COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia T/1052/08

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de tutela
Referencia	T/1052/08
Expediente	—
Fecha	2008-05-21
Sala	Sala Primera
Magistrado ponente	Dr JAIME
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Principio De Subsidiariedad De La Accion De Tutela
- Cuenta De Ahorro Individual De Pension

Resumen del caso (según la propia sentencia)

Se puede indicar que de acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, ésta resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo supletorio o alternativo de los medios judiciales ordinarios o

Texto completo

T-1052-08 REPÚBLICA DE COLOMBIA Sentencia T-1052/08 PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA -Reiteración de jurisprudencia Se puede indicar que de acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, ésta resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo supletorio o alternativo de los medios judiciales ordinarios o extraordinarios de defensa judicial previstos por la ley. Sin embargo, en los casos en que existan medios de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: (i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados;

(ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues de lo contrario el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.

TRASLADO DE CUENTA DE AHORRO INDIVIDUAL DE PENSION DE VEJEZ DE UN FONDO PRIVADO A OTRO / CUENTA DE AHORRO INDIVIDUAL DE PENSION- Si se ha descapitalizado, la tutela no es el mecanismo a utilizar Es claro que la decisión de trasladar el capital de la cuenta de ahorro individual a otro fondo de pensiones, así como determinar las medidas necesarias para conjurar la presunta descapitalización de la misma, involucra la efectividad de derechos de rango legal que surgieron de la celebración del contrato en cuestión y de las condiciones y términos pactados para su ejecución. Por ello, la decisión acerca de si durante la ejecución de dicho contrato Porvenir S.A. incumplió los términos y condiciones que sustentan y enmarcan el vínculo contractual referido, no corresponde al juez de tutela, pues su competencia se circunscribe al amparo de los derechos fundamentales. Es al juez ordinario, dados los mecanismos y medios de defensa judicial previstos por el legislador para el efecto, a quien le corresponde determinar si durante el desarrollo del contrato suscrito por las partes se afectaron los derechos de rango legal invocados por el

accionante en este sentido. Por tanto, es la jurisdicción ordinaria la que debe estimar si debe prosperar la solicitud de traslado del capital de la cuenta de ahorro individual del accionante a otro fondo de pensiones, así como la determinación de si su cuenta de ahorro individual se ha descapitalizado a fin de decidir las medidas que correspondan. De acuerdo con los hechos y pruebas que sustentan la solicitud de tutela, no existen razones suficientes para considerar que los medios ordinarios de defensa no son idóneos para garantizar la protección invocada o que se está ante la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable. Por último, es evidente que el actor no es sujeto de especial protección constitucional.

FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS- Incremento de la pensión de vejez de conformidad con la variación porcentual del IPC/ INDEXACION DE LA PENSION DE VEJEZ EN LA MODALIDAD DE RETIRO PROGRAMADO Es claro que Porvenir S.A. no ha tenido en cuenta que a la luz de las normas que regulan la materia, en el marco del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el afiliado tendrá derecho al reconocimiento de la pensión de vejez, cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual le permita obtener una pensión mensual superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente, “reajustado anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE.” Igualmente, que en cualquiera de los dos regímenes de pensión - Régimen de Prima Media con Prestación Definida y de Ahorro Individual con Solidaridad- c on el objeto de que las pensiones mantengan su poder adquisitivo constante, éstas deben ser reajustadas cada año, así: si la mesada es superior al salario mínimo legal mensual vigente, debe ser reajustada de conformidad con la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor del año inmediatamente anterior; pero, si es igual al salario mínimo legal mensual vigente, se reajustará de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el gobierno. Entonces, la decisión de Porvenir S.A. de no incrementar de acuerdo con el IPC la pensión de vejez reconocida a favor del actor vulnera su derecho fundamental al mínimo vital pues, como se dijo en los enunciados normativos de esta sentencia, el reajuste anual de las pensiones permite corregir la desvalorización constante y progresiva de la moneda y mantener el poder adquisitivo de esa prestación económica. De ahí que si la pensión del accionante no es reajustada en las condiciones previstas en la ley, necesariamente, en términos reales, se seguirá viendo reducida o congelada debido a que progresivamente perderá su poder adquisitivo. Por esto, dado que el incremento anual de esa pensión busca garantizar que su valor no se deteriore frente al costo de los bienes y servicios que el actor requiere para su subsistencia, la omisión respecto de tal incremento implica la vulneración de su derecho fundamental al mínimo vital, debido a que cada año sus posibilidades de acceder a dichos bienes y servicios será más limitada.

Referencia: expediente T-1968218 Acción de tutela instaurada por Armando Moreno Tascón contra el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Magistrado Ponente: Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA Bogotá, D.C, veintiocho (28) de octubre de dos mil ocho (2008). La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO Y JAIME ARAÚJO RENTERÍA, 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 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por el Juzgado Dieciséis Penal Municipal con Función de Pequeñas Causas de Bogotá y el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Bogotá, que resolvieron la acción de tutela promovida por Armando Moreno Tascón contra el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

I. ANTECEDENTES El 28 de abril de 2008, Armando Moreno Tascón interpuso acción de tutela contra el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., po r considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad y a la seguridad social.

Fundamentó la acción en los siguientes: 1. Hechos: 1.1 El Sr. Moreno Tascón tiene 60 años de edad. 1.2 Sostuvo que se encuentra afiliado al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. desde el 1 de diciembre de 1998.

1.3 Indicó que a fin de obtener el reconocimiento y pago de su pensión de vejez de conformidad con el Régimen de Ahorro Individual y bajo la modalidad de retiro programado, por intermedio de la Compañía de Profesionales de Bolsa S.A. vendió su bono pensional por $214.675.308. En este orden, señaló que con el mismo propósito, a esta suma de dinero Porvenir S.A. sumó el saldo de su cuenta de ahorro pensional obligatoria correspondiente a $7.708.529.

1.4 Afirma que el 26 de mayo de 2004, previo el cumplimiento de los requisitos legales previstos para el efecto, Porvenir S.A. reconoció a su favor el derecho a la pensión de vejez, con base en un capital ahorrado de $222.383.837 y una mesada pensional de $1.110.150.

1.5 Adujo que en concordancia con el extracto de su cuenta de ahorro individual expedido por Porvenir S.A. el 1 de abril de 2006, para el periodo de abril a junio de 2006 el estado de la misma era el siguiente:

“1. Saldo anterior : $281.607.711.30; total créditos $00; total débitos $5.3583465.00. 2 Total rendimientos: -$24.747.882.57. 3. Nuevo Saldo: $251.501.363.73.” 1.6 Igualmente, indicó que según el extracto de su cuenta del periodo comprendido entre el 1 de enero de 2008 al 30 de marzo del mismo año, este es el estado de dicha cuenta:

“Saldo anterior : $272.903.619; 2008/03/03 pago por retiro programado: $1.159.400. (…); 3. Nuevo Saldo: $261.398.918.” 1.7 Dado lo anterior, señaló que según los extractos expedidos en abril de 2006 y enero de 2008, su cuenta de ahorro individual se ha descapitalizado considerablemente.

En tal sentido, concluyó: “[L]a Administradora de mi Fondo pensional Porvenir S.A. en su dimensión antiética, me ha hurtado el valor de $36.252.584., y también ha violentado de manera infraganti el artículo 101 de la Ley 100 de 1993, donde ´las sociedades administradoras de los fondos de pensiones obligatorias deben garantizar a los afiliados (pensionados) una rentabilidad mínima que será determinada por el Gobierno Nacional´.” 2. Solicitud de tutela 2.1 Para fundamentar su solicitud de amparo, el actor argumentó que dada la descapitalización de su cuenta de ahorro individual, en su criterio, el incremento de su mesada pensional no se ha efectuado de conformidad con la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, IPC, parámetro que a su juicio es obligatorio para el aumento anual de todos los salarios y pensiones.

2.2 Así mismo, manifestó que la interposición de la presente acción de tutela se debe a que en repuesta a sus múltiples quejas presentadas ante la Superintendencia Financiera, el 25 de julio de 2006, esa Entidad le informó que “del cumplimiento o incumplimiento de contratos celebrados con entidades vigiladas, conocen sólo los jueces de la República, toda vez que esta Superintendencia carece de competencia para entrar a juzgar los conflictos surgidos, determinar responsabilidades, declarar derechos u ordenar el pago de daños o el resarcimiento de perjuicios ocasionados,”.

2.3 Con fundamento en las consideraciones y hechos descritos anteriormente, el actor solicitó que el juez de tutela ordenara el incremento de su mesada pensional de conformidad con la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, IPC o, en su defecto, el traslado del capital de su cuenta de ahorro individual que se encuentra en el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a fin de sea ésta la entidad que le pague su pensión de vejez. Igualmente, solicitó que determinara si dicha cuenta, cuyo propósito es el pago de su pensión de vejez bajo la modalidad de retiro programado, se ha descapitalizado, y decidir las medidas que correspondan.

3. Trámite de instancia 3.1 La acción fue tramitada ante el Juzgado Dieciséis Penal Municipal con Función de Pequeñas Causas de Bogotá , el cual mediante auto del 29 de abril de 2008 ordenó su notificación al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Respuesta del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. 3.2 Mediante escrito remitido al juez de instancia el 9 de mayo de 2008, el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., actuando por intermedio de su Director Jurídico de Procesos, Sr. Álvaro Ayala Aristizabal, solicitó denegar el amparo invocado.

3.3 Para fundamentar su petición, Porvenir indicó que a diferencia de lo sostenido en el escrito de tutela, la cuenta de ahorro individual del actor no se encuentra descapitalizada. Al respecto, precisó que por el contrario, ha percibido $117.318.729 de rentabilidad. En tal sentido argumentó:

"[E]l dinero que se encuentra en la cuenta de ahorro individual del afiliado es el capital con el cual se financia la pensión de vejez, de ahí que cada vez que se realiza un pago este afecta inmediatamente el capital que se encuentra en la cuenta de ahorro individual, de acuerdo con lo establecido por el artículo 68 de la Ley 100 de 1993." De hecho, la Entidad explicó que en la actualidad, el estado de la cuenta de ahorro en cuestión es el siguiente:

"CAPITAL A FECHA DE RECONOCIMIENTO [de la pensión]: $222.722.364. CAPITAL A HOY: $272.613.788. EXCEDENTES DE RENTABILIDAD POSITIVA $49.891.424.

EGRESOS DE LA CUENTA /PAGO DE MESADAS PENSIONALES: $67.427.305. INGRESOS ADICIONALES POR RENTABILIDADES POSITIVAS: $117.318.729." (Negrilla del texto original).

3.4 De otro lado, en su sentir, de conformidad con las pruebas que obran en el expediente de tutela, no existe prueba que permita acreditar la violación de los derechos fundamentales invocados por el actor.

3.5 Así mismo, señaló que el presente caso no cumple el requisito de subsidiariedad, toda vez que el actor tiene a su alcance otros medios de defensa judicial para obtener el amparo de sus pretensiones. En este sentido, indicó que no es posible otorgar la tutela como mecanismo transitorio pues el Sr. Moreno no demostró la ocurrencia de un perjuicio irremediable en sus derechos fundamentales.

II. LAS SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN 1. Sentencia de primera instancia 1.1 En sentencia del 14 de mayo de 2008, el Juzgado Dieciséis Penal Municipal con Función de Pequeñas Causas de Bogotá concedió la tutela de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados.

1.2 Para ello, en primer lugar, el juez de instancia estimó que aunque los fondos de pensiones generan una rentabilidad considerable con el capital ahorrado por sus afiliados, no redistribuyen entre los mismos las utilidades percibidas. En efecto, en su criterio, "La Ley 100 de 1993 surgió como consecuencia de la política de apertura económica, y en tal sentido la creación de los fondos privados de pensiones no fue el producto de un noble propósito que les asistiera a los inversionistas fruto de su altruismo o magnanimidad. Por el contrario, la rentabilidad ha sido la constante de estos fondos, pues se trata de la inversión en un portafolio bien amplio que genera ganancias exorbitantes o astronómicas, las cuales niegan dichos fondos arropados en el imbricado espejismo de cuidar el capital de los pensionados, a quienes les administra el dinero que entrega mensualmente sin que mucho menos les haga partícipe de sus ganancias, pero cuando si registran pérdidas por las constante fluctuaciones en la bolsa y la economía internacional, esas pérdidas si las socializa, o sea, las traslada a los pensionados en detrimento de la seguridad social y con la concupiscencia del gobierno, puesto que como estamos en una economía de mercado no se puede impedir que la misma actúe sin regulación alguna,".

1.3 En otro sentido, el juez de tutela citó in extenso la sentencia C-862 de 2006 [1] . Al respecto, afirmó que en virtud de dicha providencia, el actor tiene derecho a la actualización de su mesada pensional de conformidad con la variación porcentual del IPC. En este orden, ordenó que "a partir del mes de junio del año en curso se reconozca el REAJUSTE a la pensión del accionante con los parámetros o lineamientos del IPC certificado por el DANE; reajuste éste que tendrá como referente el incremento anual y a partir de febrero de 2006, esto es, se debe actualizar en el 2007 y 2008 la pensión del accionante Moreno Tascón, más los respectivos intereses por corrección monetaria dejados de percibir por el

accionante Moreno Tascón durante dichos años.” 2. Impugnación 2.1 El 21 de mayo de 2008, el representante legal del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Sr.

Mauricio Ospina Ortiz, impugnó la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Dieciséis Penal Municipal con Función de Pequeñas Causas de Bogotá.

2.2 En su solicitud, Porvenir S.A. reiteró las consideraciones indicadas en su escrito de contestación de la acción, en el sentido de afirmar que no existe prueba que permita acreditar la violación de los derechos fundamentales invocados por el actor, así como el incumplimiento del requisito de subsidiariedad de la solicitud de amparo, toda vez que el actor tiene a su alcance otros medios de defensa judicial para obtener el amparo de sus pretensiones. Por último, resaltó nuevamente que no es posible otorgar la tutela como mecanismo transitorio pues el Sr. Moreno no demostró la ocurrencia de un perjuicio irremediable en sus derechos fundamentales.

2.3 Adicionalmente, afirmó que el juez de primera instancia, “manifiesta un sesgo ideológico en contra de la economía de libre mercado y el papel que cumplen los fondos privados en la prestación de servicios públicos como la seguridad social.” En este sentido, precisó:

“En un estado de derecho como el colombiano, el juez se encuentra exclusivamente sometido al imperio de la ley y la Constitución, estándole vedado fundamentar sus decisiones en un criterio de orden ideológico y político.” Por ello, concluyó:

“El fallo dictado por el a – quo constituye otras vías de hecho al desconocer jurisprudencia con efectos erga omnes de la Corte Constitucional, aplicando sentencias que no guardan relación alguna con el retiro programado.” 2.4 De otro lado, Porvenir explicó que de conformidad con el Régimen de Ahorro Individual, la modalidad de retiro programado implica que la rentabilidad de la cuenta se encuentra supeditada a las fluctuaciones del mercado. Así, a su juicio, si el accionante deseaba garantizar un incremento fijo de su pensión según la variación porcentual del IPC, aunque tenía la opción de la modalidad de renta vitalicia, optó por el retiro programado. En este orden, argumentó que el incremento de las mesadas pensionales en concordancia con el IPC, podría llegar a descapitalizar la cuenta de ahorro individual del accionante y de esta forma, sus recursos resultarían insuficientes para cubrir la totalidad de sus mesadas pensionales.

Sobre el particular, el Fondo agregó que bajo la modalidad de retiro programado, “el saldo de las cuentas individuales de los afiliados se afecta no sólo por los aportes y retiros que se realicen, sino también por las variaciones en el valor del mercado de las inversiones, las cuales cambian de un día a otro como consecuencia de factores tanto externos como internos que originan fluctuaciones en las tasas de interés, caídas en los precios de las acciones y otros títulos, situaciones que no dependen del control de los administradores de los fondos de pensiones.” Así mismo, manifestó con relación al funcionamiento del retiro programado en materia de pensiones, lo siguiente:

“El incremento de [la] mesada pensional en la modalidad de retiro programado puede o no darse ya que depende del cálculo de un valor anual de mesada que se encuentra en función del capital existente en la cuenta individual de ahorro pensional, incluidos los rendimientos financieros. Es decir, bajo esta modalidad el valor de la mesada es consecuencia directa del valor del capital acumulado y los rendimientos generados por el mismo, por lo que el afiliado asume el riesgo de que el valor de la mesada pueda disminuir.” 3. Sentencia de segunda instancia 3.1 En sentencia del 26 de junio de 2008, el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Bogotá revocó la decisión adoptada el 14 de mayo de 2008 por el Juzgado Dieciséis Penal Municipal con Función de Pequeñas Causas de Bogotá, mediante la cual se concedió la tutela interpuesta.

3.2 En su sentencia, el juez de tutela de segunda instancia explicó que en consideración de las normas que regulan la materia, la liquidación de la mesada pensional en el Régimen de Ahorro Individual bajo la modalidad de retiro programado, tiene un tratamiento diferente a las demás modalidades de pensión. Al respecto, precisó:

“Entre las diferencias de las demás modalidades, encontramos que en el retiro programado la pensión se calcula anualmente de acuerdo con la expectativa de vida del afiliado y de su grupo familiar y la mensualidad se recalcula anualmente teniendo en cuenta el saldo de los recursos en la cuenta de ahorro individual. Es decir, la mesada pensional no obedece a un reajuste periódico año tras año, sino a los efectos del capital ahorrado.” 3.3 Finalmente, ese despacho judicial estimó que la acción de tutela no satisface el requisito de subsidiariedad, pues el accionante tiene a su alcance otros medios y recursos de defensa judicial para que se determine “si el Fondo de Pensiones Porvenir S.A. ha actuado conforme a derecho en el reconocimiento de su pensión y pago de sus mesadas año tras año de conformidad con lo señalado en la ley.” III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE.

1. Competencia De conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y con la selección y el reparto efectuados el 31 de julio de 2008, esta Sala es competente para revisar las decisiones judiciales mencionadas.

2. Problemas Jurídicos 2.1 De acuerdo con los antecedentes expuestos, en el presente caso corresponde a la Corte examinar si la presente acción de tutela es procedente para (i) disponer el traslado del capital de la cuenta de ahorro individual del accionante que se encuentra en el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a fin de sea ésta la entidad que le pague su pensión de vejez; (ii) determinar si dicha cuenta, cuyo propósito es el pago de su pensión de vejez bajo la modalidad de retiro programado, se ha descapitalizado, y decidir las medidas que correspondan; y, (iii) para ordenar al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. el incremento de su pensión de vejez de conformidad con la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, IPC.

2.2 Para dar solución al problema jurídico planteado, en primer lugar, esta Sala hará referencia al requisito de subsidiariedad de la acción de tutela según el cual, ésta es improcedente cuando existen otros medios de defensa judicial para obtener la protección de las pretensiones incoadas. En segundo lugar, se pronunciará sobre el Sistema General de Pensiones, particularmente, sobre el Régimen de Ahorro individual con Solidaridad y la modalidad de pensión de retiro programado, así como sobre el derecho al reajuste anual de las pensiones. Por último, indicará el criterio de esta Corporación relativo a los límites constitucionales del Sistema General de Pensiones.

2.3 Con base en lo anterior, esta Sala de Revisión estimará si es procedente amparar los derechos fundamentales invocados por el accionante, presuntamente vulnerados por el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

3. Principio de subsidiariedad de la acción de tutela. Reiteración de Jurisprudencia. 3.1 De acuerdo con el inciso 3 del artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela “[S]ólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.” Así mismo, el numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 dispone que la acción de tutela es improcedente en los casos en que el accionante tenga a su alcance otros recursos o medios de defensa judiciales para la protección de sus derechos.

3.2 En criterio de la Corte Constitucional, en aplicaciones de las disposiciones anotadas, en el evento en que para el caso concreto existan otros mecanismos judiciales, corresponde al accionante agotar dichos recursos, es decir, hacer uso de todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial que se encuentren a su disposición para invocar la protección de sus derechos, antes de acudir a la acción de tutela [2] .

Al respecto, en la sentencia T-698 de 2004 [3] , esta Corte precisó: “El principio enunciado de subsidiariedad resulta ser una exigencia fundamental para la procedibilidad de la acción, en la medida en que es necesario que quien alega la vulneración haya agotado los medios de defensa disponibles por la legislación, para lograr la protección de sus derechos [4] .

La razón de ser de esta exigencia, es la de confirmar que una acción subsidiaria como la tutela, no pueda ser considerada como una instancia más en el tránsito jurisdiccional, ni tampoco como un camino extraordinario para solucionar las eventuales falencias de los procesos ordinarios o contenciosos.

Menos aún cuando es en estas jurisdicciones en donde se encuentran previstos los mecanismos propios para conjurar los posibles inconvenientes que se susciten para las partes durante los trámites procesales. Al respecto esta Corporación ha señalado que la jurisdicción ordinaria y contenciosa, es "sede por antonomasia del ejercicio dialéctico entre las diversas posiciones de las partes" [5] (…). De allí que la exigencia del agotamiento efectivo de los recursos correspondientes, como expresión de la subsidiariedad de la acción de tutela frente a los mecanismos ordinarios de defensa judicial, se haga evidente".

3.3 En efecto, el amparo constitucional se funda en el principio de subsidiariedad, esto es, la acción de tutela no puede ser entendida como un medio de defensa judicial que pueda reemplazar o sustituir los mecanismos procesales dispuestos por el legislador para la protección de los derechos; o que tenga la facultad de revivir términos u oportunidades procesales vencidas por la negligencia o inactividad injustificada del actor. Igualmente, tampoco puede sostenerse que sea el último recurso al alcance de los ciudadanos para obtener de los jueces el amparo de sus derechos. Por el contrario, dada la naturaleza constitucional de la acción de tutela, ésta debe ser concebida como el único mecanismo susceptible de ser invocado a fin de garantizar la protección de los derechos fundamentales frente a los actos u omisiones que los amenacen o vulneren. Sin embargo, es claro que los jueces y autoridades públicas, en el trámite de los procesos y recursos ordinarios y extraordinarios, se encuentran obligados a garantizar la protección de los derechos fundamentales de las partes y de los interesados [6] .

3.4 Sin embargo, es preciso señalar que esta Corporación ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela en los casos en que existan otros medios y recursos de defensa judicial a disposición del actor.

En desarrollo del principio de subsidiariedad, esta Corte ha reiterado que en los casos en que el accionante tenga a su alcance otros medios o recursos de defensa judiciales, la acción de tutela procederá excepcionalmente en los siguientes eventos [7] :

(i) Los medios ordinarios de defensa judicial no son suficientemente idóneos y eficaces para proteger los derechos presuntamente conculcados;

(ii) Aún cuando tales medios de defensa judicial sean idóneos, de no concederse la tutela como mecanismo transitorio de protección, se produciría un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales.

(iii) El accionante es un sujeto de especial protección constitucional (personas de la tercera edad, personas discapacitadas, mujeres cabeza de familia, población desplazada, niños y niñas), y por tanto su situación requiere de particular consideración por parte del juez de tutela.

Sobre este punto, en la sentencia T-954 de 2005 [8] , esta Corporación explicó: "(…) el artículo 86 de nuestra Constitución dispone que la acción de tutela "sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial".

[9] La jurisprudencia constitucional, ha precisado que este mandato se debe interpretar en el sentido de que los medios alternos de defensa con que cuenta el interesado tienen que ser idóneos, es decir, aptos para obtener la protección requerida, con la urgencia que sea del caso.

[10] La idoneidad de los medios de defensa se debe evaluar, en el contexto particular de cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias específicas que afectan al peticionario, para así determinar si realmente existen alternativas eficaces de protección que hagan improcedente la tutela." No obstante lo anterior, el mismo Constituyente introdujo una excepción a

dicha regla de subsidiariedad, en el mismo artículo 86 Superior; a pesar de la existencia de otros medios de defensa judicial, será procedente la acción de tutela cuando quiera que “se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

La jurisprudencia de esta Corte [11] ha señalado que para efectos de esta disposición, es decir, para determinar la existencia de un perjuicio irremediable, es necesaria la concurrencia de cuatro elementos: “la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales.” 3.5 En síntesis, se puede indicar que de acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, ésta resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo supletorio o alternativo de los medios judiciales ordinarios o extraordinarios de defensa judicial previstos por la ley. Sin embargo, en los casos en que existan medios de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: (i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados; (ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues de lo contrario el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.

4. Sistema General de Pensiones. Régimen de Ahorro individual con Solidaridad. Modalidad de Retiro Programado. Reajuste de las pensiones. 4.1 De acuerdo con el artículo 48 de la Constitución Política, la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad.

En el mismo sentido, con relación a los derechos de los pensionados, dicho artículo prevé que los recursos destinados a pensiones deben mantener su poder adquisitivo constante. Al respecto, el Acto Legislativo 01 de 2005 introdujo en el citado artículo importantes disposiciones en este sentido. En efecto, señaló que el Estado debe respetar los derechos adquiridos de los pensionados, así como garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Así mismo, estableció que “por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas” y que “ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente.” Del mismo lado, el artículo 53 de la Constitución impone al Estado el deber de garantizar “el derecho al pago oportuno y al reajuste de las pensiones legales.” 4.2 Con fundamento en lo anterior, el Congreso de la República expidió la Ley 100 de 1993 “ Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”.

En ella, se encuentra prevista la regulación del conjunto de instituciones públicas y privadas, así como las normas y procedimientos orientados al funcionamiento de los regímenes de pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios contenidos en la ley.

De hecho, en el marco del Sistema General de Pensiones, con el objeto de garantizar a todos los habitantes del territorio nacional, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, la Ley 100 de 1993 definió dos regímenes de pensión, estos son, el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Por su parte, el artículo 13 de la Ley en comento señala las características comunes a los dos regímenes, de las cuales se pueden resaltar las siguientes: la afiliación al Sistema de Pensiones es obligatoria para todos los trabajadores;

la selección de uno de los regímenes es libre y voluntaria por parte del afiliado, y excluye la posibilidad de afiliarse de manera simultánea al otro régimen; los afiliados tendrán derecho al reconocimiento y pago de las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes; el reconocimiento y pago de las pensiones dependen únicamente del cumplimiento de las

normas que prevén los requisitos para el efecto, es decir, del tiempo de servicios, el número de semanas cotizadas o el capital ahorrado; se garantiza el pago de una pensión mínima correspondiente al salario mínimo legal mensual vigente; ningún afiliado podrá recibir simultáneamente pensiones de invalidez y de vejez; las entidades administradoras de cada uno de los regímenes del Sistema General de Pensiones están sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria; y los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la Nación, ni a las entidades que los administran.

4.3 Ahora bien, de conformidad con el artículo 31 de la Ley 100, el Régimen de Prima Media con Prestación Definida es aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez [12] , invalidez [13] o de sobrevivientes [14] , o una indemnización previamente definidas, independientemente del monto de las cotizaciones acumuladas, siempre que se cumplan los requisitos previstos en la ley. Igualmente, se caracteriza por la naturaleza pública del fondo común constituido por los aportes de los afiliados y la garantía del pago de las prestaciones económicas por parte del Estado [15] .

4.4 De otro lado, en concordancia con el artículo 59 de la Ley en cita, el Régimen de Ahorro individual con Solidaridad “es el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados,”.

Así, a diferencia del Régimen de Prima Media, “ este régimen está 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, y propende por la competencia entre las diferentes entidades administradoras del sector privado, sector público y sector social solidario, que libremente escojan los afiliados.” De este modo, este régimen se caracteriza, entre otros aspectos, porque la cuantía de la pensión depende de los aportes de los afiliados y empleadores, sus rendimientos financieros, y los subsidios del Estado y el bono pensional, cuando a éstos hubiere lugar; cada afiliado tiene una cuenta de ahorro individual que le permite financiar su pensión y constituye un patrimonio autónomo, el cual, en conjunto con las cuentas de otros afiliados, conforman un fondo de pensiones [16] ;

el monto de la pensión es variable y depende de varios factores, por ejemplo, del monto acumulado en la cuenta, la edad de retiro decidida por el afiliado y la modalidad de pensión; la elección de administradora, la modalidad de pensión [17] , y el traslado entre las mismas es libre y voluntario [18] ;

y los afiliados pueden cotizar valores superiores a los establecidos como cotización obligatoria con el fin de incrementar los saldos de sus cuentas individuales de ahorro pensional, para optar por una pensión mayor o un retiro anticipado [19] .

En todo caso, la Ley prevé que las entidades administradoras deben garantizar, incluso con su patrimonio, una rentabilidad mínima del fondo de pensiones que administran. Igualmente, que el Estado debe garantizar no sólo los ahorros del afiliado y el pago de las pensiones a que éste tenga derecho, cuando las entidades administradoras o aseguradoras incumplan sus obligaciones, sino también los recursos que sean necesarios para efectuar el pago de pensiones mínimas, en caso de que la capitalización de los aportes de los afiliados y sus rendimientos financieros sean insuficientes [20] .

4.4.1 Ahora bien, a fin de obtener el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, el artículo 64 de la Ley 100 establece que los afiliados al Régimen de Ahorro individual con Solidaridad deben acreditar los siguientes requisitos:

“Los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta Ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE.

Para el cálculo de dicho monto se tendrá en cuenta el valor del bono pensional, cuando a éste hubiere lugar.” (Negrilla fuera del texto original).

Al respecto, es preciso tener en cuenta que las pensiones de vejez en este Régimen se financian con los recursos de la cuenta de ahorro individual del afiliado, el bono pensional cuando a ello hubiere lugar, y el aporte de la Nación en los casos en que se cumplan los requisitos correspondientes para la garantía de pensión mínima [21] .

De todas formas, bajo cualquier modalidad de pensión, la pensión no podrá ser inferior a la pensión mínima vigente al momento en que se reconoce el derecho [22] .

4.4.2 En este orden, en principio, la Ley contempla tres modalidades de pensión en el Régimen de Ahorro Individual, a saber: renta vitalicia inmediata, retiro programado y retiro programado con renta vitalicia diferida [23] .

Respecto de la modalidad de renta vitalicia inmediata, el artículo 80 de la Ley 100 de 1993 dispone que es la modalidad de pensión mediante la cual el afiliado o beneficiario contrata directa e irrevocablemente con la aseguradora, el pago de una renta mensual hasta su fallecimiento y el pago de pensiones de sobrevivientes a favor de sus beneficiarios por el tiempo a que ellos tengan derecho. Por su parte, la modalidad de retiro programado con renta vitalicia diferida, es aquella que le permite al afiliado recibir de manera vitalicia pagos mensuales a partir de una fecha determinada, “reteniendo en su cuenta individual de ahorro pensional, los fondos suficientes para obtener de la administradora un retiro programado, durante el período que medie entre la fecha en que ejerce la opción por esta modalidad y la fecha en que la renta vitalicia diferida comience a ser pagada por la aseguradora.

[24] ” 4.4.3 Con relación a la modalidad de retiro programado, el artículo 81 de la citada Ley dispone: “El retiro programado es la modalidad de pensión en la cual el afiliado o los beneficiarios obtienen su pensión de la sociedad administradora, con cargo a su cuenta individual de ahorro pensional y al bono pensional a que hubiera lugar.

Para estos efectos, se calcula cada año una anualidad en unidades de valor constante, igual al resultado de dividir el saldo de su cuenta de ahorro y bono pensional, por el capital necesario para financiar una unidad de renta vitalicia para el afiliado y sus beneficiarios. La pensión mensual corresponderá a la doceava parte de dicha anualidad.

El saldo de la cuenta de ahorro pensional, mientras el afiliado disfruta de una pensión por retiro programado, no podrá ser inferior al capital requerido para financiar al afiliado y sus beneficiarios una renta vitalicia de un salario mínimo legal mensual vigente.

Lo dispuesto en el inciso anterior, no será aplicable cuando el capital ahorrado más el bono pensional si hubiere lugar a él, conduzcan a una pensión inferior a la mínima, y el afiliado no tenga acceso a la garantía estatal de pensión mínima.

Cuando no hubiere beneficiarios, los saldos que queden en la cuenta de ahorro al fallecer un afiliado que esté disfrutando una pensión por retiro programado, acrecentarán la masa sucesoral. Si no hubiere causahabientes, dichas sumas se destinarán al financiamiento de la garantía estatal de pensión mínima.” (Negrilla fuera del texto original).

De conformidad con la definición legal del retiro programado, se puede concluir que esta modalidad de pensión se caracteriza por: (i) el afiliado o sus beneficiarios obtienen una pensión con cargo a su cuenta de ahorro individual; (ii) el monto de la pensión es el resultado de dividir el saldo anual de la cuenta de ahorro individual por el capital necesario para financiar una unidad de renta vitalicia para el afiliado y, fallecido éste, para sus beneficiarios; (iii) la pensión mensual corresponde a la doceava parte de dicha anualidad; (iv) en ningún caso, la pensión podrá ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente; y, (v) en el evento en que el afiliado no tenga beneficiarios, el saldo de su cuenta de ahorro aumentará la masa sucesoral, o en su defecto, se destinará a la financiación de pensiones mínimas.

Sobre el particular, es preciso resaltar que en concordancia con el artículo 101 de la Ley 100, las sociedades administradoras de pensiones deben garantizar una rentabilidad mínima respecto del manejo de las cuentas de ahorro

individual de sus afiliados.

4.5 Ahora bien, con relación al reajuste de las pensiones en los dos regímenes -prima media con prestación definida y ahorro individual con solidaridad-, el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 es enfático en señalar:

“Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior.

No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno.” (Negrilla fuera del texto original).

De la norma anteriormente transcrita se concluye que todos los pensionados, independientemente del régimen de pensión al cual pertenezcan, tienen derecho al reajuste anual de su pensión. Así mismo, que para los pensionados que devenguen una mesada superior al salario mínimo legal mensual vigente, su pensión se incrementará de conformidad con la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor del año inmediatamente anterior. Por el contrario, para quienes devenguen una pensión igual al salario mínimo legal mensual vigente, su pensión se reajustará de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el gobierno.

Es claro que el reajuste anual de las pensiones tiene pleno sustento constitucional, pues busca garantizar la efectividad del derecho al mínimo vital de los pensionados. Esto por cuanto, permite corregir la desvalorización constante y progresiva de la moneda y mantener el poder adquisitivo de esa prestación económica. De ahí que si una pensión no es reajustada en las condiciones previstas en la ley, necesariamente, en términos reales, se verá reducida o congelada debido a que pierde su poder adquisitivo. Por ello, dado que el incremento anual de las pensiones busca garantizar que su valor no se deteriore frente al costo de los bienes y servicios que el pensionado requiere para su subsistencia, la omisión respecto de tal incremento implica la vulneración de su derecho fundamental al mínimo vital, pues cada año las posibilidades de acceder a dichos bienes y servicios será más limitada [25] .

4.6 En conclusión, con fundamento en lo dispuesto en la Constitución Política para el efecto, en el marco del Sistema General de Pensiones y con el objeto de garantizar el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, la Ley 100 de 1993 creó dos regímenes de pensión: Prima Media con Prestación Definida y Ahorro Individual con Solidaridad. Por su parte, bajo el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad , la ley prevé que el afiliado tendrá derecho al reconocimiento de la pensión de vejez, cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual le permita obtener una pensión mensual superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente, “reajustado anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE.” Al respecto, las normas que regulan la materia señalan que en cualquiera de los dos regímenes de pensión, c on el objeto de que las pensiones mantengan su poder adquisitivo constante, éstas deben ser reajustadas cada año.

En consecuencia, si la mesada es superior al salario mínimo legal mensual vigente, debe ser reajustada de conformidad con la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor del año inmediatamente anterior; pero, si es igual al salario mínimo legal mensual vigente, se reajustará de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el gobierno.

5. Límites constitucionales del Sistema General de Pensiones. Reiteración de jurisprudencia. 5.1 Ahora bien, en varias oportunidades [26] , esta Corporación se ha pronunciado sobre los límites constitucionales del Sistema General de Pensiones en el marco de la efectividad de los derechos fundamentales a la igualdad y a la seguridad social.

5.2 Por ejemplo, en la sentencia C-530 de 2006 [27] , la Corte declaró exequible la disposición prevista en el artículo 101 de la Ley 100 de 1993 según la cual, las sociedades administradoras de fondos de pensiones y de cesantías deben garantizar a sus afiliados una rentabilidad mínima "teniendo en cuenta rendimientos en papeles e inversiones representativas del mercado que sean comparables," a fin de que "la rentabilidad mínima del portafolio invertido en títulos de deuda no sea inferior a la tasa de mercado definida teniendo en cuenta el rendimiento de los títulos emitidos por la Nación y el Banco de la República." Según el cargo de inconstitucionalidad formulado, la norma acusada violaba los artículos 48 y 53 de la Constitución, en el sentido en que si ocurre que la rentabilidad del mercado no logra compensar la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, el pensionado no recibirá su mesada en proporción a los recursos aportados. En tal sentido, la Corte explicó:

"Ciertamente los conceptos de rentabilidad mínima y de mantenimiento del poder adquisitivo constante de la moneda frente a la inflación de la economía son distintos y pueden coincidir o no. Por consiguiente, la consagración de una rentabilidad mínima de las cotizaciones depositadas en las cuentas de ahorro pensional individual de los afiliados al Sistema General de Pensiones teniendo en cuenta los rendimientos del mercado financiero no genera por sí misma el mantenimiento del poder adquisitivo constante de aquellas.

En este orden de ideas, así como dicha rentabilidad puede ser inferior a este último, también puede ser igual o superior al mismo, lo cual significa que la violación constitucional que plantea la actora sólo podría ser eventual y no cierta. Por otra parte, la Corte encuentra que dicha garantía de rentabilidad mínima es uno de los posibles medios, aunque no el único, que consagra la regulación legal del Sistema de Seguridad Social Integral para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante, como lo exige el Art. 48 superior, los cuales son razonables e idóneos." Sin embargo, la Corte precisó:

"Con todo, la Corte debe advertir que si en el futuro este medio o estos medios utilizados para dar cumplimiento al fin perseguido, esto es, al mandato del Art. 48 de la Constitución para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante, no logran el objetivo, deben ser reemplazados por otro u otros medios idóneos para ello.

" (Negrilla fuera del texto original). 5.3 De otro lado, en la sentencia C-841 de 2003 [28] , esta Corporación declaró exequible el aparte demandado del artículo 107 de la Ley 100 de 1993, mediante el cual se autoriza a los afiliados al Régimen de Ahorro Individual que no hayan adquirido la calidad de pensionados , para que transfieran su ahorro pensional a otro plan de capitalización o de pensiones, o trasladarse a otra entidad administradora. En tal sentido, la Corte consideró:

En la modalidad de ahorro programado sin renta vitalicia, el afiliado no adquiere el derecho a una prestación fija, sino que el pago de su pensión se calcula con base en el capital acumulado, y por tanto ésta depende de sus aportes, sin perjuicio de las garantías de rentabilidad mínima (Artículo 101, Ley 100 de 1993), pensión mínima (Artículo 84, Ley 100 de 1993), y la garantía estatal a las pensiones contratadas con aseguradoras (Artículo 109, Ley 100 de 1993). No obstante, cuando el afiliado adquiere la calidad de pensionado, el monto de la cuenta de ahorro pensional deja de incrementarse con base en aportes mensuales que haga el pensionado y la administradora de pensiones asume costos financieros adicionales. Permitir el traslado de una entidad administradora de pensiones a otra, una vez se ha adquirido la calidad de pensionado puede poner en riesgo la sostenibilidad del sistema, aumentar los costos de los servicios administrativos y financieros, y desestimular la obtención de mayores niveles de rentabilidad a través de inversiones de mediano y largo plazo, dado que la posibilidad de traslado quedaría sujeta al capricho del pensionado.

5.4 Igualmente, en la sentencia C-086 de 2002 [29] , la Corte Constitucional indicó que en consideración de los cargos de inconstitucionalidad formulados, el Régimen de Ahorro Individual no es contrario al principio de solidaridad, toda vez que "en este subsistema se da la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores

económicos y las comunidades, bajo la protección del más fuerte hacia el más débil, en la medida en que se puede obtener una pensión mínima que ampare al afiliado en su vejez o invalidez y a los beneficiarios de una pensión de sobrevivientes en caso de muerte, sino también el financiamiento para aquellos afiliados cuyos recursos son insuficientes." Así mismo, señaló que dicho régimen no vulnera el derecho a la igualdad de quienes reciben prestaciones económicas diferentes a las previstas para los afiliados al Régimen de Prima Media, pues en virtud del principio de libertad de configuración legislativa "la Ley 100 de 1993 contiene una regulación diferente para cada uno de los regímenes pensionales, apoyada en el principio de la libre elección que permite a los afiliados escoger el subsistema que más se ajuste a sus necesidades, de tal suerte que el futuro pensionado se somete por su propia voluntad a un conjunto de reglas diferentes para uno y otro régimen, y simplemente se hará acreedor a los beneficios y consecuencias que reporte su opción." 5.5 Por su parte, en la sentencia C-389 de 2000 [30] , la Corte declaró exequibles los apartes demandados del artículo 117 de la Ley 100 de 1993 y de los artículos 3, 4, 7 y 11 del Decreto 1299 de 1994, mediante los cuales de define la metodología para calcular el valor del bono pensional que para el efecto diferencia la situación de los hombres y las mujeres, a partir de la consideración de su edad y sin referencia al Régimen de Prima Media. Al respecto, el Tribunal constitucional estimó:

"El análisis precedente muestra entonces que la Vista Fiscal tiene razón en que la edad de jubilación en el régimen de prima media no es relevante para establecer cuál debe ser la edad para calcular el bono pensional, o para señalar cuando éste puede redimirse, puesto que precisamente ese bono es utilizado para trasladarse del sistema de prima media a aquel de ahorro individual. Por ende, si ese bono existe para abandonar el régimen de prima media y entrar en el otro régimen ¿qué sentido tiene exigir que la edad de referencia para su cálculo, o para su redención, sea igual a la edad de jubilación en el sistema que se está dejando? No existe ninguna razón. Por el contrario, como bien lo señala la Vista Fiscal, lo razonable es que para fijar esa edad de referencia para el cálculo o la redención del bono, la ley recurra a un elemento propio del sistema de ahorro individual." 5.6 Así mismo, en la sentencia C-538 de 1996 [31] , la Corte analizó la constitucionalidad de los artículos 65, 83 y 84 de la Ley 100 de 1993, con fundamento en la presunta afectación del derecho a la igualdad. En criterio del demandante, esas normas consagran la garantía estatal de pensión mínima de vejez en el régimen de ahorro individual, de manera abiertamente desigual respecto de la forma como se consagra la misma garantía en el Régimen de Prima Media. Al respecto, la Corporación declaró la exequibilidad de dichas normas y en este sentido afirmó:

"La ley dispuso la creación de un sistema dual, que comprende subsistemas que operan cada uno en forma autónoma e independiente y, además excluyente, lo cual, a juicio de la Corte, se adecua a los, mandatos constitucionales; por lo tanto, no es válido, como lo pretende el demandante, unificar los regímenes en materia de pensión mínima, porque de este modo se iría en contra de la voluntad del legislador, fundada en el consenso político logrado en el Congreso y en los sectores mas representativos de la comunidad, en el sentido de consagrar la dualidad de regímenes y que la participación de los particulares en la prestación de seguridad social no excluyera al Instituto de Seguros Sociales." 5.7 En la sentencia C-410 de 1994 [32] , la Corte se ocupó de determinar la constitucionalidad de la distinción entre hombres y mujeres que prevén los artículos 33, 36, 61, 64, 65, 117 y 133 de la Ley 100 de 1993, con relación a la edad para acceder a la pensión de vejez. En esa oportunidad, la Corporación precisó que a diferencia de lo indicado en la demanda, dicha distinción pretende proteger a la mujer de la discriminación histórica de la cual ha sido víctima. En esta oportunidad expresó:

"La previsión de una edad diferente, menor en la mujer, para acceder a la pensión de vejez y a la pensión sanción, así como para otros efectos pensionales, es una medida que precisamente, toma en consideración fenómenos sociales anómalos con un indudable propósito corrector o compensador que se acomoda muy bien a la normativa constitucional que lejos de ser contrariada resulta realizada." 5.8 Ahora bien, con relación al reajuste anual de las pensiones de acuerdo con el Índice de Precios al Consumidor, mediante la sentencia C-387 de 1994 [33] , la Corte estudió la exequibilidad del

aparte del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 que dispone que las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno.

En esta ocasión, la Corporación analizó el cargo según el cual, esa disposición viola los artículos 13, 46, 48, 53 y 58 de la Constitución Política, pues coloca en situación de desventaja a quienes devengan el salario mínimo legal mensual vigente respecto de las personas que reciben pensiones superiores, dado que a éstos su mesada se aumenta conforme a la variación porcentual del IPC que, para la fecha de la demanda, presentó una variación superior al incremento del salario mínimo legal.

En tal sentido, la Corte manifestó: "El artículo 14 de la ley 100 de 1993, al cual pertenece el aparte demandado, consagra como regla general, el reajuste anual automático de las pensiones de invalidez, vejez o jubilación, y de sustitución o sobrevivientes, en los dos sistemas establecidos en el régimen general de pensiones (régimen solidario de prima media con prestación definida y régimen de ahorro individual con solidaridad), el cual deberá realizarse el primero de enero de cada año. De la misma manera, se establecen dos factores para efectos de determinar el valor del incremento correspondiente, a saber:

el índice de precios al consumidor y el aumento del salario mínimo, cuya utilización depende del monto mensual de la pensión, así: 1. Si el valor de la pensión es mayor que el salario mínimo mensual vigente, el reajuste se hará de acuerdo a la variación porcentual del índice de precios al consumidor que certifique el DANE, para el año inmediatamente anterior.

2. Si el valor de la pensión es igual al salario mínimo mensual vigente, el reajuste se hará en el mismo porcentaje en que se incremente éste." (Negrilla fuera del texto original).

En este orden, frente a la alegada afectación del derecho a la igualdad de quienes devengan un salario mínimo, la citada sentencia precisó: " Para la Corte es evidente que ese tratamiento distinto ante situaciones iguales, a la luz de los cánones constitucionales, tiene una justificación clara y razonable, cual es la de dar especial protección a aquellos pensionados que por devengar una pensión mínima se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás. En consecuencia, ha decidido el legislador que el valor de la pensión para esas personas se reajuste en un porcentaje igual al del salario mínimo legal mensual, con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna." Sin embargo, la Corte señaló que aunque el aparte demandado del artículo 14 de la ley 100 de 1993 por sí sólo no vulnera la Constitución, su aplicación sí puede resultar lesiva para los derechos fundamentales de los pensionados, en el evento en que el salario mínimo se incremente en cuantía inferior al índice de precios al consumidor, pues se crearía una discriminación injustificada entre los pensionados que devenguen más del salario mínimo, frente a los que perciben únicamente el valor correspondiente a éste.

En consecuencia, la Corte resolvió: "la Corte declarará exequible lo demandado, en forma condicionada, esto es, sujeto a la interpretación que se hará en seguida, criterio que el Procurador General de la Nación comparte:

En caso de que la variación porcentual del índice de precios al consumidor, certificado por el DANE, para el año inmediatamente anterior a aquel en que se vaya a efectuar el reajuste de las pensiones, SEA SUPERIOR al porcentaje en que se incremente el salario mínimo mensual, las personas cuya pensión sea igual al salario mínimo mensual vigente, tendrán derecho a que ésta se les aumente conforme a tal índice." (Negrilla fuera del texto original).

5.9 En suma, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, en virtud del principio de libertad de configuración legislativa, el funcionamiento y organización del Sistema General de Pensiones puede ser regulado y desarrollado. Sin embargo, dicha regulación encuentra límites en las normas y principios constitucionales,

particularmente, en el deber de solidaridad y en los derechos fundamentales a la igualdad, al mínimo vital y a la seguridad social.

6. Estudio del caso concreto. 6.1 De acuerdo con los hechos que fundamentan la presente acción de tutela, e l accionante, quien tiene 60 años de edad [34] , se encuentra afiliado al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. desde el 1 de diciembre de 1998 [35] .

Dado lo anterior, el 26 de mayo de 2004, bajo la modalidad pensional de retiro programado y previo el cumplimiento de los requisitos legales previstos para el efecto, Porvenir S.A. reconoció a su favor el derecho a la pensión de vejez, con base en un capital ahorrado de $222.383.837 y una mesada pensional de $1.110.150 [36] .

Según lo sostenido por el actor en el escrito de tutela, de acuerdo con la información reportada por Porvenir S.A. en los extractos de su cuenta de ahorro individual, ésta se ha descapitalizado considerablemente.

Al respecto, concluyó: “[L]a Administradora de mi Fondo pensional Porvenir S.A. en su dimensión antiética, me ha hurtado el valor de $36.252.584., y también ha violentado de manera infraganti el artículo 101 de la Ley 100 de 1993, donde ´las sociedades administradoras de los fondos de pensiones obligatorias deben garantizar a los afiliados (pensionados) una rentabilidad mínima que será determinada por el Gobierno Nacional´.” Del mismo modo, en criterio del accionante, dada la descapitalización de su cuenta de ahorro individual, el incremento de su mesada pensional no se ha efectuado de conformidad con la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, IPC, parámetro que a su juicio es obligatorio para el aumento anual de todos los salarios y pensiones.

6.2 Por ello, el actor solicitó que el juez de tutela ordenara el traslado del capital de su cuenta de ahorro individual que se encuentra en el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a fin de sea ésta la entidad que le pague su pensión de vejez; y el incremento de su mesada pensional de conformidad con la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, IPC.

6.3 Por su parte, durante el trámite de la presente acción, Porvenir S.A. solicitó denegar el amparo invocado. Para argumentar su solicitud, afirmó que a diferencia de lo sostenido en el escrito de tutela, la cuenta de ahorro individual del actor no se encuentra descapitalizada. De hecho, precisó que por el contrario, ha percibido $117.318.729 de rentabilidad.

Adicionalmente, Porvenir explicó que de conformidad con el Régimen de Ahorro Individual, la modalidad de retiro programado implica que la rentabilidad de la cuenta se encuentra supeditada a las fluctuaciones del mercado. Así, a su juicio, si el accionante deseaba garantizar un incremento fijo de su pensión según la variación porcentual del IPC, aunque tenía la opción de la modalidad de renta vitalicia, optó por el retiro programado. En este orden, argumentó que el incremento de las mesadas pensionales en concordancia con el IPC, podría llegar a descapitalizar la cuenta de ahorro individual del accionante y de esta forma, sus recursos resultarían insuficientes para cubrir la totalidad de sus mesadas pensionales.

6.4 Con base en lo anterior, la Corte debe examinar si la presente acción de tutela es procedente para (i) disponer el traslado del capital de la cuenta de ahorro individual del accionante que se encuentra en el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a fin de que sea ésta la entidad que le pague su pensión de vejez; (ii) determinar si dicha cuenta, cuyo propósito es el pago de su pensión de vejez bajo la modalidad de retiro programado, se ha descapitalizado, y decidir las medidas que correspondan; y, (iii) ordenar al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. el incremento de su pensión de vejez de conformidad con la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, IPC.

6.5 En concordancia con los fundamentos normativos de esta decisión, la Corte encuentra que las pretensiones de tutela relativas a disponer el traslado del capital de la cuenta de ahorro individual del accionante a otro fondo de pensiones;

y, determinar si dicha cuenta se ha descapitalizado a fin de decidir las medidas que correspondan, son improcedentes por las siguientes razones.

Entre el accionante y el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. existe una relación de tipo contractual. En virtud de este vínculo, las partes pactaron las condiciones con fundamento en las cuales, bajo la modalidad pensional de retiro programado y previo el cumplimiento de los requisitos legales, Porvenir S.A. paga al actor una pensión de vejez. Al respecto, es claro que el accionante eligió libre y voluntariamente este Fondo de pensiones y la modalidad de pensión, y aceptó las contingencias y riesgos que se derivan de dicha elección.

Ahora, es claro que la decisión de trasladar el capital de la cuenta de ahorro individual a otro fondo de pensiones, así como determinar las medidas necesarias para conjurar la presunta descapitalización de la misma, involucra la efectividad de derechos de rango legal que surgieron de la celebración del contrato en cuestión y de las condiciones y términos pactados para su ejecución.

Por ello, la decisión acerca de si durante la ejecución de dicho contrato Porvenir S.A. incumplió los términos y condiciones que sustentan y enmarcan el vínculo contractual referido, no corresponde al juez de tutela, pues su competencia se circunscribe al amparo de los derechos fundamentales. Es al juez ordinario, dados los mecanismos y medios de defensa judicial previstos por el legislador para el efecto, a quien le corresponde determinar si durante el desarrollo del contrato suscrito por las partes se afectaron los derechos de rango legal invocados por el accionante en este sentido. Por tanto, es la jurisdicción ordinaria la que debe estimar si debe prosperar la solicitud de traslado del capital de la cuenta de ahorro individual del accionante a otro fondo de pensiones, así como la determinación de si su cuenta de ahorro individual se ha descapitalizado a fin de decidir las medidas que correspondan.

Finalmente, de acuerdo con los hechos y pruebas que sustentan la solicitud de tutela, no existen razones suficientes para considerar que los medios ordinarios de defensa no son idóneos para garantizar la protección invocada o que se está ante la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable. Por último, es evidente que el actor no es sujeto de especial protección constitucional.

6.6 Ahora bien, cosa distinta ocurre con la solicitud de incremento de la pensión de vejez de conformidad con la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, IPC, pues de acuerdo con los fundamentos normativos de esta sentencia, existen razones suficientes para considerar que la omisión de Porvenir S.A. en este sentido afecta el derecho fundamental al mínimo vital del accionante y, en consecuencia, para admitir que la acción de tutela es el mecanismo judicial idóneo para otorgar la protección invocada.

En efecto, esta Sala encuentra que contrariamente a lo expuesto en las consideraciones generales de esta sentencia, durante el trámite de esta acción Porvenir S.A.

aceptó que las pensiones de vejez reconocidas por esa Entidad en el marco de la modalidad de retiro programado -como en el caso del actor-, no se incrementan anualmente de conformidad con la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, IPC.

[37] De hecho, de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente de tutela, está demostrado que a pesar de que en el año 2004 Porvenir reconoció al actor una mesada pensional de $ 1.110.150, cuatro años después ésta sólo se ha incrementado en $49.250, esto es, $1.159.400 [38] ;

monto que de ninguna manera guarda relación con las variaciones porcentuales del IPC desde el año 2004, pues en aplicación de la información disponible por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística [39] , independientemente de los rendimientos de su cuenta de ahorro individual, en la actualidad el actor debería devengar como mínimo una mesada pensional de $1.356.031 aproximadamente [40] .

Dado lo anterior, es claro que Porvenir S.A. no ha tenido en cuenta que a la luz de las normas que regulan la materia, en el marco del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el afiliado tendrá derecho al reconocimiento de la pensión de vejez, cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual le permita obtener una pensión mensual superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente, "reajustado anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE.

[41] " Igualmente, que en cualquiera de los dos regímenes de pensión -Régimen de Prima Media con Prestación Definida y de Ahorro Individual con Solidaridad- c on el objeto de que las pensiones mantengan su poder adquisitivo constante, éstas deben ser reajustadas cada año, así: si la mesada es superior al salario mínimo legal mensual vigente, debe ser reajustada de conformidad con la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor del año inmediatamente anterior; pero, si es igual al salario mínimo legal mensual vigente, se reajustará de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el gobierno [42] .

Entonces, la decisión de Porvenir S.A. de no incrementar de acuerdo con el IPC la pensión de vejez reconocida a favor del actor vulnera su derecho fundamental al mínimo vital pues, como se dijo en los enunciados normativos de esta sentencia, el reajuste anual de las pensiones permite corregir la desvalorización constante y progresiva de la moneda y mantener el poder adquisitivo de esa prestación económica.

De ahí que si la pensión del accionante no es reajustada en las condiciones previstas en la ley, necesariamente, en términos reales, se seguirá viendo reducida o congelada debido a que progresivamente perderá su poder adquisitivo. Por esto, dado que el incremento anual de esa pensión busca garantizar que su valor no se deteriore frente al costo de los bienes y servicios que el actor requiere para su subsistencia, la omisión respecto de tal incremento implica la vulneración de su derecho fundamental al mínimo vital, debido a que cada año sus posibilidades de acceder a dichos bienes y servicios será más limitada.

En este orden, es necesario recordar a Porvenir S.A. que el grado de rentabilidad de la cuenta de ahorro individual del accionante no puede afectar el incremento anual de su pensión de vejez en concordancia con la variación porcentual del IPC, porque este es un derecho que involucra directamente la efectividad de su derecho fundamental al mínimo vital.

Así mismo, porque, como lo expresó la Corte en la sentencia C-530 de 2006 [43] -citada en los fundamentos de esta sentencia-, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad los conceptos de rentabilidad y de mantenimiento del poder adquisitivo constante de la moneda frente a la inflación de la economía son distintos y pueden coincidir o no.

En tal sentido, es importante tener claro que, como lo dijo esta Corporación, la rentabilidad en uno de los posibles medios para garantizar que las pensiones no pierdan poder adquisitivo. En efecto, en esa oportunidad, esta Corporación concluyó que "la consagración de una rentabilidad mínima de las cotizaciones depositadas en las cuentas de ahorro pensional individual de los afiliados al Sistema General de Pensiones teniendo en cuenta los rendimientos del mercado financiero no genera por sí misma el mantenimiento del poder adquisitivo constante de aquellas.

En este orden de ideas, así como dicha rentabilidad puede ser inferior a este último, también puede ser igual o superior al mismo, (…). Por otra parte, la Corte encuentra que dicha garantía de rentabilidad mínima es uno de los posibles medios, aunque no el único, que consagra la regulación legal del Sistema de Seguridad Social Integral para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante, como lo exige el Art. 48 superior, los cuales son razonables e idóneos." (Negrilla fuera del texto original).

Así mismo, es deber reiterar que la Corte advirtió que " si en el futuro este medio o estos medios utilizados para dar cumplimiento al fin perseguido, esto es, al mandato del Art. 48 de la Constitución para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante, no logran el objetivo, deben ser reemplazados por otro u otros medios idóneos para ello." [44] De cualquier modo, se reitera a Porvenir S.A. que en el marco del Sistema General de

Pensiones, su funcionamiento y organización encuentra límites en las normas y principios constitucionales, particularmente, en el deber de solidaridad y en los derechos fundamentales a la igualdad, al mínimo vital y a la seguridad social , y que tiene el deber de garantizar, incluso con su patrimonio, una rentabilidad mínima del fondo de pensiones que administra.

6.7 En suma, dado que quedó demostrado que Porvenir S.A. vulneró el derecho fundamental al mínimo vital del accionante, toda vez que omitió dar cumplimiento a su deber legal y constitucional de incrementar anualmente su pensión de vejez de conformidad con la variación porcentual del IPC, esta Corporación revocará la decisión adoptada el 26 de junio de 2008 por el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Bogotá, y en su lugar, concederá el amparo invocado.

En consecuencia, en primer lugar, ordenará al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. que dentro del término de las 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, pague a favor del actor el monto total correspondiente a la suma de los reajustes anuales de la pensión de vejez dejados de cancelar por Porvenir S.A., según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE para cada año inmediatamente anterior al reajuste respectivo , desde el año siguiente al reconocimiento de la pensión.

En segundo lugar, ordenará al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. que en lo sucesivo, incremente anualmente la pensión de vejez del actor de conformidad con la variación porcentual del IPC certificada por el DANE para el año inmediatamente anterior al reajuste.

Por último, se advierte que el accionante podrá acudir ante la jurisdicción ordinaria para obtener el pago de otras sumas de dinero, como los intereses causados sobre las sumas de dinero dejadas de pagar por Porvenir S.A.

IV. DECISIÓN En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política, RESUELVE :

Primero.- REVOCAR la decisión adoptada el veintiséis (26) de junio de 2008 por el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Bogotá, dentro del trámite de la acción de tutela interpuesta por Armando Moreno Tascón contra el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Segundo.- DECLARAR la improcedencia de la presente acción de tutela con relación a las pretensiones relativas a disponer el traslado del capital de la cuenta de ahorro individual de Armando Moreno Tascón a otro fondo de pensiones; y determinar si dicha cuenta se ha descapitalizado, para decidir las medidas que correspondan.

Tercero.- DECLARAR la procedencia de la presente acción de tutela con relación a la pretensión relativa al incremento de la pensión de vejez reconocida a favor de Armando Moreno Tascón, de conformidad con la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, IPC.

Cuarto.- ORDENAR al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. que dentro del término de las 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, pague a favor del actor el monto total correspondiente a la suma de los reajustes anuales de la pensión de vejez dejados de cancelar por Porvenir S.A., según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE para cada año inmediatamente anterior al reajuste respectivo , desde el año siguiente al reconocimiento de la pensión.

Quinto.- CONCEDER la tutela del derecho fundamental al mínimo vital, y por consiguiente, ORDENAR al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. que en lo sucesivo, incremente anualmente la pensión de vejez de Armando Moreno Tascón de conformidad con la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, IPC, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior al reajuste.

Sexto.- DÉSE cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991. Notifíquese, comuníquese, publíquese en la gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JAIME ARAÚJO RENTERÍA Magistrado Ponente MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA Magistrado Con aclaración de voto JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO Magistrado MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO Secretaria General ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA A LA SENTENCIA T-1052 de 2008 CUENTA DE AHORRO INDIVIDUAL DE PENSION- Si se ha descapitalizado, la tutela no es el mecanismo a utilizar (Aclaración de voto) Consideré esencial que dentro de la modalidad de retiro programado se declarara que la acción de tutela no puede ser utilizada para evitar lo que el accionante denominó una descapitalización. En esta modalidad, tanto el cotizante como el pensionado asumen el riesgo de que el capital se reduzca, así como reciben el beneficio de que dicho capital aumente. Comparto, entonces, que la tutela en este aspecto no haya sido concedida.

FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS- Incremento de la pensión de vejez de conformidad con la variación porcentual del IPC/ INDEXACION DE LA PENSION DE VEJEZ EN LA MODALIDAD DE RETIRO PROGRAMADO (Aclaración de voto) Estimé importante que la Sala Primera de Revisión, al proteger el derecho a la indexación de las mesadas pensionales, se abstuviera de fijar criterios detallados de carácter técnico que pudieran conducir a hacer nugatoria la primera decisión sobre la descapitalización. Por eso, si bien la tutela fue concedida en punto a la indexación de la pensión– determinación que comparto – la Sala dejó un margen para definir la manera como ha de hacerse la correspondiente indexación dentro de la modalidad de retiro programado, a diferencia de la manera como probablemente ha de realizarse dentro de las modalidades de renta vitalicia. Y, por supuesto, a diferencia de una pensión dentro de un régimen completamente distinto al del ahorro individual, como sería el de prima media con prestación definida. Resalto que la Sala no ordenó que se tomara el monto de la primera mesada pensional y se aplicara el IPC sobre la misma cada año, porque ello conduciría a que dicha mesada aumentara cada año únicamente con base en (i) el valor de la mesada anterior, y (ii) el aumento del IPC, así el capital disminuyera significativamente, impidiendo así que en la modalidad de retiro programado una eventual descapitalización se reflejara en el monto de la pensión. En sentido contrario, también es necesario advertir que la Sala concluyó que el hecho de que el capital pueda disminuir y por ende que el monto de la pensión también pueda bajar, no puede servir de excusa para dejar de indexar. La indexación ha de hacerse una vez efectuada la correspondiente reliquidación de la pensión para el respectivo año. Las formas técnicas para efectuarla deben ser compatibles con las características de dicho régimen.

Referencia: expediente T-1968218 Acción de tutela instaurada por Armando Moreno Tascón contra el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Magistrado Ponente: JAIME ARAÚJO RENTERÍA Aclaro mi voto para subrayar dos aspectos importantes que me condujeron a no disentir de lo resuelto en el presente caso atinente a la evolución de una pensión dentro del régimen de ahorro individual cuando ésta se encuentra sujeta a la modalidad de retiro programado.

En primer lugar, consideré esencial que dentro de la modalidad de retiro programado se declarara que la acción de tutela no puede ser utilizada para evitar lo que el accionante denominó una descapitalización . En esta modalidad, tanto el cotizante como el pensionado asumen el riesgo de que el capital se reduzca, así como reciben el beneficio de que dicho capital aumente. Comparto, entonces, que la tutela en este aspecto no haya sido concedida.

En segundo lugar, estimé importante que la Sala Primera de Revisión, al proteger el derecho a la indexación de las mesadas pensionales, se abstuviera de fijar criterios detallados de carácter técnico que pudieran conducir a hacer nugatoria la primera decisión sobre la descapitalización . Por eso, si bien la tutela fue concedida en punto a la indexación de la pensión– determinación que comparto – la Sala dejó un margen para definir la manera como ha de hacerse la correspondiente indexación dentro de la modalidad de retiro programado, a diferencia de la manera como probablemente ha de realizarse dentro de las modalidades de renta vitalicia. Y, por supuesto, a diferencia de una pensión dentro de un régimen completamente distinto al del ahorro individual, como sería el de prima media con prestación definida.

Resalto que la Sala no ordenó que se tomara el monto de la primera mesada pensional y se aplicara el IPC sobre la misma cada año, porque ello conduciría a que dicha mesada aumentara cada año únicamente con base en (i) el valor de la mesada anterior, y (ii) el aumento del IPC, así el capital disminuyera significativamente, impidiendo así que en la modalidad de retiro programado una eventual descapitalización se reflejara en el monto de la pensión.

En sentido contrario, también es necesario advertir que la Sala concluyó que el hecho de que el capital pueda disminuir y por ende que el monto de la pensión también pueda bajar, no puede servir de excusa para dejar de indexar.

La indexación ha de hacerse una vez efectuada la correspondiente reliquidación de la pensión para el respectivo año . Las formas técnicas para efectuarla deben ser compatibles con las características de dicho régimen.

Ahora bien, en esta sentencia la Sala no aborda temas trascendentales que no fueron objeto de la tutela presentada. Como por ejemplo: ¿En qué momento debe hacerse dicha reliquidación? ¿Qué lapso debe tomarse como referente para asegurar que las pensiones mantiengan su poder adquisitivo dentro de esta modalidad pensional? ¿Qué sucede si la pensión recalculada ante la disminución del capital es inferior a un cierto mínimo? ¿Qué derechos tiene el pensionado si la mesada disminuye en una cuantía proporcionalmente muy grande? Son estas algunas de las preguntas que han adquirido una nueva dimensión después de la reforma al artículo 48 de la Constitución efectuada por el Acto Legislativo 01 de 2005.

Además, como la Sala no tenía que abordar éstas y otras cuestiones para resolver el caso concreto, optó por circunscribirse al aspecto puntual sobre indexación, sin referirse a los decretos relacionados con la rentabilidad mínima (Decreto 2664 de 2007) y la garantía de Fogafin (Decreto 2765 de 2007).

Por último, cabe señalar que la Sala partió en esta sentencia de las normas vigentes y se circunscribió a reiterar la jurisprudencia en lo que respecta a la indexación de las pensiones. En sede de tutela no cabía hacer un pronunciamiento general sobre la constitucionalidad de las normas legales que configuraron la modalidad del retiro programado. Tampoco es esta aclaración de voto la oportunidad para adelantar consideraciones al respecto puesto que el tema no fue planteado ni abordado en el fallo de tutela.

Fecha ut supra , MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA Magistrado [1] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Mediante esta sentencia, la Corte Constitucional declaró “ EXEQUIBLES la expresión "salarios devengados en el último año de servicios", contenida en el numeral 1) del artículo 260 del C. S. T. y el numeral 2) de la misma disposición, en el entendido que el salario base para la liquidación de la primera mesada pensional de que trata este precepto, deberá ser actualizado con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor, IPC, certificado por el DANE.” [2] Con relación a la procedencia de la acción de tutela, previo el agotamiento de los recursos de defensa judicial extraordinarios, en la sentencia T-541 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, la Corte sostuvo:

“En un principio, la jurisprudencia de la Corte entendía que quedaban agotados los medios judiciales cuando el peticionario había interpuesto los recursos ordinarios (reposición, apelación, nulidad). Sin embargo, con el fin de reforzar el carácter subsidiario de la acción de tutela, así como el papel del juez ordinario como defensor de los derechos fundamentales, hace algunos años la Corte comenzó la elaboración de una doctrina, -hoy jurisprudencia consistente y reiterada-, en el sentido de exigir, como requisito de procedencia de la acción, el agotamiento de todos los mecanismos de defensa previstos, ya sean ordinarios o extraordinarios (Esta regla general cuenta con muy pocas excepciones referidas a la defensa de los derechos fundamentales de sujetos de especial protección que se encontraban absoluta y radicalmente imposibilitados para interponer oportunamente los recursos ordinarios de defensa y siempre que la afectación del derecho resulte desproporcionada respecto de la defensa de la importante garantía procesal que acá se comenta. Al respecto, pueden consultarse entre otras, las sentencias T-329/96; T-573/97; T-654/98; T-289/03.).” [3] M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

[4] En este sentido, pueden consultarse las sentencias T-441 de 2003 y T-742 de 2002, entre otras. [5] Sentencia T-606 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

[6] Sentencias T-997 de 2007, T-269 de 2007 y T-185 de 2007. [7] Ver ente otras, las sentencias: T-656 de 2006, T-435 de 2006, T-768 de 2005, T-651 de 2004, y T-1012 de 2003.

T-1140 de 2004, T-1093 de 2004, T-514 de 2003 y T-1121 de 2003. [8] M.P. Alfredo Beltrán Sierra. [9] Sentencia T-600 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-1198 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-1157 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-321 de 2000 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), y SU-250 de 1998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

[10] Sentencia T-384 de 1998 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra). [11] Ver, entre muchas otras, las sentencias T-225 de 1993 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), T-253 de 1994 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) y T-142 de 1998 (M.P. Antonio Barrera Carbonell).

[12] Artículo 33 y siguientes de la Ley 100 de 1993. [13] Artículo 38 y siguientes de la Ley 100 de 1993. [14] Artículo 46 y siguientes de la Ley 100 de 1993.

[15] Sobre la administración del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se pueden consultar los artículos 52 de la Ley 100 de 1993 y 155 de la ley 1151 de 2007 “Por medio de la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006 – 2010” [16] Artículos 60 y 63 de la Ley 100 de 1993.

[17] Artículo 79 de la Ley 100 de 1993. [18] Artículo 60 de la Ley 100 de 1993. [19] Artículo 62 de la Ley 100 de 1993. [20] Ibídem. [21] Artículos 65 y 68 de la Ley 100 de 1993.

[22] Artículos 80, 81 y 82 de la Ley 100 de 1993. [23] Artículo 79 de la Ley 100 de 1993. [24] Artículo 82 de la Ley 100 de 1993. [25] Sobre el particular, se puede consultar la sentencia C-387 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[26] Al respecto, se pueden consultar las sentencias: C-530 de 2006, C-110 de 2006, C-841 de 2003, C-086 de 2002, C-389 de 2000, C-538 de 1996, C-410 de 1994 y C-408 de 1994.

[27] M.P. Jaime Araújo Rentería. [28] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. [29] M.P. Clara Inés Vargas Hernández. [30] M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[31] M.P. Antonio Barrera Carbonell. [32] M.P. Carlos Gaviria Díaz. [33] M.P. Carlos Gaviria Díaz. En igual sentido, se puede consultar la sentencia C-408 de 1994, Fabio Morón Díaz.

[34] Cfr. Folio 6 del cuaderno 2. [35] Cfr. Folio 21 del cuaderno 2. [36] Cfr. Folios 22 y 23 del cuaderno 2. [37] Cfr. Folios 57 a 74 del cuaderno 2. E n su escrito de impugnación de la decisión de primera instancia, el Fondo de Pensiones Porvenir S.A. afirmó:

“Si el accionante deseaba garantizar un IPC anual fijo podía seleccionar la modalidad pensional denominada renta vitalicia.” Igualmente, señaló:

“El incremento de [la] mesada pensional en la modalidad de retiro programado puede o no darse ya que depende del cálculo de un valor anual de mesada que se encuentra en función del capital existente en la cuenta individual de ahorro pensional, incluidos los rendimientos financieros. Es decir, bajo esta modalidad el valor de la mesada es consecuencia directa del valor del capital acumulado y los rendimientos generados por el mismo, por lo que el afiliado asume el riesgo de que el valor de la mesada pueda disminuir.” Así mismo, indicó:

“La mesada pensional contratada bajo la modalidad de retiro programado puede aumentar, disminuir o continuar igual a la del año inmediatamente anterior, pues como lo hemos manifestado, su cálculo se realiza en función del saldo existente en la cuenta de ahorro pensional por disposición legal (artículo 81 de la Ley 100 de 1993).” [38] Cfr.

Folio 18 del cuaderno 2. [39] Página Web del Departamento Administrativo Nacional de Estadística: http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/ipc/sept08/IPC_Variacion.xls . De conformidad con esta información, la variación porcentual del IPC de 2004 fue de 5.50%; en 2005 de 4.85%; en 2006 de 4.48%; y en 2007 de 5.69%.

[40] Esto por cuanto, si se tiene que en el 2004, Porvenir S.A. reconoció a favor del actor una pensión de vejez de $1.110.150, y que las variaciones del IPC desde esta fecha han sido las siguientes: 2004 de 5.50%; 2005 de 4.85%; 2006 de 4.48%; y 2007 de 5.69%; se concluye que si se suma la variación porcentual del IPC certificado por el DANE para cada año inmediatamente anterior al reajuste respectivo , desde el año siguiente al reconocimiento de la pensión, en el 2005 el actor debió devengar como mínimo una mesada pensional de $1.171.208.25;

en el 2006, de $1.228.011.085; en el 2007, de $1.283.026.78; y en el 2008, de $1.356.031.00. [41] Cfr. Fundamento jurídico 4.4.1. [42] Cfr. Fundamento jurídico 4.5.

[43] M.P. Jaime Araújo Rentería. [44] Ibídem.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 12 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.