha intentado a través de diversas acciones como la solicitud directa a la administradora, la denuncia por el delito de falsedad, y la promoción del proceso ordinario laboral, que se declare que dicho formulario es fraudulento y, por ende, que no existió un traslado entre regímenes con la consecuente conservación del régimen de transición al cual estima tener derecho por haber cumplido más de 40 años antes del 1 de abril de 1994.

30. Dichas gestiones no han tenido resultados positivos, pues la administradora de pensiones reiteradamente le ha informado al accionante que no posee el formulario de afiliación original y que en razón de haber operado el traslado al régimen de prima media con prestación definida no era posible expedir alguna decisión sobre la validez de la afiliación ocurrida en 1997.

La Fiscalía General de la Nación intentó ubicar dicho documento, pero ante la imposibilidad de obtenerlo, no se practicaron otros actos de investigación, procediendo a archivar las diligencias.

⁷¹ Cfr. T-592 de 2013.

⁷² Según la sentencia, desarrollados en las T-160 de 2005, T-718 de 2005, T-1067 de 2007, T-144 de 2013 y C-1011 de 2008.

Por su parte, el juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá intentó reiterativamente que el Instituto Nacional de Medicina Legal practicara un examen de la copia del formato, sin tener éxito, razón por la cual concluyó que existían documentos en el expediente que permitían asegurar que dicho traslado sí había operado, verbigracia, un extracto expedido por la AFP ING en el cual se apreciaba un recibido del accionante el 18 de agosto de 1998, así como las solicitudes por él suscritas para lograr su regreso al régimen de prima media con prestación definida.

No obstante lo anterior, la juez concluyó que en este caso había operado el fenómeno de la múltiple vinculación, el cual fue reconocido por el Instituto de los Seguros Sociales, entidad que además asumió que era la encargada de definir si el señor Mendoza Ochoa era acreedor o no de una pensión de vejez. En ese orden, le restó efectos a la afiliación al régimen de ahorro individual y, en esa medida, concluyó que el mencionado conservaba el régimen de transición con la consecuente posibilidad de acceder a la pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990.

Esta decisión fue recurrida por Colpensiones, bajo el argumento de no haberse deducido la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en ese orden, el demandante habría perdido el régimen de transición. El recurso fue asumido por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que consideró que en el asunto no había operado una múltiple vinculación.

Dicha Corporación le dio validez a la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad y anotó que el regreso del accionante al régimen de prima media con prestación definida no se presentó porque se hubiera dirimido un conflicto sobre la entidad encargada de asumir el estudio de la situación del actor, sino por la orden de un juez de tutela. Adicionalmente, resaltó que la demandada, AFP Protección S.A, al proceder a efectuar el traslado de nuevo al Instituto de Seguros Sociales señaló que en el caso del actor no se aplicaba el Decreto 3995 de 2008 vigente para la época en que dicho fallo fue proferido.

También consideró que aun habiendo existido un conflicto de multivinculación, de conformidad con los parámetros previstos en el Decreto 3995 de 2008, este debió resolverse a favor de “*Colfondos (sic)*”, teniendo en cuenta que entre el 1 de julio y el 31 de diciembre de 2007 el accionante realizó todas sus cotizaciones a dicha administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad. En ese orden, concluyó que como el demandante no contaba con 15 años cotizados al 1 de abril de 1994 no recuperó el régimen de transición una vez retornó a Colpensiones de conformidad con la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

Así las cosas, debe la Sala resolver si las decisiones reseñadas abordaron correctamente los elementos de juicio que el expediente les ofrecía para resolver la situación del señor Mario Mendoza Ochoa a la hora de definir si, en efecto, respecto del mismo operó un traslado de régimen y, por ende, cuáles eran las reglas pensionales que debían aplicarse para definir sus aspiraciones

pensionales, lo cual impone establecer, como asunto inmediato, si se acreditan los requisitos generales y específicos de procedencia de la acción de tutela en contra de una providencia judicial

31. De manera previa al examen de los requisitos establecidos para resolver las pretensiones de la tutela se abordarán los requisitos generales de procedencia del amparo contra decisiones judiciales.

32. Relevancia constitucional del asunto. El asunto que ahora es objeto de revisión cumple con este requisito, toda vez que se propone la posible vulneración del derecho al debido proceso y con él de los derechos a la seguridad social y al mínimo vital, por no haberse tenido en cuenta las circunstancias probatorias que fueron sometidas a valoración del juez ordinario laboral, lo cual implicó como conclusiones judiciales la pérdida del régimen de transición de un ciudadano y con ello la ineficacia de sus derechos a la seguridad social en pensiones.

A lo anterior deben sumarse las condiciones de debilidad manifiesta en las cuales se encuentra el accionante, quien es una persona de la tercera edad -71 años- y por tal razón merece un tratamiento especial⁷³. De otro lado, se allegó al expediente la información acerca de las condiciones físicas del actor, pudiéndose advertir que tiene antecedentes de infarto, se le implantó un stent convencional y fue diagnosticado con cardiopatía isquémica, enfermedad coronaria y síndrome metabólico.

En ese orden, el presente análisis reviste importancia no solo por la entidad de los derechos fundamentales invocados, sino por las condiciones particulares de su titular las cuales como quedó visto son gravosas por su edad y estado de salud.

De otro lado, el caso involucra la interpretación de otros derechos como el *habeas data*, dado que se encuentra en entredicho la información pensional del accionante en virtud del desorden e incuria administrativa de las entidades administradoras de pensiones demandadas, así como la igualdad y la protección especial al trabajador, en tanto el déficit informativo fue trasladado al afiliado a pesar de ser la parte más débil de la relación administrativa objeto de análisis.

El asunto plantea cuestionamientos que los jueces de instancia no resolvieron aplicando de manera sistemática tanto las normas en materia pensional que regularían el asunto, sino las demás legales y constitucionales que permitían solucionar las deficiencias probatorias evidenciadas en el caso, comoquiera que limitaron su estudio al simple contraste de la situación fáctica con las normas concernientes a la multifiliación, en otras palabras, dieron por demostrado el traslado entre regímenes y a partir de ello procedieron a definir qué normativa debían aplicar para solucionar el caso.

⁷³ Artículo 46 de la Constitución Política.

Todo lo anterior exige reconocerle al asunto planteado una innegable relevancia, comoquiera que para su solución se involucra un número significativo de derechos fundamentales y circunstancias especiales cuya solución depende de la aplicación de principios constitucionales.

33. Agotamiento de todos los recursos ordinarios y extraordinarios de defensa judicial. El accionante ha promovido todos los mecanismos administrativos y judiciales de defensa, que se encontraban a su alcance para lograr una decisión favorable a sus intereses.

Como puede observarse, desde el año 2009, el accionante ha presentado solicitudes encaminadas a que su situación pensional se defina a partir del régimen de primera media con prestación definida; sin embargo, una vez se definió por primera vez su situación pensional –Resolución 003754 del 9 de febrero de 2011–, el actor inició trámites para que se determinara la autenticidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin haber obtenido resultados definitivos al respecto.

Asimismo, los reparos respecto de la pérdida del régimen de transición en virtud de una afiliación que se considera fraudulenta fueron expuestos al juez ordinario laboral; sin embargo, durante el trámite del proceso respectivo no fue posible obtener un dictamen respecto de la legitimidad del documento que demostraría el cambio de régimen.

A pesar de la no recopilación de la prueba técnica, los jueces apelaron a otros elementos de juicio para definir el asunto, el cual inicialmente se resolvió a favor de los intereses del actor, determinación que no cobró firmeza, dado que el asunto fue sometido al estudio de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, Corporación que llegó a una conclusión negativa para el accionante. Esta decisión fue objetada a través del recurso extraordinario de casación, luego, el accionante ha promovido los mecanismos administrativos y judiciales necesarios para que se defina su situación.

Ahora bien, aunque se presentó una demanda de casación a través de la cual se plantearon varias de las causales previstas en la ley para activar el último recurso de la jurisdicción ordinaria, el cual tiene la aptitud en principio, de responder adecuadamente las objeciones del accionante, dadas las etapas procesales y el tiempo que implica su resolución de fondo y definitiva, el mecanismo no es *eficaz*⁷⁴ frente a las circunstancias personales del actor, quien tiene 71 años, es un sujeto de especial protección constitucional, presenta afecciones cardiacas y tiene diferentes obligaciones crediticias, todo lo cual expone un asunto de importancia constitucional.

Recientemente la Corte⁷⁵ se ha pronunciado en relación con la eficacia concreta del recurso extraordinario de casación. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, hizo énfasis en el efecto suspensivo que genera su

⁷⁴ Sentencia T-698 de 2009, T-637 de 2011, T-408 de 2016, T-052 y T-104 de 2018.

⁷⁵ Sentencia T-052 de 2018.

interposición, lo cual, en casos en los cuales se ha reconocido una prestación conlleva que la misma no sea materializada haciendo necesaria la intervención inmediata del juez de tutela.

También ha concluido que: *“a pesar de ser el mecanismo idóneo para dirimir el (...) conflicto y obtener una decisión de fondo por el Tribunal de cierre de la justicia ordinaria laboral, no resulta eficaz por la demora generalizada en este tipo de procesos, que pueden dilatar la garantía urgente de derechos fundamentales como el mínimo vital, la vida digna y la seguridad social de una persona en situación de discapacidad y extrema vulnerabilidad como es el caso, que hacen necesaria la adopción de medidas urgentes para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.”*⁷⁶

En otra oportunidad⁷⁷ este Tribunal sobre la solicitud de trámite preferente indicó que: *“aunque podría llegarse a pensar que, en virtud de lo previsto en el artículo 16⁷⁸ de la Ley 1285 de 2009, ‘Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia’, la accionante podría acudir previamente ante la misma Corporación con el fin de solicitar que se tramitara de manera preferente el recurso de casación y sólo ante la negativa se podía acudir a la acción de tutela; lo cierto es que dicha posibilidad se encuentra restringida por el legislador en atención a razones de seguridad nacional, la necesidad de prevenir afectaciones graves al patrimonio nacional y a los derechos humanos, crímenes de lesa humanidad, asuntos de especial trascendencia social, casos que carezcan de antecedentes jurisprudenciales o cuando medie solicitud del Procurador General de la Nación⁷⁹”*. (Resaltado fuera del texto original).

En este caso, como en el analizado por la Corte, no se cumple alguna de las causales resaltadas para que se acuda a la figura del trámite preferente del recurso extraordinario de casación, instrumento que podría generar una decisión más pronta y, por ende, imprimirle eficacia al mecanismo.

⁷⁶ Sentencia T-104 de 2018.

⁷⁷ Sentencia T-708 de 2016.

⁷⁸ *“Del orden y prelación de turnos. Cuando existan razones de seguridad nacional o para prevenir la afectación grave del patrimonio nacional, o en el caso de graves violaciones de los derechos humanos, o de crímenes de lesa humanidad, o de asuntos de especial trascendencia social, las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia, las Salas, Secciones o Subsecciones del Consejo de Estado, la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura o la Corte Constitucional, señalarán la clase de procesos que deberán ser tramitados y fallados preferentemente. Dicha actuación también podrá ser solicitada por el Procurador General de la Nación. Igualmente, las Salas o Secciones de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y del Consejo Superior de la Judicatura podrán determinar motivadamente los asuntos que por carecer de antecedentes jurisprudenciales, su solución sea de interés público o pueda tener repercusión colectiva, para que los respectivos procesos sean tramitados de manera preferente. Los recursos interpuestos ante la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado o el Consejo Superior de la Judicatura, cuya resolución íntegra entrañe sólo la reiteración de jurisprudencia, podrán ser decididos anticipadamente sin sujeción al orden cronológico de turnos.*

Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia, las Salas o las Secciones del Consejo de Estado, la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura; las Salas de los Tribunales Superiores y de los Tribunales Contencioso-Administrativos de Distrito podrán determinar un orden de carácter temático para la elaboración y estudio preferente de los proyectos de sentencia; para el efecto, mediante acuerdo, fijarán periódicamente los temas bajo los cuales se agruparán los procesos y señalarán, mediante aviso, las fechas de las sesiones de la Sala en las que se asumirá el respectivo estudio (...).”

⁷⁹ Cfr. Sentencia C-713 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Asimismo, la situación procesal de este asunto encuentra similitudes con la estudiada por la Corte en la sentencia T-441 de 2015 en la cual se hizo una recapitulación de las normas que regulan el recurso mencionado y los términos previstos para evacuar cada una de las fases que lo componen para considerar que en los casos analizados era procedente amparar transitoriamente los derechos de los accionantes al no haberse superado el traslado a las partes y la audiencia respectiva en los tiempos contemplados en la ley en casos de personas que por su edad estaban por fuera del mercado laboral y sin recursos económicos que les permitieran satisfacer sus necesidades más esenciales.

En el caso concreto, la última actuación tuvo lugar el 23 de mayo de 2018, fecha en la cual se admitió el recurso de casación y se dispuso su traslado a la parte recurrente, precisándose del agotamiento de las demás etapas contempladas en la ley (traslado al opositor⁸⁰, audiencia⁸¹, registro de proyecto y fallo⁸²) las cuales no se han adelantado en los términos previstos legalmente, luego, no se avizora que en el caso concreto se expida prontamente una sentencia definitiva.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha determinado que la tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable que se caracteriza por: “(i) *ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente;* (ii) *por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad;* (iii) *porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes;* y (iv) *porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad*”⁸³

Dichas características se satisfacen en este asunto comoquiera que el actor tiene una edad avanzada y afecciones de salud circunstancias que de manera *inminente* podrían impedirle disfrutar del reconocimiento de su pensión, aunado al hecho de que su calidad de vida disminuye ante la imposibilidad de acceder a los medios económicos que le permitan asegurarse las condiciones mínimas de supervivencia⁸⁴.

La *gravedad* del eventual perjuicio es evidente, en tanto la ausencia de recursos periódicos y suficientes para una persona de la tercera edad, que presenta un delicado estado de salud suponen una intensidad mayor de la afectación de sus condiciones de vida, así como de los derechos fundamentales al mínimo vital, la seguridad social y la protección a las personas de la tercera edad.

Para la Sala, la evitación del daño no se satisface con la simple expectativa que representa la decisión del recurso extraordinario que se encuentra pendiente sino que exige la adopción de medidas *urgentes* que aseguren la entrega pronta

⁸⁰ Art. 94 del Código Procesal del Trabajo.

⁸¹ Art. 97 *ibídem*.

⁸² Art. 98 *ibídem*.

⁸³ Cfr. Sentencias T-225 de 1993, su-544 y T-1316 de 2001, T-896 de 2007, T-682 de 2010, T-508 de 2012, T-900 de 2014, T-185 de 2016 y T-207 de 2018

⁸⁴ Cfr. Sentencias T-479 de 2008 y T- 485 de 2011.

y expedita de recursos periódicos que le permitan al actor afrontar sus difíciles circunstancias.

Entonces, dadas las condiciones acabadas de anotar y la ineficacia del medio judicial que aún no se resuelve, la protección constitucional es *inaplazable* so pena de que el perjuicio descrito se materialice.

34. Inmediatez. La acción de tutela se dirige a controvertir unas decisiones judiciales y, en esa medida, la fecha de expedición de las mismas, en contraste con la fecha de interposición de las respectivas acciones, son extremos temporales eficaces para definir si el plazo para el agotamiento de la vía excepcional es razonable. Pues bien, al revisar el expediente se encuentra que el accionante cumplió con el presente requisito, toda vez que la decisión de segunda instancia fue expedida en audiencia celebrada el 23 de agosto de 2017 y la acción de tutela fue repartida el 19 de octubre de 2017, esto es, casi 2 meses después de surtida la notificación de la providencia que se controvierte en este trámite.

Así las cosas, el término que se advierte en estos casos se estima razonable si se tiene en cuenta la naturaleza del debate que se propone en sede de tutela el cual exige un análisis y esfuerzo argumentativo distinto al que se expone durante el trámite del proceso ordinario en el cual se realiza una confrontación de hechos con normas, mientras que en el trámite constitucional, además, se deben plantear cuestiones relativas a la procedencia mucho más excepcional del amparo dado que se propone contra una providencia judicial, la acreditación de yerros específicos y la relevancia constitucional del asunto, es decir, la estructura argumentativa involucra perspectivas más complejas que las propias de la confrontación probatoria y normativa.

35. En caso de tratarse de una irregularidad procesal, debe tener incidencia directa en la decisión que resulta vulneradora de los derechos fundamentales. Este requisito no es aplicable ya que las anomalías que se alegan son de carácter fáctico.

36. Identificación de los hechos que generan la violación y que se hayan alegado en el proceso judicial en caso de haber sido posible. Durante el proceso laboral ordinario en el cual se produjeron las providencias objeto de análisis, el accionante propuso que no existió un traslado de régimen, toda vez que la firma que se aprecia en la copia del formulario de afiliación en Colmena AFP no es la suya. Sobre esa afirmación giró el debate probatorio siendo objeto de pronunciamiento por los jueces que tramitaron el asunto, quienes la desestimaron.

37. Que el fallo controvertido no sea una sentencia de tutela. Como quedó descrito en los antecedentes, el accionante se encuentra inconforme con la decisión expedida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá al decidir sus pretensiones pensionales, esto es, la decisión controvertida es de carácter ordinario laboral.

Así las cosas, por haberse acreditado los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, se estudiará *el defecto fáctico* que fue planteado en la tutela.

38. Defecto fáctico. Al interior del proceso ordinario laboral promovido por el accionante se propuso que la negativa de sus solicitudes de pensión de vejez han tenido origen en la valoración de un documento del cual se plantearon reparos no solo respecto de la autenticidad de la rúbrica que en él consta sino en cuanto a su contenido, pues se afirmó que tenía espacios en blanco y datos erróneos, por ejemplo, que se diligenció la casilla correspondiente a que se trataba de una afiliación inicial cuando se trataba de un traslado.

Durante el trámite se intentó establecer si lo afirmado por el actor correspondía a la verdad; sin embargo, no fue posible obtener una experticia técnica que ofreciera una respuesta al respecto. Esa imposibilidad se debió no solo a que la institución ante la cual fue solicitado el estudio se negó a practicar un examen al menos preliminar sobre la copia suministrada por Protección S.A., sino porque esta entidad no allegó al trámite el documento original, según la administradora por las múltiples fusiones que se han presentado, entre ellas la Sociedad Administradora Davivir a Colmena, de esta a Santander y por último ING, así como por causas externas y desconocidas, dado que los expedientes administrativos estaban bajo el cuidado, custodia y guarda de un tercero con quien las anteriores administradoras tenían contratado dicho servicio.

Como se dijo, a pesar de la información ofrecida por la administradora, la cual daba cuenta de que los deberes de custodia y salvaguarda de los documentos concernientes al status pensional de sus afiliados fueron cumplidos deficitariamente, el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá envió oficios requiriendo al Instituto de Medicina Legal para realizar la respectiva experticia el 27 de octubre de 2016, 9 de febrero y 27 de abril de 2017, los cuales no tuvieron éxito, según los oficios de respuesta enviados por el Instituto de Medicina Legal del 15 de noviembre de 2016, del 13 de febrero de 2017.

Esos vacíos demostrativos fueron subsanados por los despachos accionados presumiendo la autenticidad de un documento y soslayando que era la administradora del fondo de pensiones la entidad encargada de demostrar que la afiliación del señor Mendoza Ochoa reunía todos los requisitos para ser considerada un acto válido y generador de un estatus pensional voluntario, dados los mandatos constitucionales, como los derechos al *habeas data*, a la igualdad y protección al trabajador, así como las disposiciones legales en materia de suministro de información sobre las implicaciones de la escogencia de un determinado régimen de pensiones y respecto de la recolección y custodia de los datos de la situación pensional de los afiliados.

En este punto vale la pena recordar que la Ley 962 de 2005⁸⁵ en el artículo 24 estableció la presunción de validez de las firmas de particulares impuestas en documentos privados, que deban obrar en trámites ante autoridades públicas no

⁸⁵ “Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos”

requerirán de autenticación. Dicha presunción fue exceptuada en cuatro eventos (i) si la persona de la cual se dice pertenece la firma, la tacha de falsa; (ii) si mediante métodos tecnológicos debidamente probados se determina la falsedad de la misma; (iii) los documentos que implican transacción, desistimiento y, en general, disposición de derechos; y (iv) los documentos relacionados con el sistema de seguridad social integral y los del magisterio.

Esta misma normativa⁸⁶ también dispuso que los ciudadanos tienen derecho, frente a sus relaciones con la administración pública a “*obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a las peticiones, actuaciones, solicitudes o quejas que se propongan realizar, así como a llevarlas a cabo.*”

Estos derroteros tampoco fueron tenidos en cuenta por los jueces accionados a pesar de ser determinantes a la hora de resolver cualquier tensión frente a la autenticidad de los documentos tachados de falsos que además son relativos al sistema de seguridad social y suponen disposición de derechos, en este caso de prestación, así como frente a la incertidumbre acerca del cumplimiento de los deberes de custodia e información por parte de las administradoras, tanto al efectuar la afiliación como a la hora de responder por la carga prestacional.

39. Asimismo, la Constitución Política⁸⁷ y la legislación ordinaria establecen deberes de suministro y corrección de información los cuales no fueron cabalmente satisfechos en este caso, ya que ante las reiteradas solicitudes de verificación de la legitimidad de la rúbrica del actor, este solo obtuvo respuestas evasivas, en tanto se limitaron a expresarle su condición de afiliado a un determinado sistema soslayando el debate propuesto por el actor sobre la real ocurrencia de su traslado y pretermitiendo el derecho al *habeas data*, estrechamente vinculado en estos casos al derecho a la información.

Debe precisarse que el derecho de los afiliados a acceder a una información integral acerca de su situación pensional tiene lugar a la hora de tomar decisiones trascendentales respecto de sus condiciones pensionales en aras de que sus determinaciones estén precedidas de la indiscutible consciencia acerca de sus implicaciones, *verbi gracia*, los requisitos para acceder a la pensión y la eventual pérdida del régimen de transición. Asimismo, este derecho a ser cabalmente informados persiste hasta el momento en el cual se actualice el derecho pensional y surjan discrepancias que lo hagan nugatorio.

En este caso se advierte que durante el trámite ordinario la entidad reconoció que no tenía en sus archivos el documento original de afiliación, lo cual en lugar de generar una presunción a favor del ciudadano que propuso la falsedad de un documento determinante en el sistema general de seguridad social en pensiones, de conformidad con los derechos a la igualdad y la protección especial del trabajador, fue suplido por las autoridades judiciales con otra información que en manera alguna tenía la vocación suficiente para definir, de manera

⁸⁶ Artículo 3.

⁸⁷ Artículo 20 de la Constitución.

contundente, que en efecto el actor reconocía el cambio en su afiliación al sistema general de seguridad social en pensiones, así como su consentimiento al respecto.

En el trámite de la revisión se intentó agotar la experticia técnica; sin embargo, tampoco se obtuvieron resultados ciertos, toda vez que el Instituto de Medicina Legal anotó que era imprescindible contar con el documento original para ofrecer un dictamen definitivo, es decir, se mantuvieron los resultados ofrecidos durante el proceso ordinario laboral.

Asimismo, se trató de establecer cuál era el procedimiento de las afiliaciones y cuál el previsto en caso de hallarse inconsistencias en los formularios respectivos; sin embargo, las entidades accionadas no ofrecieron información precisa, como tampoco allegaron algún documento que diera cuenta del conocimiento expreso del actor acerca de su traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Ahora bien, la Sala considera que la información allegada por Colpensiones no es precisa dado que indicó que el comité de vinculación se agotaba en casos individuales y no masivos, señalando que el caso del accionante estaba incluido en el segundo grupo, esto es, en el proceso masivo a lo cual agregó que la multivinculación presentada se había definido “*al Fondo de Ahorro Individual (AFP) PROTECCIÓN*”.

Esta información además de no ofrecer datos claros no coincide con las consideraciones realizadas en la Resolución n.º 26008 del 26 de julio de 2012 en la cual se dijo que: “*una vez estudiados los documentos obrantes dentro del expediente, se pudo constatar que el asegurado aparecía como solicitante de Bono Tipo A, es decir aparece multivinculado, al haber efectuado un traslado a un Fondo Privado de Pensiones estando afiliado a este Instituto, por tal motivo se solicitó a la Dependencia competente esta es la Coordinación de Devolución de Aportes del ISS, se aclarará (sic) la situación de múltiple vinculación del afiliado definiendo si era a este Instituto o a la AFP a la cual efectúo el traslado a quien le correspondía resolver la prestación, así las cosa la consulta fue absuelta me (sic) donde se encontró que la entidad encargada de tramitar y decidir la prestación del asegurado es el Instituto de Seguro Social*”.

La anterior información, aunada al silencio de Protección S.A. Pensiones y Cesantías no permite una conclusión diferente a que el caso del señor Mendoza Ochoa no fue tratado con la diligencia debida, dejando el expediente sin constancias contundentes que expliquen lo realmente ocurrido con su situación pensional.

Por otro lado, la existencia de un único extracto del fondo de pensiones entregado al accionante no implica necesariamente que en efecto este aceptaba el contenido de un documento respecto del cual ha afirmado que no refleja su voluntad. Asimismo, se afirmó por las entidades demandadas y por los despachos accionados que la solicitud de traslado también complementaba los

indicios sobre la información y el consentimiento del accionante, presunciones que tampoco responden a una comprensión adecuada del contexto que ha definido el traslado entre regímenes, el cual, como se anotó, ha demostrado que en numerosos casos los afiliados no comprendían adecuadamente las implicaciones de la elección de uno u otro sistema pensional, ni de los traslados, al punto que dicha confusión administrativa e interpretativa ha dado lugar a la expedición de normas que regulen dichos traslados y de sentencias de este Tribunal y de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia dirigidas a ofrecer parámetros de interpretación y solución de casos dudosos.

En ese orden, la Sala, contrario a lo deducido en el proceso ordinario laboral, entiende que la valoración de la prueba aportada por el actor y por las entidades accionadas debía efectuarse a partir de las reglas de información, manejo, guarda y custodia de los documentos que debían observar las entidades involucradas en el trámite, así como de las reglas sobre la autenticidad de los documentos concernientes al sistema general de seguridad social, sin trasladar la carga de demostrar la legitimidad y eficacia de una presunta afiliación al ciudadano que no cuenta con los medios suficientes para lograr la acreditación de sus afirmaciones o negaciones, y además representa a la parte más débil en relaciones como la analizada.

40. Ahora bien, es necesario mencionar que la juez de primera instancia consideró configurada una multifiliación, concluyendo a partir de las consideraciones realizadas en su momento por el ISS, que la misma se resolvió a cargo de esta entidad, razón por la cual declaró sin efectos la vinculación a la administradora del fondo de pensiones.

Esas consideraciones, aunque no se ajustan a los derroteros probatorios señalados, en tanto no reflejan un análisis sistemático de las normas legales y superiores comprometidas en un caso de las características estudiadas, sí tenían soporte demostrativo, pues el reporte de semanas cotizadas muestra que varios períodos entre el 7 de abril de 2000 y el 10 de diciembre de 2001 se registraron pagos aplicados al período declarado (régimen de prima media con prestación definida) y pagos recibidos del régimen de ahorro individual). En ese orden, aunque la juez de primer grado no incluyó consideraciones expresas en ese sentido, sí llegó a una conclusión que tenía sustento en el documento que tenía a la vista.

El Tribunal accionado desvirtuó esas afirmaciones bajo la idea de que no se había presentado una multivinculación; no obstante, esa conclusión la sustentó en el hecho de que el retorno al régimen de prima media con prestación definida tuvo lugar por la orden de un juez de tutela y no por la existencia de un conflicto de multivinculación.

Esas consideraciones no solo desconocieron las directrices mencionadas para resolver la tensión propuesta sobre el real traslado de régimen, sino que también demuestran que desechó la historia laboral en la cual se apreciaban aportes simultáneos.

A pesar de esas particularidades probatorias, para la Sala el examen de las pruebas debía conducir a desacreditar la vinculación del accionante al régimen de ahorro individual con solidaridad no en virtud de la cantidad de aportes a este régimen o porque una de las entidades hubiera asumido la responsabilidad en el asunto, sino porque no existía prueba contundente acerca de que dicho cambio de régimen hubiera operado. Ahora bien, aceptando en gracia de discusión que sí hubiera existido una afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, también debió constatarse que la misma estuviera precedida del consentimiento informado, libre y voluntario del accionante.

41. Finalmente, se acreditó que el accionante tenía 46 años al 1 de abril de 1994, es decir, superaba la edad prevista en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993⁸⁸ para que su situación fuera analizada de conformidad con el régimen pensional al cual se encontraba afiliado, esto es, el regulado en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, cuyo artículo 12 dispone que:

“Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:

- a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,*
- b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.*

En este caso, según la historia laboral y la última de las resoluciones aportadas al expediente - Resolución n.º 26008 del 26 de julio de 2012- el accionante cumplió 60 años el 10 de abril de 2007 y entre 1987 y esa fecha, es decir, 20 años antes de cumplir dicha edad, cotizó más de 500 semanas.

Así las cosas, al no haberse demostrado o probado que el accionante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, debe concluirse que nunca perdió las prerrogativas del régimen de transición y, en tal virtud, tenía derecho a que se le reconociera la pensión de acuerdo con las exigencias anotadas.

Ahora bien, dadas la relevancia constitucional que se advierte en este caso en el cual se compromete la efectividad de los derechos, así como las circunstancias personales del actor, quien por su edad hace parte de un grupo de especial protección, tiene condiciones de salud desfavorables y debe afrontar

⁸⁸ 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 (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (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.

necesidades económicas apremiantes la Corte concederá el amparo hasta que la Sala de Casación Laboral decida de fondo y de manera definitiva el asunto.⁸⁹

Conclusión

42. La Sala encuentra que la apreciación probatoria realizada por los jueces accionados al resolver las quejas formuladas por el actor en relación con el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, desconoció de manera arbitraria las reglas constitucionales y legales de necesaria aplicación en casos en los cuales un afiliado al sistema de seguridad social en salud asegura que nunca ofreció su consentimiento para afiliarse al régimen de ahorro individual, lo cual generó que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá considerara pertinente aplicarle a su situación pensional las directrices de la figura del traslado de régimen, entre ellas, la pérdida del régimen de transición y por ende de la posibilidad de acceder a la pensión de vejez.

43. Así las cosas, en este caso procede el amparo los derechos a la vida, a la seguridad social, al mínimo vital, a la salud, al debido proceso y a la protección a las personas de la tercera edad invocados por el señor Mario Mendoza Ochoa, los cuales fueron vulnerados por los Juzgados 34 Laboral del Circuito de Bogotá y por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al expedir las sentencias de primera y segunda instancia, respectivamente, en el proceso 11001310503420140071101.

Ahora bien, teniendo en cuenta que si bien el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá le otorgó validez al documento objeto de reproche por el accionante, su decisión, al reconocer la prestación pretendida de conformidad con el régimen de transición será mantenida en este fallo.

Se precisa que esta decisión coincide con la conclusión a la cual se llegó en esa providencia: el accionante no perdió el régimen de transición y, en esa medida, era acreedor del reconocimiento de la pensión de vejez. De otro lado, ordenar la expedición de una nueva sentencia de primera instancia de conformidad con los parámetros probatorios expuestos conllevaría una extensión en el tiempo contraria a la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales.

44. Por lo anterior, se revocarán las decisiones proferidas en sede de tutela por las Salas de Casación Laboral y Penal de la Corte Suprema de Justicia en primera y en segunda instancia, respectivamente, mediante las cuales se negó la tutela de los derechos a la vida, a la seguridad social, al mínimo vital, a la salud, al debido proceso y a la protección a las personas de la tercera edad invocados por el señor Mario Mendoza Ochoa dada la ocurrencia de un defecto fáctico.

En su lugar, se ordenará a Colpensiones que, en el término de 48 horas, contado a partir de la notificación de esta sentencia, proceda a cumplir el fallo dictado

⁸⁹ Cfr. sentencias T-698 de 2009, T-897 de 2010, T-482 de 2012, T-230 y SU-856 de 2013, T-603, T-607 y T-652 de 2014, T-441 de 2015, T-708 de 2016, T-052 y T-104 de 2018.

por el Juzgado 34 Laboral del Circuito hasta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia defina el asunto de manera definitiva.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el 13 de febrero de 2018, que confirmó la decisión emitida por la Sala de Casación Laboral de la misma Corporación el 29 de noviembre de 2017, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Mario Mendoza Ochoa, mediante la cual se le negó el amparo al accionante. En su lugar, **CONCEDER DE MANERA TRANSITORIA** la protección de los derechos fundamentales a la vida, a la seguridad social, al mínimo vital, a la salud, al debido proceso y a la protección a las personas de la tercera edad del señor Mario Mendoza Ochoa.

SEGUNDO: ORDENAR a Colpensiones que, en el término de 48 horas, contado a partir de la notificación de esta sentencia, proceda a cumplir el fallo dictado en primera instancia por el Juzgado 34 Laboral del Circuito hasta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia defina el asunto de fondo y de manera definitiva, momento a partir del cual deberá darse cumplimiento a lo decidido por ella y esta providencia quedará sin efectos.

TERCERO: DEVUÉLVASE a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el expediente 11001310503420140071101.

CUARTO: LÍBRENSE por Secretaría General de la Corte las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Estatutario 2591 de 1991.

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

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

CARLOS BERNAL PULIDO
Magistrado
Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

**SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
CARLOS BERNAL PULIDO
A LA SENTENCIA T-376/18**

Referencia: Expediente T-6.742.628

Magistrado Ponente:
JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

En atención a la decisión adoptada por la Sala Octava de Revisión, en el expediente de la referencia, me permito presentar Salvamento de Voto, con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. En la sentencia se concluye que el trámite de la demanda de casación, que se encuentra en curso, no es eficaz frente a las circunstancias personales del demandante, y que existe la necesidad de evitar un perjuicio irremediable. Como fundamento para ambas conclusiones se afirma que el tutelante tiene 71 años, afectaciones de salud (antecedentes de infarto, diagnóstico de cardiopatía isquémica, enfermedad coronaria y síndrome metabólico), y diferentes obligaciones pecuniarias.

2. A diferencia de la postura mayoritaria, considero que no se acreditó que el accionante se encontrara en una condición o circunstancia que justificara flexibilizar el requisito de subsidiariedad, de que tratan el artículo 86 constitucional y 6 y 8 del Decreto 2591 de 1991. Lo pertinente era declarar que el recurso extraordinario de casación que había iniciado el accionante era el medio idóneo y eficaz para resolver sus pretensiones. Por tanto, se debió concluir que no se habían superado los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

3. Lo anterior encuentra sustento en que la edad avanzada, en sí misma, no constituye una condición suficiente para flexibilizar el requisito de subsidiariedad porque, precisamente, es un requisito esencial para acceder a la pensión de vejez. Además, el accionante tiene la calidad de cotizante al sistema general de seguridad social, lo que evidencia no solo su capacidad financiera para garantizarse este derecho, sino, además, que en relación con este no se presenta amenaza alguna. Así mismo, las reseñas de la historia clínica no dan cuenta de una situación de salud apremiante en que el accionante necesite algún tratamiento específico y que este no se encuentre cubierto por el sistema general de seguridad social. Finalmente, tampoco obra prueba del incumplimiento de sus obligaciones pecuniarias.

4. Así las cosas, el requisito de subsidiariedad no se puede flexibilizar a menos que se acredite la situación de vulnerabilidad del accionante, que exige valorar la *eficacia en concreto* de los otros medios de defensa de que *formalmente* dispone, o un supuesto de perjuicio irremediable. El primer análisis exige considerar (i) la situación de riesgo del tutelante y (ii) su

capacidad o incapacidad para resistir esa específica situación de riesgo, de tal forma que pueda satisfacer sus necesidades básicas hasta tanto agota la vía judicial ordinaria (resiliencia). Una persona es *vulnerable* si el grado de riesgo que enfrenta es mayor a su resiliencia, lo que permite inferir cuan eficaz es el otro mecanismo judicial disponible, en el caso en concreto. En el presente asunto, tal como se indicó con anterioridad, el demandante no se encuentra en un supuesto de vulnerabilidad, como tampoco de perjuicio irremediable.

Fecha ut supra,

CARLOS BERNAL PULIDO
Magistrado