

Sentencia T-607/14

Referencia: expediente T-4344548.

Acción de tutela instaurada por José Gersain Salazar Zuluaga, contra la Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES).

Procedencia: Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales.

Asunto: Reiteración de jurisprudencia sobre cambio de régimen pensional y traslado de bonos pensionales.

Magistrada Ponente:
GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de agosto de dos mil catorce (2014).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por el Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y las Magistradas Martha Victoria Sáchica de Moncaleano y Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En la revisión de las sentencias dictadas, en segunda instancia, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales y en primera instancia, por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de esa misma ciudad, dentro de la acción de tutela instaurada por José Gersain Salazar Zuluaga, contra COLPENSIONES.

El asunto llegó a esta Corporación por remisión que hizo el referido Tribunal, en virtud de lo ordenado por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991. La Sala 5° de Selección de la Corte lo escogió para revisión, el 15 de mayo de 2014.

I. ANTECEDENTES.

El 8 de enero de 2014, el señor José Gersain Salazar Zuluaga promovió acción de tutela contra COLPENSIONES, al considerar que le vulneró los derechos a la vida y a la seguridad social.

A. Hechos y pretensiones.

1. El actor de 61 años de edad¹, fue servidor del Ministerio de Defensa Nacional en dos etapas. La primera, del 16 de agosto de 1971 hasta el 30 de julio de 1973. Y la segunda, desde el año 1973 hasta abril de 1983. En esta última etapa cotizó al ISS, en forma interrumpida por espacio de 330 semanas (fs. 3, 8 a 10 ib.).

2. El accionante también laboró para el municipio de Aranzazu, Caldas, desde el 1° de enero de 1976 hasta el 30 de noviembre de 1977; y para la Gobernación del departamento de Caldas del 1° de diciembre de 1977 hasta el 23 de octubre de 1979. Adicionalmente, trabajó del 5 de octubre de 1983 hasta el 31 de marzo de 1995, *“por espacio de once años y medio”*, para la empresa Nacional de Telecomunicaciones, TELECOM (fs. 4, 11, 12 y 14 ib.).

3. Al 1° de abril de 1994, el señor Salazar Zuluaga, contaba con más 15 años de servicio y tenía 41 años de edad, por lo que, a su juicio, es beneficiario del régimen de transición, en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (f. 4 ib.).

4. Por *“un error involuntario”* en febrero de 1998 se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual, por lo que en la actualidad se encuentra afiliado al fondo privado de Protección Pensiones y Cesantías (f. 4 ib.).

5. El 24 de junio de 2013 solicitó a COLPENSIONES el traslado de sus aportes. Sin embargo, el 18 diciembre siguiente, la entidad demandada negó dicha petición porque el accionante *“se encuentra a menos de 10 años de adquirir el derecho a su pensión”* (fs. 4 y 15 a 17 ib.).

6. El actor dijo que no puede continuar en el fondo privado, pues no cuenta con los recursos para pagar mensualmente la cuota de afiliación (f. 4 ib.).

7. Por otra parte, al peticionario no le fueron trasladados los bonos pensionales del Ministerio de Defensa, del municipio de Aranzazu, de la Gobernación del departamento de Caldas y de la empresa Nacional de Telecomunicaciones, TELECOM, a la entidad accionada.

8. En consideración con lo expuesto, solicitó la protección de los derechos fundamentales a la vida y a la seguridad social y, en consecuencia se ordene a COLPENSIONES autorizar el traslado de régimen de pensiones de ahorro individual al de prima media con prestación definida.

II. ACTUACIÓN PROCESAL.

El Juzgado 6° Penal del Circuito de Manizales admitió la acción de tutela y corrió traslado a la accionada, para que se pronunciara sobre los hechos de la demanda, pero ésta guardó silencio (f. 19 ib.).

¹ El accionante nació el 25 de febrero de 1953 (fs. 3 y 7 cd. Corte).

A. Sentencia de primera instancia.

En sentencia del 22 de enero de 2014, el Juzgado 6° Penal del Circuito de Manizales negó la tutela, al estimar que esta clase de conflictos deben dirimirse en la justicia ordinaria, como quiera que no se acreditó la existencia de un perjuicio irremediable.

B. Impugnación.

El 27 de enero de 2014, el accionante impugnó la decisión antes referida, para lo cual reiteró los argumentos presentados en la acción de amparo.

C. Sentencia de segunda instancia.

Mediante sentencia del 24 de febrero del presente año, la Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales, confirmó la decisión apelada, con las mismas consideraciones presentadas por el *a-quo*.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Competencia.

1. Corresponde a la Corte Constitucional analizar, en Sala de Revisión, las sentencias proferidas dentro de la acción de tutela en referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Asunto objeto de revisión y problema jurídico.

2. COLPENSIONES negó al accionante trasladarse al régimen de prima media con prestación definida porque se encuentra a menos de 10 años de adquirir el derecho a la pensión y porque, a pesar de haber trabajado más de 20 años en entidades públicas estas no le trasladaron los correspondientes bonos pensionales ni estos fueron cobrados por la entidad accionada.

La presente situación fáctica exige a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

i) ¿Se viola el derecho a la seguridad social cuando COLPENSIONES niega el traslado de régimen ahorro individual al de prima media bajo el argumento de que se encuentra a menos de 10 años de adquirir el derecho a la pensión?

ii) ¿Se viola el derecho a la seguridad social cuando un empleador omite el traslado de bonos pensionales y una administradora de pensión no cobra dichos bonos?

Para resolver los problemas jurídicos planteados, es necesario analizar los siguientes temas: i) reglas para el traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida de los beneficiarios del régimen de transición cuando implica una afectación al derecho fundamental a la seguridad social; y ii) los deberes del empleador, el trabajador y la administradora pensional ante el sistema de seguridad social en pensiones cuando está de por medio el derecho fundamental a la seguridad social.

Reglas para el traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida de los beneficiarios del régimen de transición cuando implica una afectación al derecho fundamental a la seguridad social. Reiteración de jurisprudencia.

3. Con el propósito de aclarar y unificar la jurisprudencia en torno al traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida de los beneficiarios del régimen de transición, la sentencia SU-130 del 13 de marzo de 2013², estableció que:

i) El **régimen de transición**, es un mecanismo de protección de las expectativas legítimas que en materia pensional tenían todos aquellos afiliados al régimen de prima media, que al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones (de ahora en adelante SGP) estaban próximos a adquirir ese derecho prestacional.

Este beneficio apunta, entonces, a mantener las prerrogativas de tiempo de servicios y monto de la pensión establecidas en el régimen anterior, para aquellos afiliados que al 1° de abril de 1994 hubieran cumplido, por lo menos, con uno de los siguientes requisitos:

- Mujeres con treinta y cinco (35) o más años de edad.
- Hombres con cuarenta (40) o más años de edad.
- Hombres y mujeres que independientemente de la edad tengan quince (15) años o más de servicios cotizados.

Así, las personas que se encuentren en cualquiera de las tres categorías anteriormente enunciadas, serán beneficiarias del régimen de transición. Eso implica que, en principio, para efectos del reconocimiento de la pensión, no se les aplicará lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, sino las normas correspondientes al régimen anterior al cual se encontraban afiliadas.

4. Sin embargo, el mencionado régimen así concebido no resulta una prerrogativa absoluta de quienes hacen parte de los tres grupos de trabajadores a los que se ha hecho expresa referencia, *“pues según lo dispuesto en los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la citada ley, en las dos primeras categorías, esto es, los beneficiarios por edad, el régimen de transición se pierde (i)*

² M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

La actualidad jurídica en el momento en que ocurre

cuando el afiliado inicialmente y de manera voluntaria decide acogerse al régimen de ahorro individual con solidaridad o (ii) cuando habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decide trasladarse al de prima media con prestación definida”.

En consecuencia, los trabajadores de tal régimen, tanto por edad como por tiempo de servicios cotizados, pueden elegir libremente el régimen pensional al cual desean afiliarse, pero dicha elección, trae como consecuencia ineludible, para el caso de quienes cumplen el requisito de edad, la pérdida de los beneficios del régimen de transición, por lo cual para efectos de adquirir su derecho a la pensión de vejez, deberán necesariamente ajustarse a los parámetros generales establecidos en la Ley 100 de 1993.

5. ii) En cuanto al **traslado de régimen** de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, las reglas unificadas son:

a. 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 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, 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”.*

b. Las personas que al momento de entrar en vigencia el SGP, tenían treinta y cinco años o más si son mujeres, o cuarenta años o más si son hombres, pueden trasladarse de régimen *“por una sola vez cada cinco (5) años contados a partir de la selección inicial”*, salvo que les falte diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, evento en el cual no podrán ya trasladarse. En todo caso, de ser viable *“dicho traslado o haberse efectuado el mismo al momento de proferirse la presente providencia, ello no da lugar, bajo ninguna circunstancia, a recuperar el régimen de transición”*³.

c. Los que no son beneficiarios del régimen de transición, para efectos del traslado de régimen pensional, se les aplicará la regla anteriormente expuesta, *“contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100/93, conforme fue modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, ambas normas interpretadas por la Corte, con efectos de cosa juzgada constitucional, en las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004”.*

³ SU-130 de 2013, precitada, consideración 10.11.

6. Por otro lado, en sentencia SU-062 del 3 de febrero de 2010⁴, frente al requisito de equivalencia establecido en el Decreto 3995 de 2008⁵ se indicó 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”*⁶.

Deberes del empleador, el trabajador y la administradora pensional ante el sistema de seguridad social en pensiones cuando está de por medio el derecho fundamental a la seguridad social. Reiteración de jurisprudencia.

7. La pensión tiene por objeto garantizar que el afiliado reciba una cantidad de dinero que cubra sus necesidades básicas y las de su familia después de concluir su ciclo laboral, de modo que pueda mantener el mismo nivel socioeconómico antes de su retiro. Para ello, habrá de realizar un ahorro mensual durante el tiempo de trabajo, compuesto de un descuento a su salario y un aporte del empleador, quien a su vez tiene la obligación de consignar mensualmente las sumas de esos aportes a la administradora de pensiones en la que se encuentre afiliado el empleado, dentro del plazo establecido al efecto, a riesgo de incurrir en el pago de los intereses que genere la mora. En caso de que el empleador no realice el referido descuento al trabajador, deberá responder por la totalidad del mismo⁷.

A las administradoras de pensiones les atañe elaborar la historia laboral de los afiliados, en donde consten los periodos cotizados. De incumplir el empleador sus obligaciones, será requerido para que explique los motivos de la omisión y, si fuere renuente en el pago de los aportes, se iniciará trámite de cobro, para lo cual el valor reflejado en la liquidación de la deuda prestará mérito ejecutivo.

Por su parte, para obtener la prestación esperada, el trabajador deberá cumplir los requisitos de edad y semanas de cotización contemplados en las normas vigentes aplicables al caso.

8. La falta de armonía en esta *“relación tripartita”*⁸ trabajador, empleador y administradora de pensiones, puede generar injustos obstáculos para la tramitación de la pensión del primero.

⁴ M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵ Arts. 7 y 12.

⁶ Consideraciones 22 y 23, párrafos 4 y 5 de la referida sentencia y Decreto 3995 arts. 7 y 12.

⁷ Cfr. artículos 22 y 23 de la Ley 100 de 1993.

⁸ Expresión usada en el fallo T-075 de febrero de 2009 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra) en la que hace referencia a las partes que intervienen en la consecución del derecho pensional y que fue desarrollada a partir de la sentencia C-177 de mayo 4 de 1998 (M. P. Alejandro Martínez Caballero) como *relación triangular*.

En tal sentido, la sentencia T-553 del 1° de octubre de 1998, señaló que el incumplimiento del empleador *“no le es endilgable al empleado y menos aún, puede derivarse contra éste una consecuencia negativa, por la mora del... empleador en hacer oportunamente el pago de la porción de los aportes que le corresponden, junto con la parte que para el mismo efecto ha retenido de su salario al empleado... retenidos por el empleador, de la asignación salarial los valores que le corresponde aportar al empleado, surge para aquél la obligación de consignarlos en la oportunidad señalada por la ley y el reglamento, junto con los que son de su cargo”*.

Por lo tanto, siendo el empleador quien efectúa los descuentos o retenciones, si elude el pago a la entidad de seguridad social, tal omisión no le es imputable al empleado, ni pueden derivarse contra éste consecuencias negativas que pongan en peligro sus derechos a la salud, a la seguridad social o incluso a la vida digna⁹.

9. Ahora bien, frente a la obligación de las administradoras de pensiones de cobrar dichos aportes, debe considerarse que el legislador ha consagrado mecanismos específicos para requerir su pago al empleador moroso, pues en los artículos 20 y 24 del Decreto 1406 de 1999 se disponen los plazos para presentar los aportes y en los artículos 24 y 57 de la Ley 100 de 1993, reglamentados por el Decreto 2633 de 1994, se estipulan las acciones para efectuar el cobro de estos dineros¹⁰.

En esa forma, las administradoras de pensiones tienen el deber de exigir al empleador el pago para superar la mora e imponer las sanciones a que haya lugar, por lo que, para su defensa, no puede alegar su propia negligencia en la implementación de esa atribución ni trasladar dicha carga al afiliado.

Caso concreto.

10. Tal y como se anotó en el acápite de antecedentes, el actor es beneficiario del régimen de transición, toda vez que para la entrada en vigencia del SGP contaba con más de 15 años de servicios y con 41 años de edad (cfr. folios 7 a 14 cd. inicial). Pese a que cumplía con los requisitos del régimen de transición se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, concretamente, a Protección Pensiones y Cesantías, entidad a la cual se encuentra afiliado pertenece actualmente.

⁹ En este sentido se puede consultar, entre otras, las sentencias T-334 de 1997 y T-553 de 1998.

¹⁰ Artículo 5° del Decreto 2633 de 1994: *“Del cobro por vía ordinaria. En desarrollo del artículo 24 de la Ley 100 de 1993, las demás entidades administradoras del régimen solidario de prima media con prestación definida del sector privado y del régimen de ahorro individual con solidaridad adelantarán su correspondiente acción de cobro ante la jurisdicción ordinaria, informando a la Superintendencia Bancaria con la periodicidad que esta disponga, con carácter general, sobre los empleadores morosos en la consignación oportuna de los aportes, así como la estimación de sus cuantías e interés moratorio, con sujeción a lo previsto en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993 y demás disposiciones concordantes. // ‘Vencidos los plazos señalados para efectuar las consignaciones respectivas por parte de los empleadores la entidad administradora, mediante comunicación dirigida al empleador moroso lo requerirá. Si dentro de los quince (15) días siguientes a dicho requerimiento el empleador no se ha pronunciado, se procederá a elaborar la liquidación, la cual prestará mérito ejecutivo de conformidad con lo establecido en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.”*

Por el tiempo en el ISS, el demandante solicita el cambio de régimen porque se encuentra en una difícil situación económica que le impide pagar mensualmente la cuota de afiliación al fondo privado, petición que fue negada, al considerar que le falta menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión.

Sin embargo, es importante aclarar en el presente asunto no se realizaron los correspondientes traslados de bonos pensionales, pese a que para la época en que el actor trabajaba para el Ministerio de Defensa, el municipio de Aranzazu, la Gobernación del departamento de Caldas y la empresa Nacional de Telecomunicaciones, TELECOM, era obligatorio efectuar los aportes.

11. En esa medida la omisión de los empleadores de no trasladar los respectivos bonos pensionales al ISS, hoy COLPENSIONES, no debe ser soportado por el accionante¹¹, pues el tiempo que dejaron de aportar dichas cotizaciones, suman aproximadamente 22 años de trabajo.

Por esa razón el actor puede trasladarse del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, y continuar con los beneficios del régimen de transición, aun cuando le faltan menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, pues como se indicó en la parte considerativa de esta providencia, a quienes al 1° de abril de 1994 cumplían con el requisito de tiempo de servicios cotizados, no aplica la prohibición contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es decir, que su traslado puede efectuarse “*en cualquier tiempo*”.

12. Con todo ha de anotarse que, para que proceda el traslado del actor en los términos anteriormente señalados, es necesario que: (i) traslade al régimen de prima media con prestación definida la totalidad del ahorro efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad; y (ii) que el monto trasladado no sea inferior al valor total del aporte legal correspondiente en caso de que hubiere permanecido en el régimen de prima media. De no ser posible tal equivalencia, dentro de un plazo razonable, deberá aportar el dinero que haga falta con el fin de cumplir con dicha exigencia.

13. Por todo lo expuesto, se revocará la sentencia dictada el 24 de febrero de 2014, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales, que negó el amparo solicitado por el señor José Gersain Salazar Zuluaga. En su lugar, se tutelarán el derecho a la seguridad social del accionante.

En consecuencia, se ordenará a la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES, o quien haga sus veces que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, proceda a autorizar el traslado del señor José Gersain Salazar Zuluaga al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes. Así

¹¹ Cfr. T-411 de junio 4 de 2013, M. P. Nilson Pinilla Pinilla (consideración 4.3.).

mismo, se ordenará que sea reconocida la calidad de beneficiario del régimen de transición, para lo cual la demandada deberá cobrar a las entidades en la que laboró el accionante, las cotizaciones dejadas de aportar al Sistema General de Pensiones, advirtiendo que en caso de que no logre satisfacer el requisito de equivalencia del ahorro, tal como lo dispone el Decreto 3995 de 2008, le ofrezca la posibilidad de aportar, dentro de un plazo razonable, el dinero que haga falta con el fin de cumplir con dicha exigencia.

RESUELVE

Primero. REVOCAR la sentencia dictada el 24 de febrero de 2014, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales, que negó el amparo solicitado por el señor José Gersain Salazar Zuluaga. En su lugar, **TUTELAR** el derecho a la seguridad social del accionante.

Segundo. ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES, o quien haga sus veces que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, proceda a autorizar el traslado del señor José Gersain Salazar Zuluaga al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes. Así mismo, se ordenará que sea reconocida la calidad de beneficiario del régimen de transición, para lo cual la demandada deberá cobrar a las entidades en la que laboró el accionante, las cotizaciones dejadas de aportar al Sistema General de Pensiones, advirtiendo que en caso de que no logre satisfacer el requisito de equivalencia del ahorro, tal como lo dispone el Decreto 3995 de 2008, le ofrezca la posibilidad de aportar, dentro de un plazo razonable, el dinero que haga falta con el fin de cumplir con dicha exigencia.

Tercero. Por Secretaría General, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

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

GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO
Magistrada

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Magistrada

SONIA VIVAS PINEDA
Secretaria General (e)