SU856-13

Sentencia SU856/13

PENSION DE JUBILACION O VEJEZ-Requisitos para la protección transitoria

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA PARA OBTENER EL RECONOCIMIENTO PENSIONAL

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD-Requisito de agotamiento de los recursos en sede administrativa y persistencia de la entidad en su decisión de no reconocer el derecho pensional

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE VEJEZ-Caso en que procede de manera transitoria para evitar perjuicio irremediable

ADULTO MAYOR O PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Personas que tengan 60 años o más, según ley 1276/09

MINIMO VITAL DE SUBSISTENCIA-Concepto no es meramente cuantitativo sino también cualitativo/DERECHO AL MINIMO VITAL-Tiene como característica ser cualitativo por lo que supone que cada cual viva de acuerdo al status adquirido durante su vida

Frente a lo que ha de entenderse como “mínimo vital de subsistencia” en el caso de la petición de reconocimiento o reliquidación pensional por vía de la acción de tutela como mecanismo transitorio, la Corte ha aclarado que el concepto de “mínimo vital cualitativo”, es decir, el conjunto de condiciones materiales necesarias para asegurar la congrua subsistencia de cada persona en particular.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL Y PROTECCION POR MEDIO DE ACCION DE TUTELA-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Reconocimiento del carácter fundamental en el ámbito internacional

ACCION DE TUTELA PARA PROTEGER EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL CUANDO SU AFECTACION SE DERIVA DEL RECONOCIMIENTO DE UNA PENSION-Reiteración de jurisprudencia

REGIMENES PENSIONALES CREADOS POR LA LEY 100 DE 1993-Aspectos generales

La protección otorgada por el régimen de transición tiene un vínculo inescindible con el derecho fundamental a la seguridad social y por esta vía con el derecho a la pensión de vejez, pues asegura unas condiciones más favorables para aquellas personas que, teniendo una expectativa legítima para acceder a su pensión de acuerdo a unas exigencias legales más favorables, no tendrían por qué ver menoscabado tal derecho con la expedición de una ley posterior. Ciertamente, el beneficio de este régimen de transición obligaba a que quien quisiese beneficiarse del mismo debían, para el 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, estar vinculados al sistema pensional vigente a esa fecha.

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE EL TRASLADO DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL AL REGIMEN DE PRIMA MEDIA EN EL CASO DE BENEFICIARIOS DEL REGIMEN DE TRANSICION

DECRETO 3995 DE 2008-Requisito de la equivalencia del ahorro y las opciones ante su incumplimiento

No se puede negar a los beneficiarios del régimen de transición su tránsito del sistema pensional de ahorro individual al 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.

TRASLADO DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL AL REGIMEN DE PRIMA MEDIA EN EL CASO DE BENEFICIARIOS DEL REGIMEN DE TRANSICION-No se puede negar el traspaso por incumplimiento del requisito de la equivalencia del ahorro sin darles la oportunidad de aportar el dinero en un tiempo razonable

DERECHO A LA PENSION DE VEJEZ, MINIMO VITAL Y LIBRE ESCOGENCIA DEL REGIMEN PENSIONAL-Vulneración por ISS al negar reconocimiento de pensión de vejez como beneficiario del régimen de transición, según Decreto ley 546/71

TRASLADO DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL AL REGIMEN DE PRIMA MEDIA EN EL CASO DE BENEFICIARIOS DEL REGIMEN DE TRANSICION-Caso en que ISS negó reconocimiento aduciendo que rendimientos financieros que produjo sus aportes pensionales durante el tiempo que estuvo afiliado al régimen de ahorro individual fueron inferiores a los que dichos aportes hubieses alcanzado de haber permanecido todo el tiempo en el régimen de prima media

DERECHO A LA PENSION DE VEJEZ, MINIMO VITAL Y LIBRE ESCOGENCIA DEL REGIMEN PENSIONAL-Se concede de forma transitoria y se ordena a Colpensiones, en caso de ser necesario, ofrecerle la posibilidad de aportar en un plazo de seis meses el dinero por la diferencia de rendimientos financieros

Referencia: expediente T-2.112.365

Acción de Tutela instaurada por Hernán Duarte Parrado en contra del Instituto de Seguros Sociales (ISS).

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil trece (2013).

La Sala Plena de la Corte Constitucional en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, y en el artículo 54A del acuerdo 05 de 1992, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia del once (11) de septiembre de dos mil ocho (2008) proferida por la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Villavicencio, la cual confirmó la sentencia del quince (15) de julio de dos mil ocho (2008) del Juzgado Primero Civil del Circuito de la misma ciudad, que negó la tutela incoada por Hernán Duarte Parrado en contra del Instituto de Seguros Sociales (ISS).

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Doce de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la Sentencia correspondiente.

1.1. SOLICITUD

El señor Hernán Duarte Parrado solicitó, como mecanismo transitorio, la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al mínimo vital, a la vida digna, al trabajo y a la seguridad social, presuntamente vulnerados por el Instituto de Seguros Sociales (ISS). Sustentó su solicitud en los siguientes hechos y argumentos de derecho:

1.1.1. HECHOS

1.1.1.1. Dice el actor que a la fecha de la demanda de tutela contaba con cincuenta y ocho (58) años de edad[1] y que había laborado para la Gobernación de Vaupés, la Rama Judicial, la Fiscalía General de la Nación y la Procuraduría General de la Nación, entidades con las que acreditó un total de 1027 semanas cotizadas tal y como lo confirma el ISS mediante Resolución.[2]

1.1.1.2. Tras considerar reunidos los requisitos de edad y semanas cotizadas, el señor Duarte Torrado solicitó al ISS el reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

1.1.1.3. En respuesta a la primera petición de reconocimiento pensional presentada por el actor, el ISS, en Resolución No. 032392 del 5 de octubre de 2005 negó dicho reconocimiento. Posteriormente, mediante Resolución No. 001328 del 5 de septiembre de 2006[3], que resolvió el recurso de apelación interpuesto por el accionante, el ISS confirmó la negativa al reconocimiento pensional fundando su decisión en el hecho de "que si bien es cierto que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el asegurado acreditaba 15 años de servicios prestados"(énfasis agregado)[4], el saldo de la cuenta de ahorro individual realizado a través del régimen de ahorro individual con solidaridad era inferior al monto del aporte legal que hubiere obtenido de haber permanecido todo el tiempo en el régimen de prima media. En efecto, la referida resolución dijo de manera

puntual lo siguiente:

“Que así lo certifica el Jefe de la Unidad de Planeación y Actuaria del ISS, mediante UPA 3153 DEL 28 DE JUNIO DE 2006, por medio del cual establece:

‘… el valor acumulado sobre las cotizaciones entre AGOSTO DE 1997 HASTA DICIEMBRE DEL 2001, debería ascender a la suma de $49.571.080 al 24 DE NOVIEMBRE DE 2004, fecha en la cual la AFP PORVENIR realiza el traslado del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual al ISS por un valor de $41.481.007, valor reportado por la oficina de Devolución de Aportes del ISS con oficio O. D. A. No 4020 DEL 16 DE MAYO DE 2003.

Por lo tanto, de acuerdo con el Artículo 3° del Decreto 3800 de 2003 EL SEÑOR HERNÁN DUARTE PARRADO no conservaría la transición en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS’.”(sic)

1.1.1.4. En una nueva petición de reconocimiento pensional, el ISS respondió al accionante reiterándole, que si bien reunía los requisitos para beneficiarse del régimen de transición[5] a que hace referencia el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el haberse trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad y cotizado al mismo a través de PORVENIR, le significó, al regresar al ISS a partir del 1° de febrero de 2002, la pérdida de los beneficios del régimen de transición. Explicó que su regreso al sistema de prima media con prestación definida no supuso el cumplimiento de la exigencia contenida en el literal b) del artículo 3 del Decreto 3800 de 2003, que dispone, que los aportes devueltos por PORVENIR al ISS, fueron inferiores a los rendimientos que los mismos hubiesen generado de haber permanecido en el régimen de prima media con prestación definida que administra el ISS. Por ello, por Resolución 011574 de 29 de marzo de 2007[6], el ISS negó el reconocimiento pensional solicitado.

1.1.1.5. Ante la negativa al reconocimiento pensional, el señor Duarte Parrado interpuso el recurso de reposición contra la mencionada resolución tras considerar inaceptable perder los beneficios del régimen de transición, para lo cual señaló que no existía norma alguna que exigiera el cumplimiento de lo argumentado por el ISS. Con todo, el accionante propuso que, a fin de lograr el reconocimiento pensional, estaba dispuesto a consignar el valor correspondiente a la supuesta diferencia de rendimientos[7] argumentada por el ISS.

1.1.1.6. No obstante, el 14 de septiembre de 2007, mediante Resolución 042083[8], el ISS, resolvió de forma contraria a lo dicho en la Resolución No. 001328 del 5 de septiembre de 2006. En efecto, en esta oportunidad, el ISS expuso como argumentos para su decisión, que el reclamante habría logrado los beneficios del régimen de transición por haber cumplido con el requisito de edad y no el de tiempo de servicio, pues si bien reconocía que éste había laborado para su empleador "CARIMAGUA", y que se habían efectivamente realizado los aportes a pensión, los mismos no se tendrían en cuenta por cuanto no estaba probado que el empleador hubiese hecho los aportes a salud correspondientes al mismo periodo laborado. En efecto, la referida resolución dice lo siguiente:

"que se desestiman las cotizaciones realizadas con el empleador "CARIMAGUA" en la medida que no demostró el pago a las cotizaciones a salud de acuerdo con lo establecido en el Decreto 510 de 2003."[9]

1.1.1.7. Explicó que según lo prescrito por el inciso 4 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, había perdido los beneficios del anotado régimen de transición al haberse trasladado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad. Por lo anterior, al no tener cumplidos los sesenta (60) años de edad, no le era posible acceder al reconocimiento pensional. Se expuso además, que los beneficios del régimen de transición no podían recuperarse por el hecho de consignar las diferencias que hubiesen existo por aportes y rendimientos[10](Énfasis agregado). Finalmente, advirtió el ISS que con la Resolución de septiembre 14 de 2007 se entendía agotada la vía gubernativa al no proceder ya recurso alguno.

1.1.1.8. Recuerda la Sala Plena, que mediante sentencia T-326 del 14 de mayo de 2009, la Sala Sexta de Revisión había concedido de mantera transitoria, el amparo de los derechos fundamentales del señor Duarte Parrado, aceptando en ese momento, que éste efectivamente cumplió con el requisito de los quince años de servicios prestados con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994.

1.1.1.9. De la misma manera se advierte, que mediante Auto de Sala Plena A 050 del 2012, esta Corporación aceptó la petición de nulidad presentada en su momento por el ISS, en cuyos argumentos jurídicos, jamás se controvirtió el cumplimiento por parte del

accionante, de los requisitos legales para beneficiarse del régimen de transición, referido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y de la existencia de los 15 años de servicios, al 1 de abril de 1994, necesarios para solicitar el retorno al régimen de prima media. Por el contrario, sus argumentos se dirigieron a controvertir las diferencias entre los rendimientos financieros entre un régimen y el otro.

1.1.2 ARGUMENTOS JURÍDICOS DE LA TUTELA

Como argumentos jurídicos que respaldan la solicitud de tutela, el demandante expone los siguientes:

1.1.2.1. En primer término, alega el señor Duarte Parrado, que al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993[11], ya contaba con más de cuarenta años de edad, por lo cual el régimen de transición contemplado en la referida norma le era aplicable y le daba derecho al reconocimiento pensional de conformidad con lo previsto por el Decreto ley 546 de 1971[12], que señalaba como requisitos: contar con cincuenta y cinco años de edad y veinte años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de ese Decreto, de los cuales por lo menos diez años debieron haberse cumplido al servicio de la Rama Judicial o del Ministerio Público. Así, para cuando solicitó al ISS el reconocimiento pensional, contaba ya con más de cincuenta y cinco años de edad y tenía acreditabas, según el mismo ISS, 1027 semanas cotizadas que equivalen a veinte años y un día.

1.1.2.2. Con base en las anteriores razones, el señor Duarte Parrado afirmó reunir los requisitos legales para acceder a la pensión, lo que consideró un derecho adquirido, el cual se encuentra garantizado por el artículo 53 de la Constitución, como por la jurisprudencia de la Corte Constitucional que fuera citada en esta demanda de tutela.

1.1.2.3. Sostiene de otra parte el accionante, que el ISS le exige el cumplimiento de una norma que no le es aplicable como era el haber tenido que permanecer en el régimen de prima media con prestación definida sin haber cotizado al régimen de ahorro individual con solidaridad. En este punto, recuerda que la Corte Constitucional no sólo ha rechazado la exigencia de cumplir requisitos no previstos en la Ley[13], sino que ha defendido igualmente la aplicación del principio de favorabilidad cuando existe un conflicto entre dos normas o frente a dos interpretaciones posibles de una misma disposición.

1.1.2.4. De otra parte, argumenta el demandante que la Constitución consagra la irrenunciabilidad de las garantías laborales mínimas, y la imposibilidad de transigir respecto de ellas. Por ello, estima que el no reconocimiento de su pensión en los términos del régimen de transición y las normas especiales consagradas para la Rama Judicial y el Ministerio Público, constituye una vía de hecho por desconocer su derecho adquirido a la seguridad social y el principio de favorabilidad.

1.1.2.5. Así mismo, afirma el actor que desde hace aproximadamente diez años padece de diabetes crónica la cual ha afectado gravemente su salud, obligándolo incluso a abandonar el ejercicio independiente de la profesión de abogado. Explicó que como padre de varias hijas, de las cuales tres aún estudian, el salario de ochocientos mil pesos mensuales que devenga en la actualidad como administrador de un hotel, no es suficiente para garantizar su mínimo vital y el de su familia, ni para mantener una vida en condiciones dignas.

1.1.2.6. Por todo lo anterior, el señor Duarte Parrado solicitó al juez de tutela el amparo transitorio de sus derechos fundamentales invocados a efectos de evitar un perjuicio irremediable. Para ello pidió que se ordenara al ISS, liquidar y pagar efectivamente su pensión de vejez, de conformidad con lo reglado por el artículo 6° del Decreto Ley 546 de 1971. Exigió igualmente, el reconocimiento de la "mesada 14", pues consideró que era beneficiario y acreedor de la misma, en tanto que para el momento en que presentó la documentación para solicitar el anotado reconocimiento pensional, el pago de dicha prestación aún no se había derogado.

1.2. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Recibida la solicitud de tutela, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Villavicencio la admitió y ordenó correr traslado al Instituto de Seguros Sociales.

Así, notificada la iniciación de esta acción de tutela al ISS, el término para responder venció en silencio.

1.3. PRUEBAS DOCUMENTALES OBRANTES DENTRO DEL EXPEDIENTE.

Obran en el expediente, entre otros, los siguientes documentos:

1.3.1. Copias de las resoluciones 011574 de marzo 29 de 2007, 042083 del 14 de septiembre de 2007 y 001328 del 5 de septiembre de 2006, proferidas por el Seguro Social – pensiones (folios 10 a 19).

1.3.2. Copias de las diferentes peticiones de reconocimiento pensional elevadas por el accionante ante el ISS de fecha 29 de julio y 19 de septiembre ambas de 2007 (folios 20 a 22).

1.3.3. Copia de la petición de reconocimiento pensional radicada el 18 de noviembre de 2004 (folios 23 a 26).

1.3.4. Registros civiles y certificaciones de estudio de tres hijas del demandante (folios 27 a 32).

1.3.5. Diagnóstico médico dictado por la IPS PROVENSALUD, en el que consta que el actor padece diabetes mellitus (folios 33 a 35).

1.4. DECISIONES JUDICIALES

1.4.1. Primera instancia

Mediante sentencia proferida el quince (15) de julio de dos mil ocho (2008), el Juzgado Primero Civil del Circuito de Villavicencio negó la tutela interpuesta por el señor Hernán Duarte Parrado. Para sustentar su decisión expuso los siguientes argumentos:

Explicó inicialmente que en la medida en que el régimen de transición fue regulado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el mismo le es aplicable a su caso en particular, pues aunque para cuando dicha norma entró a regir, sólo tenía catorce (14) años de cotizaciones, contaba ya con cuarenta y cuatro (44) años de edad, lo que lo hacía merecedor a este beneficio. Además, al momento de solicitar el reconocimiento pensional, ya había acumulado cotizaciones por más de veinte años, razón suficiente para pensionarse con base en las normas del régimen anterior al que se encuentra actualmente afiliado. Así, de conformidad con los artículos 48 y 53 constitucionales, tenía ya un derecho adquirido e irrenunciable.

En este sentido, el a quo transcribió in extenso la sentencia T-818 de 2007 que analizó la

situación de los beneficiarios del régimen de transición, que habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, retornaron posteriormente al régimen de prima media con prestación definida. Dicha providencia concluyó que el haber cotizado a las administradoras privadas de pensiones no implicaba la pérdida del derecho a pensionarse conforme al régimen más favorable.

Sin embargo, al analizar la procedencia de la acción de tutela dijo que "bien pudo existir una vía de hecho, con motivo de la expedición de los actos administrativos que negaron el derecho pensional, motivo por el cual debemos abordar la temática relativa a determinar si es la acción constitucional el mecanismo idóneo de acuerdo al caso en particular, para obtener dicho reconocimiento, o, si, para la protección de ese derecho se debe acudir a la acción ordinaria laboral".

Al estudiar la procedencia de la acción de tutela en el caso concreto, el a quo recordó los requisitos ya decantados por la jurisprudencia para su procedencia excepcional los cuales se encuentran contenidos en la Sentencia T-055 de 2006[14]:

"(i) que se trate de una persona de la tercera edad, para ser considerado sujeto especial de protección;

(ii) que la falta de pago de la prestación o su disminución, genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital,

(iii) que se haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial por el interesado tendiente a obtener la protección de sus derechos, y

(iv) que se acredite siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados. De este modo, deberá analizarse en cada caso concreto si se verifican estos requerimientos a fin de declarar la procedencia del amparo."[15]

A juicio del a quo, el demandante no cumplió con el primero de los anteriores requisitos, toda vez que para la fecha de interposición de la acción contaba con cincuenta y nueve (59) años de edad, por lo que no podía ser catalogado como persona de la tercera edad. En cuanto al segundo requisito, señala que no se demostró en el expediente la vulneración al

mínimo vital del accionante, más aún cuando él mismo señaló que en la actualidad se encontraba devengando un salario de ochocientos mil pesos mensuales ($800.000 M/cte.). En cuanto al presupuesto relativo a determinar el por qué el medio judicial ordinario resultaba ineficaz, el fallo advirtió que no hubo manifestación alguna al respecto. Agregó que las resoluciones del ISS que negaron las solicitudes de reconocimiento pensional presentadas por el demandante, fueron proferidas en septiembre de 2006 y en los meses de marzo y septiembre de 2007, sin que desde entonces "hubiese dado inicio a las acciones ordinarias pertinentes, lo que torna en inviable el amparo y no solo por no cumplirse el requisito de inmediatez, sino porque adicionalmente merced a su propia incuria e inoperancia ha dejado fenecer la acción contenciosa de que disponía para hacer valer sus derechos."

Explicó el fallo que el último acto administrativo dictado por el ISS se produjo el 14 de septiembre de 2007 y se notificó el 9 de noviembre del mismo año, momento a partir del cual el actor contó con cuatro (4) meses para intentar la acción contenciosa contra dicha resolución, lo cual no hizo.

Así las cosas, concluyó la sentencia de primera instancia que ante la inercia o descuido del tutelante de no acudir a los mecanismos ordinarios de defensa judicial, no puede considerarse la acción de tutela como una instancia adicional o alterna para reclamar sus derechos. Insistió en que en ningún momento el reclamante acudió a las acciones ordinarias laborales, a la acción contenciosa de restablecimiento del derecho o a la acción constitucional. En tal virtud, denegó por improcedente el amparo constitucional.

1.4.2. Impugnación

El demandante impugnó la anterior decisión proponiendo los siguientes argumentos:

Anota inicialmente, que si bien el a quo reconoció la vulneración de sus derechos pensionales y la vía de hecho en que incurrió el juez laboral al expedir los actos administrativos que negaron dichos derechos, estimó que el amparo constitucional era improcedente por no cumplirse con el requisito de inmediatez, así como por el hecho de no haber agotado las acciones ordinarias.

Para descartar la falta de inmediatez en la interposición de la presente tutela, el accionante

explicó que frente al último acto administrativo expedido por el ISS el 14 de septiembre de 2007, el cual le fuera notificado el 9 de noviembre siguiente, presentó la respectiva acción de nulidad el 29 de febrero de 2008, y posteriormente, el 29 de junio de ese mismo año, promovió la presente acción de tutela.

En lo referente a la alegada improcedencia del amparo, por existir otros medios de defensa judicial, el accionante manifestó que la acción constitucional se presentó como mecanismo transitorio, pues ya había recurrido por vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho las Resoluciones 012574 del 29 de marzo de 2007 y 042083 del 14 septiembre del mismo año (las que negaron y confirmaron el no reconocimiento pensional). Dicha acción, que se encuentra actualmente en trámite correspondió por reparto al Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Villavicencio.

En lo que respecta a los requisitos de procedencia de la acción de tutela en los casos en que el peticionario tiene a su alcance otro medio de defensa judicial, el accionante señaló que la Corte Constitucional ha explicado que si la situación fáctica da cuenta de que las condiciones materiales de la persona demuestran, que someterla a los trámites de un proceso ordinario resulta demasiado gravoso para sus derechos, entonces la acción de tutela será viable.

Prosigue el impugnante demostrando que en su caso la negativa a concederle la pensión afecta su mínimo vital, para lo que recuerda que es padre de tres hijas que aún estudian, una de las cuales no pudo ser matriculada para el siguiente período académico por falta de recursos económicos. Recuerda además, que desde hace varios años padece de diabetes mellitus y que el salario que actualmente devenga es insuficiente para atender sus necesidades personales y familiares. Recalcó que el trámite de un proceso ante la jurisdicción contencioso administrativa conlleva varios años, perpetuándose así la vulneración de sus derechos fundamentales, situación que a su parecer fue avalada por la sentencia de primera instancia que negó el amparo de sus derechos.

1.4.3. Sentencia de segunda instancia

Mediante Sentencia proferida el once (11) de septiembre de dos mil ocho (2008), la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Villavicencio confirmó la sentencia de primera instancia. En sustento de esta determinación consideró lo siguiente:

Señaló el ad quem que en el presente caso no se debió discutir si el demandante disponía o no de otro medio de defensa judicial para reclamar el reconocimiento de su pensión, pues como se advirtió dichos mecanismos judiciales ya fueron utilizados ante los jueces administrativos. Advirtió que lo que debió estudiarse era la posibilidad que la acción de tutela pudiese concederse como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Al respecto, recordó que de conformidad con la jurisprudencia constitucional, un perjuicio irremediable se entiende configurado cuando el mismo es "inminente", es decir que amenace acaecimiento inmediato, por lo cual las medidas que se requieran para conjurarlo han de ser "urgentes"; además, dicho perjuicio debe ser "grave", es decir de gran intensidad en la esfera de derechos del afectado; así, esta gravedad e inminencia determinan la "impostergabilidad" de la acción de tutela, que resulta entonces procedente.

En el presente caso, el Tribunal consideró que "la pasividad y lentitud con que el accionante ha actuado, deja al descubierto la ausencia del primer requisito, el del perjuicio inminente, pues desde septiembre de 2006, cuando el ISS mediante Resolución N° 001328 decidió el recurso de apelación confirmando la negativa de la pensión… quedó agotada la vía gubernativa, y, por ende, desde entonces el afectado podía accionar judicialmente para anular esa Resolución y solicitar el reconocimiento de su pensión. Por lo visto, se limitó a solicitar de nuevo directamente ante el ISS ese reconocimiento que, por supuesto, se lo volvió a negar con los mismos argumentos… Así las cosas, demorarse casi dos años para accionar habiendo ya agotado la vía gubernativa, pone de presente la inexistencia de un daño material o moral a suceder pronto, que no amerita medidas urgentes e impostergables para su restablecimiento."

Con fundamento en las anteriores consideraciones, el Tribunal concluyó que ante la ausencia de un inminente perjuicio irremediable que justificase la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio, el mecanismo de defensa judicial adecuado y al cual ya ha acudido, es la acción ordinaria laboral, con lo cual se desplaza la acción constitucional.

Finalmente, agregó el Tribunal que no obran en el expediente los documentos que demuestran el tiempo cotizado a partir del cual el accionante pretende que le sea reconocida su pensión.

2. NULIDAD DE SENTENCIA DICTADA POR LA SALA SEXTA DE REVISIÓN

2.1. La Sala Sexta de Revisión, mediante sentencia proferida el catorce (14) de mayo de dos mil nueve (2009), resolvió conceder como mecanismo transitorio, la acción de tutela promovida por el señor Hernán Duarte Parrado a fin de evitar un perjuicio irremediable a sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la libre escogencia de régimen pensional. Para ello, ordenó al Instituto de Seguros Sociales que en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación de esa providencia, diera inicio al trámite pertinente para reconocer la pensión de vejez del señor Duarte Parrado, teniendo en cuenta para ello los beneficios que le otorgaba el régimen de transición. Se señaló que este trámite debía concluir con el acto administrativo correspondiente cuya expedición habría de hacerse en un plazo no mayor a los veinte (20) días siguientes a la fecha de notificación de esa providencia. Finalmente, la Sala advirtió que esta decisión extendería sus efectos hasta tanto quedase ejecutoriada la sentencia definitiva que profiera la jurisdicción de lo contencioso administrativo en el trámite de la demanda instaurada por el señor Duarte Parrado contra el Instituto de Seguros Sociales.

2.2. El día 4 de agosto de 2009 el señor Edgar Mauricio Parra Bonilla, en su condición de Jefe de la Unidad de Procesos de la Dirección Jurídica Nacional del Instituto de Seguros Sociales –ISS-, radicó dentro del término legal para ello, solicitud de nulidad de la sentencia T-326 de 2009, sustentado su petición en los siguientes fundamentos:

2.2.1. Señaló inicialmente que existió una violación al debido proceso con la expedición de la sentencia T-326 de 2009 al considerar que esta decisión cambió la línea jurisprudencial sostenida por la Sala Plena de esta misma Corporación la cual fuera establecida en las sentencias C-789 de 2002[16] y C-1024 de 2004[17].

2.2.2. Explicó el solicitante que las referidas sentencias de constitucionalidad consideraron que para conservar los efectos del régimen de transición en aquellas personas que acreditaron 15 años de servicios o de cotizaciones a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, era necesario trasladar todo el ahorro que hubiesen efectuado al régimen de ahorro individual, al de prima media, aclarando que dicho ahorro no podía ser inferior al aporte legal que se hubiere generado de haber permanecido en el régimen de prima media.

2.2.3. Sin embargo, la sentencia T-326 de 2009 consideró, que si bien es cierto que el

primer requisito era necesario, frente al último indicó: "... trasladar al régimen de prima media todo el ahorro que hayan efectuado en el régimen de ahorro individual sin importar que dicho ahorro sea inferior al aporte legal correspondiente en caso de que hubieran permanecido en el régimen de prima media".

2.2.4. Finalmente, manifestó el ISS que en la medida en que los fundamentos contenidos en la sentencia T-326 de 2009 fueron los mismos expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia T-168 de 2009, el ISS presentó igualmente un incidente de nulidad respecto de esta providencia y de manera oportuna, en el que los argumentos son los mismos que se plantean en esta oportunidad.[18]

2.2.5. En consideración a lo expuesto, la Sala Plena de esta Corporación, en auto 050 del 8 de marzo de 2012 decidió conceder la nulidad solicitada por los argumentos expuestos en la solicitud de nulidad presentada por el ISS, para en su lugar proferir una nueva sentencia que la reemplace, asumiendo ella misma el conocimiento del expediente de la referencia, de conformidad con el artículo 54A del Acuerdo 05 de 1992.

2.2.6. Así, en la medida en que la sentencia T-326 de 2009 se basó en la sentencia T-168 de ese mismo año, en esta oportunidad la Sala Plena considera válido tener como fundamentos los que fueran expuestos en el auto 009 de enero 27 de 2010 que anuló la referida sentencia T-161 de 2009.

2.2.7. Por lo anterior, la Sala Plena hizo propios los referidos argumentos de cuyo contenido se puede extraer el fundamento central que dio paso a la nulidad de la sentencia T-326 de 2009, y que corresponde al siguiente argumento jurídico:

2.2.7.1. De acuerdo con la prescripción jurídica a que refiere el decreto 3995 de 2008, la exigencia planteada por la Corte Constitucional en su sentencia C-789 de 2002, en cuanto a la necesidad de que existiera una equivalencia en el ahorro pensional que se hiciese en uno y otro sistema de pensiones (prima media y ahorro individual), ahora si era posible cumplirse. Por tal motivo, no existía razón alguna para que en esta oportunidad, la Sala Sexta de Revisión sostuviera la tesis acerca de la imposibilidad de observar el requisito de la equivalencia del ahorro.

Ante esta circunstancia, se pudo afirmar que el no haberse tenido en cuenta el contenido

del decreto 3995 de 2008 como elemento de juicio para fallar, fue motivo suficiente para que de manera involuntaria e injustificada se modificara la jurisprudencia sentada por la Sala Plena de esta Corporación. Consecuencia de esta actuación judicial fue la evidente violación del derecho al debido proceso por falta de competencia, pues de conformada con el artículo 54 del Decreto 2591 de 1991, cualquier cambio de jurisprudencia debía ser adoptado por la Sala Plena de esta Corporación. Ante esta situación, el único camino jurídico a seguir era declarar la nulidad de la sentencia fallada.

2.2.7.2. Así mismo, consideró la Sala Plena que a pesar de que el Decreto 3995 de 2008 se dictó con posterioridad al momento en que el actor solicitara el traslado al ISS, y de que esta entidad y el fondo privado de pensiones PORVENIR revisarán la procedencia de la petición de traslado del accionante, advirtió que las disposiciones jurídicas contenidas en dicho decreto tenían directa incidencia en la parte resolutiva de la providencia que se anuló. Así, en esta sentencia que reemplaza la anulada, deberá tenerse en cuenta si dicho decreto tiene incidencia en el caso particular del señor Duarte Parrado. Así, si el mismo es aplicable, la orden de traslado de régimen pensional del actor, estará supeditada a la confirmación de que el ahorro realizado durante el tiempo que estuvo afiliado al régimen de ahorro individual no sea inferior al que hubiere obtenido de haber permanecido todo el tiempo en el régimen de prima media.

En consecuencia, procede la Sala Plena a dictar la presente sentencia de reemplazo.

3. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

3.1. COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de esta referencia.

3.2. PROBLEMA JURÍDICO

3.2.1. El señor Hernán Duarte Parrado interpone la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable y para obtener la protección de sus derechos al debido proceso, a la igualdad, al mínimo vital, a la vida digna, al trabajo y la

seguridad social, en tanto considera que a pesar de que tiene derecho a la pensión de vejez con base en el régimen más favorable previsto para los trabajadores de la Rama Judicial y del Ministerio Público, el ISS negó tal reconocimiento pensional. En efecto, a juicio del accionante, el régimen de transición, previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, establece que quien cumpla los requisitos allí previstos, podrá pensionarse con base en el régimen anterior más favorable. Por ello, al cumplir con el número de semanas de cotización, el tiempo de servicios en la Rama Judicial o en el Ministerio Público y haber alcanzado la edad de 55 años, el accionante consideró ser acreedor de los beneficios establecidos en el Decreto ley 546 de 1971.

3.2.2. Sin embargo, el Instituto de Seguros Sociales negó la pensión de vejez solicitada tras advertir que el accionante había perdido los beneficios del régimen de transición. Explicó que a consecuencia del traslado temporal que éste hizo al régimen de ahorro individual y en el cual cotizó, con su posterior regreso al régimen de prima media con prestación definida, incumplió con los requisitos establecidos en el artículo 3º del Decreto 3800 de 2003[19], en especial con el contenido en el literal b) del referido artículo, pues la rentabilidad del ahorro depositado en el fondo de pensiones PORVENIR no fue igual a la que hubiese obtenido de haber permanecido en el ISS. Por esta razón, según el accionante, para su traslado del régimen de ahorro individual al de prima media, el ISS señaló, que ante el anotado incumplimiento legal, no era posible aplicar el régimen laboral más favorable al accionante.

3.2.3. De lo anterior se advierte que el problema jurídico que le corresponde resolver a la Sala Plena se circunscribe a;(i) determinar si la acción de tutela procede para la protección del derecho a la seguridad social; (ii) cómo operan los regímenes pensionales creados por la Ley 100 de 1993, (iii) cuál es el alcance del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; (iv) cuál ha sido la evolución jurisprudencial en torno al cambio del régimen pensional de ahorro individual al de prima medida en el caso de los beneficiarios del régimen de transición; (v) cómo opera el requisito de la equivalencia en el ahorro según el decreto 3995 de 2008, para finalmente (vi) resolver el caso concreto.

3.2.4. Con todo, dadas las particulares circunstancias del caso bajo estudio, debe la Sala establecer la procedencia de la presente acción de tutela, con el fin de determinar si se cumplen los presupuestos procesales que permiten acudir a este mecanismo de defensa

judicial para reclamar el reconocimiento de pensiones. Si los requisitos de procedibilidad se cumplen, corresponderá a esta Sala establecer si al demandante le asiste un derecho a reclamar la liquidación de su pensión según el régimen de transición.

3.3. CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA COMO MECANISMO PARA OBTENER UN RECONOCIMIENTO PENSIONAL.

3.3.1. De conformidad con lo prescrito por el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela procede siempre que "el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable".

En el presente caso, el Tribunal Superior de Villavicencio, al decidir en segunda instancia esta acción, consideró que el demandante tenía a su disposición otro medio de defensa judicial para reclamar el reconocimiento de su pensión, del cual ya había hecho uso ante los jueces administrativos. Por ello, lo que debía ser objeto de estudio era si la acción de tutela podía ser concedida como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La Sala comparte el criterio del Tribunal en cuanto a la existencia de otro medio de defensa judicial, a saber, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho intentada ante la justicia de lo contencioso administrativo. Ciertamente, esta jurisdicción es la competente para definir la legalidad de las resoluciones proferidas por el Instituto de Seguros Sociales que negaron el reconocimiento pensional con fundamento en el régimen de transición. Así mismo, coincide con el Tribunal en cuanto a la necesidad de estudiar si en esta oportunidad resulta procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o como mecanismo definitivo ante la posible falta de idoneidad o de eficacia del mecanismo alterno de defensa judicial. Sin embargo, al hacer este último estudio llega a conclusiones distintas a las del Tribunal, por las razones que enseguida pasan a explicarse.

3.3.2. Respecto de la procedencia de la acción de tutela cuando es utilizada para lograr el reconocimiento o la reliquidación de la pensión, la Corte ha sentado una clara línea jurisprudencial que atiende tanto a la idoneidad o eficacia de dicha acción administrativa como a la existencia de un perjuicio irremediable.

En efecto, en la Sentencia T-634 de 2002[20]la Corte decantó la línea jurisprudencial según la cual la acción de tutela en principio no procede para obtener el reconocimiento o la reliquidación de una pensión, a menos que exista un perjuicio irremediable, por lo cual se fijaron para estos casos puntuales, unos requisitos para la procedencia excepcional de la acción de tutela, estimando que el amparo constitucional transitorio sólo es posible cuando se acredite:

"a) Que la persona haya agotado los recursos en sede administrativa y la entidad mantenga su decisión de no reconocer el derecho.

"b) Que se hubiere acudido ante la jurisdicción respectiva, se estuviere en tiempo de hacerlo o ello fuere imposible por motivos ajenos al peticionario.

"c) Que además de tratarse de una persona de la tercera edad, ésta demuestre la amenaza de un perjuicio irremediable, esto es, que el perjuicio afecte la dignidad humana, la subsistencia en condiciones dignas, la salud, el mínimo vital, que existan lazos de conexidad con derechos fundamentales, o que evidencie que someterla a los trámites de un proceso ordinario le resultaría demasiado gravoso.

"d) En concordancia con lo anterior, para determinar si la acción de tutela es o no procedente como mecanismo transitorio, no resulta suficiente invocar fundamentos de derecho, sino que son necesarios también fundamentos fácticos que den cuenta de las condiciones materiales de la persona. En caso contrario, el asunto adquiere carácter estrictamente litigioso y por lo mismo ajeno a la competencia del juez de tutela."

Ahora, la jurisprudencia ha explicado que frente a solicitudes de reconocimiento o reliquidación de pensiones, el requisito de afectación del mínimo vital de subsistencia debe ser apreciado en cada caso concreto, desde una perspectiva no solamente cuantitativa sino también cualitativa, que tenga en cuenta los siguientes criterios:

"Se trata de las condiciones de salud del pensionado o beneficiario de la prestación, del grado de afectación del nivel de vida alcanzado por el afectado en función de la proyección histórica del monto que el mismo tendría que devengar, al igual que de las actuaciones administrativas y judiciales realizadas por el interesado para acceder al reajuste, acompañadas, en todo caso, de la claridad de su derecho a ver realizada su pretensión.

"Siendo así, cuando el interesado devenga una pensión que le permite suplir sus necesidades de subsistencia y de contera acceder a la asistencia que presta el Régimen de Seguridad Social en Salud[21] y los hechos y pruebas presentadas no dan lugar a establecer "elementos fácticos que permitieran la concesión del amparo como un mecanismo transitorio con el fin de evitar un perjuicio irremediable",[22] la avanzada edad por si sola no hace inminente y grave el perjuicio e impostergable el amparo constitucional.

"También, dentro de la línea jurisprudencial a que se hace mención, ante montos pensionales que impiden a sus beneficiarios satisfacer sus necesidades de manera adecuada al nivel de vida alcanzado y atender servicios complementarios de salud, dados sus padecimientos o el de personas dependientes de su cuidado, esta Corte ha dispuesto la reliquidación de la prestación, así el beneficiario de la medida "no sobrepase la edad que constituye el índice promedio de expectativa de vida de los colombianos[23]".

"Como puede apreciarse, sin perjuicio de la improcedencia general de la acción de tutela para disponer el reconocimiento y reliquidación de prestaciones sociales, corresponde al juez de tutela evaluar las circunstancias sometidas a su consideración, con el fin de ponderar la inminencia e irreparabilidad del daño en el caso concreto, en función de la claridad del derecho, particularmente cuando la demora del afectado en acudir a las acciones ordinaria o contencioso administrativa, claramente indica que el afectado no atraviesa una situación apremiante, que haría impostergable el amparo constitucional."[24]

Visto lo anterior, la Sala verificará enseguida si en el presente caso pueden entenderse cumplidos los requisitos jurisprudenciales necesarios para determinar la procedencia de la acción de tutela intentada para el logro del reconocimiento de una pensión.

3.4. REQUISITO DE AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS EN SEDE ADMINISTRATIVA Y A LA PERSISTENCIA DE LA ENTIDAD EN SU DECISIÓN DE NO RECONOCER EL DERECHO

Obran en el expediente las pruebas relativas al cumplimento del requisito que se acaba de enunciar, según pasa a verse:

3.4.1. El 18 de noviembre de 2004[25] el demandante elevó ante el ISS solicitud de reconocimiento y pago de su pensión de vejez, la cual fue negada mediante Resolución

032392 de octubre de 2005, "por no acreditar el tiempo mínimo requerido para acceder a la pensión".[26] Contra este acto administrativo el solicitante interpuso el recurso de reposición, alegando que no se le había tenido en cuenta el tiempo cotizado a PORVENIR. Este recurso fue decidido mediante Resolución 014761 de 27 de abril de 2006, que confirmó la decisión administrativa[27]. Posteriormente, por Resolución 001328 del 5 de septiembre de 2006[28] el ISS resolvió el recurso de apelación, confirmando la decisión administrativa al estimar que el petente: (i) a pesar de haberse cambiado del régimen de ahorro individual al de prima media, no cumplió con lo prescrito por el literal b) del artículo 3 del Decreto 3800 de 2003, pues "el saldo de la cuenta de ahorro individual ... es inferior al monto del aporte legal para el riesgo de vejez"; (ii) por lo anterior, el petente "ya no conservaría la transición en régimen de Prima Media con Prestación Definida Administrado por el ISS"; (iii) que "AL NO ESTAR EN EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN, el asegurado no cumple con lo establecido en la Ley 33 de 1985, el cual exige para el derecho a la pensión acreditar mínimo 20 años al servicio del Estado y 55 años de edad... únicamente cuenta tiempo laborado al Estado 19 años, 3 meses, 1 día" (sic); y (iv) que si se aplicara el régimen pensional de la Ley 100 de 1993, habría de tenerse en cuenta que la pensión se adquiere a los sesenta años en el caso de los hombres con un mínimo de mil semanas cotizadas en cualquier tiempo. Debe aclararse que con posterioridad a la expedición de la Ley 797 de 2003, los requisitos para obtener la pensión de vejez variaron, al señalar que a partir del año 2005 el número de semanas se incrementaría en 50 y a partir de 2006 se incrementaría cada año en 25 más, hasta llegar a 1300 en el año 2015. En tal virtud, el accionante no reunía los requisitos para pensionarse por el régimen general de pensiones.

3.4.2. Posteriormente, el señor Duarte Parrado presentó una nueva solicitud de reconocimiento pensional, aportando en esta oportunidad las novedades registradas en su historia laboral.

En respuesta a esta solicitud, el ISS profirió la Resolución 011574 de 29 de marzo de 2007[29] en la que negó nuevamente el reconocimiento pensional reclamado. Explicó la anotada entidad, que aunque el reclamante se encontraba en el régimen de transición, el haberse trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad donde cotizó a pensiones en la AFP PORVENIR, hizo que perdiera los beneficios de dicho régimen de transición, muy a pesar de haber retornado al ISS, pues de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3° del Decreto 3800 de 2003, no cumplió con la exigencia a que se refiere el

literal b) de tal disposición[30], pues al pronunciarse sobre los aportes hechos, advirtió que "la devolución efectuada por la AFP PORVENIR, es inferior a los rendimientos de dichos aportes en caso de haber permanecido en el régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS.[31]

Así las cosas, el ISS concluyó que al accionante le era aplicable en su totalidad la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, la cual exige acreditar 60 años cumplidos y un mínimo de 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo, incrementándose a 1050 para el año 2005 y en 25 semanas adicionales por cada año a partir de enero de 2006 hasta llegar a 1300 en el año 2015. Por ello, al acreditar en ese momento el solicitante un total de 1027 semanas y no cumplir tampoco con el requisito de edad fijado por la Ley 100, la pensión debió negarse.

3.4.3. Ante esta decisión, y en ejercicio del derecho de petición, el accionante ofreció consignar la diferencia de dinero correspondiente a los rendimientos no generados cuando hizo aportes pensionales a PORVENIR, monto que según lo indicó el mismo ISS ascendía a la suma de ocho millones noventa mil setenta y tres pesos moneda corriente ($8´090.073.00). Adicional a esta propuesta, el señor Duarte Parrado apeló la Resolución 011574 de 29 de marzo de 2007.

Mediante la Resolución 042083 de 14 de septiembre de 2007, el ISS confirmó la negativa al reconocimiento de la pensión, insistiendo en que el accionante había perdido los beneficios del régimen de transición, por lo cual debía pensionarse de conformidad con el régimen general previsto en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003. Agregó que "los beneficios de la transición no se recuperan por el hecho que el asegurado consigne las diferencias entre los aportes y los rendimientos efectuados en el fondo privado… y los que le corresponde realizar en el Seguro Social."

3.4.4. Visto el relato cronológico de las actuaciones adelantadas por el accionante, la Sala no duda en estimar cumplido el primer requisito de procedencia de la acción de tutela, cuando, previo a su utilización, se agotaron los recursos en sede administrativa y la entidad persistió en su posición de no reconocer el derecho.

3.5. REQUISITO DE ACUDIR A LA JURISDICCIÓN RESPECTIVA, ESTAR EN TIEMPO DE HACERLO O SER ELLO IMPOSIBLE POR MOTIVOS AJENOS AL PETICIONARIO

3.5.1. Según lo expuesto en los antecedentes de esta sentencia el accionante, al impugnar la decisión de primera instancia de esta acción de tutela, manifestó que había interpuesto ante los jueces administrativos del Circuito de Villavicencio la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra las Resoluciones 011574 y 042083 del 29 de marzo y 14 de septiembre ambas de 2007 proferidas por el ISS, las que negaron el reconocimiento pensional por él solicitado. Dicha demanda fue repartida al Juzgado Cuarto Administrativo de ese Circuito, y radicada allí bajo el número 2008-00052, tomo 2 folio 446.

Si bien no obra en el expediente prueba alguna que demuestre que efectivamente dicha acción fue incoada, esta afirmación no fue desvirtuada por su contraparte, por lo que puede presumirse cierta. Sobre el particular esta Corporación ha señalado que, "el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991 dispone que las informaciones suministradas al juez de tutela se tienen por ciertas, sin perjuicio del derecho de los accionados e intervinientes de contradecirlas y de las facultades oficiosas del fallador para comprobarlas".[32]

3.5.2. Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha exigido que para acceder al mecanismo extraordinario de protección de la tutela es necesario haber acudido previamente ante la jurisdicción contenciosa o se esté en tiempo de hacerlo. Así, en el presente caso, frente a la reiterada posición del ISS de negar el reconocimiento pensional reclamado por el accionante, debe advertirse que la segunda resolución proferida por el ISS el día 14 de septiembre de 2007 (Resolución 042083) fue notificada al señor Duarte Parrado hasta el día 9 de noviembre del mismo año[33], razón por la cual puede considerarse que la demanda promovida por el accionante ante la jurisdicción contenciosa (29 de febrero de 2009) se hizo de manera oportuna, de conformidad con lo prescrito por el numeral 2° del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.[34]

Así las cosas, la Sala da por cumplido este segundo requisito de procedencia de la acción.

3.6. REQUISITO DE DEMOSTRAR LA AMENAZA DE UN PERJUICIO IRREMEDIABLE

3.6.1. En la medida que el señor Duarte Parrado contaba con tan sólo cincuenta y ocho (58) años de edad al momento de interponer la demanda de tutela, permitió al juez de primera instancia considerar que esta circunstancia impedía catalogarlo como persona de la tercera edad, por lo que este requisito jurisprudencial exigido para la procedencia de la acción de tutela no estaría cumplido.

Al respecto la Sala observa prima facie que le asistiría razón al a quo, toda vez que en algunas oportunidades, la doctrina acogida por esta Corporación indica que la tercera edad se alcanza cumplidos los 71 años de edad.[35] Empero, esta no ha sido una postura continua, pues en ciertos casos se ha estimado que personas de menos de 71 años pertenecen a la tercera edad.[36] Sin embargo, cabe advertir que esa discusión quedó zanjada con la expedición de la Ley 1276 de 2009, cuyo artículo 7º dispuso que las personas de la tercera edad o adultos mayores son aquellas que tengan 60 años o más.

Con todo, la jurisprudencia también ha señalado que la circunstancia de no haber arribado a la tercera edad no es en sí misma un motivo que deba conducir a establecer la improcedencia de plano de la acción de tutela, más aún cuando el juez constitucional cuenta con otras circunstancias o elementos probatorios que lo lleven a evidenciar la existencia de una amenaza de un perjuicio irremediable. En ese supuesto, someter al demandante a los trámites de un proceso ordinario resultaría ser una carga demasiado gravosa dada su particular situación. En efecto, en este sentido se han expuesto, por ejemplo, los siguientes argumentos que en su oportunidad llevaron a considerar procedente la acción de tutela interpuesta para la reliquidación de una pensión:

"El demandante tiene la edad de sesenta y cuatro (64) se trata por lo tanto de un adulto mayor que ciertamente se encuentra ya hacia el final de su vida laboral productiva, pero que aun no puede considerarse como una persona perteneciente a la tercera edad.

"No obstante, está aquejado de múltiples enfermedades como consta de las numerosas pruebas allegadas a este proceso, tales como diabetes, hipertensión arterial y cáncer de próstata, tales dolencias además de afectar su patrimonio –como también se desprende de las pruebas aportadas al expediente- hacen que someterlo al trámite de un proceso ordinario haga más gravosa su situación personal.[37](Negrillas fuera el original)[38]

3.6.2. En el caso que ahora estudia la Sala, si bien el demandante no alcanza una edad que le permite ser considerado como una persona de la "tercera edad", pues para la fecha de este fallo tiene sólo 59 años cumplidos, tal y como en similares casos ha considerado la Corporación[39], se trata también de un adulto mayor que se encuentra ya hacia el final de su vida laboral productiva, y que además está aquejado de un enfermedad crónica, pues obran en el expediente las pruebas que demuestran que padece de diabetes mellitus.[40]Se

advierte además, la carga económica que debe afrontar el accionante al tener que asumir como padre de familia, la manutención de sus tres hijas estudiantes, dos de nivel universitario y otra en el final de su bachillerato.[41]

Ahora bien, según se desprende de la demanda y de otras pruebas obrantes en el plenario, el demandante trabajó para la Gobernación de Vaupés, para la Rama Judicial y para la Procuraduría General de la Nación; en esta última entidad se desempeñó como Procurador ante el Tribunal Superior de Villavicencio, siendo el último cargo público que ejerció y del cual fue desvinculado por ser una plaza de libre nombramiento y remoción. A partir de entonces ejerció como abogado independiente, pero la diabetes crónica que padece lo obligó a abandonar esa actividad. Entonces, para atender la educación de sus hijas y a las necesidades familiares, se vio en la obligación de vender su casa y su automóvil. Actualmente, cubre las necesidades económicas familiares con el salario de ochocientos mil pesos ($ 800.000) mensuales que percibe como administrador de un hotel, suma que se señala como insuficiente para atender sus gastos personales y familiares como ya quedó indicado atrás.

3.6.3. De esta manera, el demandante ha expuesto ante el juez de tutela su situación económica y personal, demostrando la insuficiencia de los ingresos mensuales que actualmente recibe. Sobre este punto la jurisprudencia constitucional ha considerado que el concepto de "mínimo vital de subsistencia" no es meramente cuantitativo, sino que también posee una naturaleza cualitativa, "en la medida en que debe permitir llevar una vida acorde con el nivel de vida alcanzado por el trabajador durante su vida activa laboral"[42]. Así, en el presente caso, la Sala acepta que el mínimo vital de subsistencia para que el actor tenga una vida en condiciones dignas se encuentra comprometido con el no reconocimiento de su pensión, por lo que someterlo a los trámites de un proceso ordinario haría más gravosa su situación, y configuraría "per se" la consumación de un perjuicio irremediable, por la indebida prolongación en el tiempo de la misma.

Frente a lo que ha de entenderse como "mínimo vital de subsistencia" en el caso de la petición de reconocimiento o reliquidación pensional por vía de la acción de tutela como mecanismo transitorio, la Corte ha aclarado que el concepto de "mínimo vital cualitativo", es decir, el conjunto de condiciones materiales necesarias para asegurar la congrua subsistencia de cada persona en particular, ha de entenderse en los siguientes términos:

“De acuerdo con la Jurisprudencia de esta Corporación, el concepto de mínimo vital corresponde a aquellos requerimientos básicos de toda persona para asegurar la digna subsistencia, el cual depende en forma directa de la retribución salarial, pues de esta manera también se estará garantizando la vida, la salud, el trabajo y la seguridad social. Así entendido el derecho al mínimo vital, no puede ser restringido a la simple subsistencia biológica del ser humano, pues es lógico pretender la satisfacción de las aspiraciones, necesidades y obligaciones propias del demandante y su grupo familiar. Como desarrollo de lo anterior, la Corte ha explicado que el mínimo vital no equivale al salario mínimo, sino que depende de una valoración cualitativa que permita la satisfacción congrua de las necesidades, atendiendo las condiciones especiales en cada caso concreto.”[43]

No sobra recordar que esta Corporación ha definido que la independencia económica que garantiza el mínimo vital cualitativo, “no se configura por el simple hecho de que el beneficiario esté percibiendo una asignación mensual o un ingreso adicional[44].”[45]

3.7. REQUISITO DE INVOCAR FUNDAMENTOS FÁCTICOS QUE DEN CUENTA DE LAS CONDICIONES MATERIALES DE LA PERSONA.

3.7.1. El último requisito establecido por vía jurisprudencial para la procedencia excepcional de la acción de tutela intentada como mecanismo transitorio para obtener un reconocimiento pensional exige que en la demanda se hayan invocado fundamentos fácticos que den cuenta de las condiciones materiales de la persona.

En la presente oportunidad la Sala encuentra igualmente acreditado este último requisito, pues según lo expuesto, el demandante fue acucioso al exponer ante el juez constitucional su situación económica y de salud personal, aportando pruebas que permitieran establecer el compromiso de su mínimo vital de subsistencia en condiciones dignas.

Ahora bien, el juez de segunda instancia denegó la presente acción al estimar que al haber solicitado el demandante en una primera oportunidad el reconocimiento pensional, y que dicha solicitud hubiese sido despachada en forma negativa, daba por agotada la vía gubernativa. Por ello, advirtió que en lugar de acudir el accionante de manera inmediata ante la jurisdicción competente, “se limitó a solicitar de nuevo directamente ante el ISS ese reconocimiento que, por supuesto, se lo volvió a negar con los mismos argumentos…”. En consecuencia, esta actuación llevó al ad quem a declarar la improcedencia de esta

acción, por cuanto el comportamiento asumido por el actor probaría que no estaba enfrentado a la inminente consumación de un perjuicio irremediable, dado que "demorarse casi dos años para accionar habiendo ya agotado la vía gubernativa, pone de presente la inexistencia de un daño material o moral a suceder pronto…"

A juicio de la Sala, tal conclusión no es de recibo. En efecto, la negativa al reconocimiento de un derecho en materia pensional no implica que el peticionario no pueda insistir más adelante, máxime cuando la situación laboral y el volumen de cotizaciones pueden variar con el transcurso del tiempo. Por ello, el interesado puede provocar un nuevo pronunciamiento de la entidad correspondiente, tal y como sucedió en el presente caso, en el que el señor Duarte Parrado presentó una segunda solicitud de reconocimiento pensional, aportando en esta oportunidad las novedades registradas en su historia laboral. Frente a estas circunstancias, y entendido entonces que la historia laboral del accionante tenía cambios que debieron ser tenidos en cuenta al analizar su nueva petición de reconocimiento pensional, son elementos suficientes para que esta Sala considere que el accionante cumplió igualmente con este requisito de procedencia de la acción de tutela.

3.7.2. Establecida entonces la procedencia de la presente acción de tutela, pasa la Sala Plena a exponer, tal y como se anunció en el planteamiento del problema jurídico, la forma en que operan los regimenes pensionales creados por la Ley 100 de 1993. En seguida, se expondrá la jurisprudencia constitucional en torno al cambio de régimen pensional del régimen de ahorro individual al de prima media en el caso de los beneficiarios del régimen de transición, explicando posteriormente la forma en que la opera el requisito de equivalencia del ahorro al que hace referencia el Decreto 3995 de 2008.

3.7.3. Finalmente, la Sala Plena debe aclarar que los fundamentos jurídicos que se explicarán a continuación son los mismos que fueran expuestos en la sentencia SU-062 de 2010, en tanto sentencia de reemplazo de la anulada sentencia T-168 de 2009. Ello en razón a que la sentencia T-326 de 2009 que también fue anulada y cuya decisión que la reemplaza es esta providencia, basó sus consideraciones en la anulada sentencia T-168 de 2009.

3.7.4. Hecha la anterior aclaración pasa la Sala a exponer las consideraciones jurídicas de los temas esbozados al momento de hacer el planteamiento del problema jurídico del

presente caso.

3.8. LA SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL Y SU PROTECCIÓN POR MEDIO DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

3.8.1. El artículo 48 Superior dispone que la seguridad social es un derecho fundamental a cuyo cumplimiento se compromete el Estado en los siguientes términos: "Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social"[46].

3.8.2. Esta garantía constitucional se complementa con varios instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social[47]. Así, el artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona afirma que:

"Artículo XVI. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia".

3.8.3. En igual sentido el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prescribe:

"Artículo 9. Derecho a la Seguridad Social. 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes".

3.8.4. De los referidos planteamientos jurídicos se puede inferir que aquellas personas que por razones de una imposibilidad física o mental no puedan obtener los medios para su subsistencia, puedan ver de todos modos, protegido su derecho a la seguridad social. Con ello, estas personas aseguran una vida en condiciones dignas cuando advierten que por razones de vejez, desempleo enfermedad o incapacidad laboral, ven disminuida su capacidad laboral y por lo mismo cuenten con un ingreso económico[48].

3.8.5. De esta manera, la garantía del derecho a la seguridad social impone la necesidad

de implementar en un primer momento una infraestructura básica integrada por unas instituciones prestadoras del servicio, y unos procedimientos preestablecidos que aseguren su adecuada gestión. En segundo lugar, habrá de definirse e implementarse un sistema que asegure la provisión de fondos que garanticen su buen funcionamiento. Para ello, es de vital importancia la participación del Estado, en tanto que a través de asignaciones de recursos fiscales, éste dará alcance a la obligación que la impone la Constitución de asegurar el goce del derecho irrenunciable a la seguridad social.[49]

Al explicarse la naturaleza de los derechos fundamentales, en particular del derecho a la seguridad social como derecho de segunda generación, y cuál ha sido la posición asumida por esta Corporación en cuando a su condición de derecho fundamental, la referida sentencia SU-062 de 2010 explicó lo siguiente:

"6.- De acuerdo a la clasificación ampliamente difundida en la doctrina que se ha ocupado de los derechos fundamentales, la cual toma como base el proceso histórico de surgimiento de estas garantías como parámetro de consulta para establecer la naturaleza de tales derechos, la seguridad social es un derecho que se inscribe en la categoría de los derechos de segunda generación –igualmente conocidos como derechos sociales o de contenido económico, social y cultural.

En el ordenamiento jurídico colombiano y, durante un amplio lapso, la doctrina constitucional – incluida la jurisprudencia de la Corte Constitucional -, acogió la distinción teórica entre derechos civiles y políticos, de una parte, y derechos sociales, económicos y culturales, de otra. Los primeros generadores de obligaciones negativas o de abstención y por ello reconocidos en su calidad de derechos fundamentales y susceptibles de protección directa por vía de tutela. Los segundos, desprovistos de carácter fundamental por ser fuente de prestaciones u obligaciones positivas, frente a los cuales, por ésta misma razón, la acción de tutela resultaba, en principio, improcedente.

Sin embargo, desde muy temprano, el Tribunal Constitucional colombiano admitió que los derechos sociales, económicos y culturales, llamados también de segunda generación, podían ser amparados por vía de tutela cuando se lograba demostrar un nexo inescindible entre estos derechos de orden prestacional y un derecho fundamental, lo que se denominó 'tesis de la conexidad''.[50]

7.- Otra corriente doctrinal ha mostrado, entretanto, que los derechos civiles y políticos así como los derechos sociales, económicos y culturales son derechos fundamentales que implican obligaciones de carácter negativo como de índole positiva[51]. El Estado ha de abstenerse de realizar acciones orientadas a desconocer estos derechos (deberes negativos del Estado) y con el fin de lograr la plena realización en la práctica de todos estos derechos – políticos, civiles, sociales, económicos y culturales – es preciso, también, que el Estado adopte un conjunto de medidas y despliegue actividades que implican exigencias de orden prestacional (deberes positivos del Estado).

Según esta óptica, la implementación práctica de todos los derechos constitucionales fundamentales siempre dependerá de una mayor o menor erogación presupuestaria, de forma tal que despojar a los derechos sociales – como el derecho a la salud, a la educación, a la vivienda, al acceso al agua potable entre otros – de su carácter de derechos fundamentales por ésta razón resultaría no sólo confuso sino contradictorio.

8.- Es por ello que en pronunciamientos más recientes esta Corte ha señalado que todos los derechos constitucionales son fundamentales[52] pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención). Significan, de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios – económicos y educativos – indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar. De ahí el matiz activo del papel del Estado en la consecución de un mayor grado de libertad, en especial, a favor de aquellas personas ubicadas en una situación de desventaja social, económica y educativa. Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter positivo o de acción)".

3.8.6. Sin embargo, como lo aclara la citada sentencia SU-062 de 2010, dos aspectos diferentes de los derechos fundamentales son: por una parte su "fundamentalidad" y por otra parte, la posibilidad de hacer efectivo tales derechos por vía de la acción de tutela.

En efecto, la reiterada providencia señala que sin importar la naturaleza de los derechos fundamentales, sean estos civiles, políticos, económicos, sociales o culturales, la implementación del derecho a una pensión de vejez, impone grandes esfuerzo de orden político, legislativo, técnico y por su puesto de carácter económico, dadas las fuertes erogaciones económicas que han de hacerse en un contexto de escasez de recursos. Por ello, en este marco de restricciones y exigencias, ha de adoptarse políticas legislativas y/o reglamentarias que definan de manera puntual cuáles serán las prestaciones exigibles y cuáles las condiciones que deben cumplirse para acceder a las mismas. Se deberá igualmente determinar cuáles son las instituciones obligadas a brindarlas y la forma de financiación. En todo caso, para el reconocimiento de este derecho habrá de atenderse de manera prioritaria, a quienes más lo necesiten. Sobra decir que, en esta tarea, el legislador y la administración deben respetar los mandatos constitucionales y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia y que hacen parte del bloque de constitucionalidad, para lo cual deben tener en cuenta las interpretaciones que los órganos autorizados han hecho sobre el alcance de los derechos que reconocen estas normas[53]. La referida sentencia explicó lo siguiente:

"La necesidad del desarrollo político, reglamentario y técnico 'no determina que estos derechos pierdan su carácter fundamental, pero sí tiene repercusiones en la posibilidad de protegerlos mediante la acción de tutela' pues la indeterminación de algunas de sus facetas prestacionales dificulta establecer con exactitud, en un caso concreto, quien es el sujeto obligado, quien es el titular y cual es el contenido prestacional constitucionalmente determinado.

En este sentido, la Corte ha señalado que 'sólo una vez adoptadas las medidas de orden legislativo y reglamentario', si se cumplen los requisitos previstos en estos escenarios, las personas pueden, sin excepción, acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de estos derechos fundamentales cuando quiera que este se encuentre amenazado de vulneración o haya sido conculcado[54], previo análisis de los requisitos de procedibilidad de este mecanismo constitucional.

La anterior regla tiene una excepción, pues también ha indicado la Corte que ante la renuencia de las instancias políticas y administrativas competentes en adoptar e implementar medidas orientadas a realizar estos derechos fundamentales en la práctica, los

jueces pueden hacer efectivo su ejercicio por vía de tutela 'cuando la omisión de las autoridades públicas termina por desconocer por entero la conexión existente entre la falta de protección de los derechos fundamentales y la posibilidad de llevar una vida digna y de calidad, especialmente de sujetos de especial protección o, en general, de personas colocadas en situación evidente de indefensión''.[55]

3.8.7. Expuesta así la naturaleza fundamental del derecho a la seguridad social, "dentro del cual se inscribe el derecho a la pensión de vejez", ello permite concluir que su protección constitucional por vía de la acción de tutela será viable cuando se verifique la ocurrencia de alguno de los dos eventos descritos, además del cumplimiento de los requisitos de procedibilidad de este mecanismo procesal.

3.9. ASPECTOS GENERALES DE LOS REGÍMENES PENSIONALES CREADOS POR LA LEY 100 DE 1993.

3.9.1. En relación con las consideraciones de este acápite, la Sala Plena encuentra pertinente citar de manera textual lo dicho en la sentencia SU-062 de 2010:

"11.- A través de la ley 100 de 1993, el legislador creó el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y estableció dos regímenes de pensiones excluyentes que coexisten: el régimen solidario de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad[56]. Aunque la afiliación a cualquiera de estos regímenes es obligatoria, la selección de uno de estos sistemas es libre[57] y, una vez hecha la selección inicial, los afiliados tienen la posibilidad de trasladarse de un régimen pensional a otro, con el cumplimiento de las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993[58].

12.- Según el artículo 31 de la Ley 100 de 1993 el régimen solidario de prima media con prestación definida es 'aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas'. En este régimen los aportes de los afiliados y sus rendimientos constituyen 'un fondo común de naturaleza pública', que garantiza el pago de las prestaciones a quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la ley[59]. Las personas afiliadas a este régimen obtendrán el derecho a la pensión de vejez, previamente

establecida por la ley, cuando cumplan con los requisitos legales de edad y semanas de cotización.

Su administración corresponde al Instituto de Seguros Sociales y a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado existentes al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 mientras subsistan[60].

13.- A su turno, de conformidad con el inciso primero del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, 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'. En este régimen los aportes no ingresan a un fondo común como en el régimen de prima media, sino que son depositados en una cuenta individual de ahorro pensional constituida a título personal.[61] Por lo anterior, existe una relación directa entre el capital ahorrado en la cuenta individual de los afiliados y la pensión, lo cual determina que el valor de la pensión sea variable y no previamente definido como en el régimen de prima media. El sistema garantiza la pensión de vejez únicamente a condición de haber reunido en la cuenta individual el capital necesario para financiarla, sin que sea necesario el cumplimiento de una edad determinada o de un número mínimo de semanas de cotización, requisitos propios del sistema de prima media con prestación definida.[62]

El conjunto de cuentas de ahorro pensional conforman un fondo de pensiones que es administrado por entidades privadas especializadas que hacen parte del sistema financiero, y que están sometidas a inspección y vigilancia del Estado.[63]

14.- La ley 100 de 1993, al crear un sistema de pensiones con pretensión de generalidad, derogó, en su mayoría, los diversos regímenes pensionales existentes, los cuales contemplan los requisitos de edad y/o tiempo de servicio o semanas de cotización que debían cumplir las personas para acceder a la pensión de vejez. Sin embargo, tales regímenes se siguen aplicando para las personas amparadas por el denominado régimen de transición, como se verá a continuación."

3.10.1. La Ley 100 de 1993 dispuso, a través de su artículo 36, la implementación de un régimen de transición para aquellas personas que al momento de entrar a regir esta ley, se encontraba próximas a cumplir con los requisitos para alcanzar el reconocimiento de su

pensión de vejez, los cuales se encontraban contenidos en las normas vigentes hasta ese momento. Así, la razón de ser de este régimen de transición es la de no frustrar la expectativa que estas personas tienen de acceder a la referida pensión con base en unos requisitos menos exigentes que los propuestos por la ley 100 de 1993.

3.10.2. Ahora bien, dicho régimen de transición fue previsto en favor de tres categorías de trabajadores:

(i) En primer lugar, los hombres que tuvieran más de cuarenta años;

(ii) En segundo lugar, las mujeres mayores de treinta y cinco años y;

(iii) En tercer lugar, los hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados; requisitos que debían estar cumplidos al momento de la entrada en vigencia del sistema de pensiones (1° de abril de 1994).

Textualmente el artículo 36 de la ley 100 de 1993 dice lo siguiente:

"A partir de la fecha de vigencia de la presente ley y hasta el 31 de diciembre del año 2007, la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez, de las personas que el 1° de abril de 1994 tuviesen 35 años o más de edad si son mujeres o cuarenta años de edad o más si son hombres ó 15 años o más de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados a esa fecha. A partir del 1º de enero del 2008, a las personas que cumplan las condiciones establecidas en el presente inciso se les reconocerá la pensión con el requisito de edad del régimen anterior al cual se encontraban afiliados. Las demás condiciones y requisitos de pensión aplicables a estas personas serán los consagrados en el Sistema General de Pensiones (...)".

3.10.3. Como se observa, la protección otorgada por el régimen de transición tiene un vínculo inescindible con el derecho fundamental a la seguridad social y por esta vía con el derecho a la pensión de vejez, pues asegura unas condiciones más favorables para aquellas personas que, teniendo una expectativa legítima para acceder a su pensión de acuerdo a unas exigencias legales más favorables, no tendrían por qué ver menoscabado tal derecho con la expedición de una ley posterior. Ciertamente, el beneficio de este régimen

de transición obligaba a que quien quisiese beneficiarse del mismo debían, para el 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, estar vinculados al sistema pensional vigente a esa fecha.

3.10.4. Explicadas las características generales de los dos regímenes pensionales creados por la ley 100 de 1993 y el régimen de transición, es preciso señalar a continuación, de qué manera se regula normativamente la posibilidad de traslado entre regímenes, específicamente en el caso de las personas que cumplen los requisitos del régimen de transición, pues los hechos que originan la presente acción de tutela se refieren, precisamente, al deseo de un beneficiario de este régimen de hacer uso de tal facultad.

3.11. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE EL TRASLADO DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL AL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIDA EN EL CASO DE LOS BENEFICIARIOS DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN.

3.11.1. El tema de la posibilidad de traslado entre regímenes pensionales presenta particularidades importantes en el caso de las personas beneficiarias del régimen de transición. Así, según los incisos 4 y 5 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la protección que otorga éste último se extingue cuando se escogió en un principio el régimen de ahorro individual, o porque se dio un posterior trasladado a éste, lo cual quiere decir que los beneficios del régimen de transición no se recuperan con el ulterior traslado que se haga al régimen de prima media. Dice la disposición mencionada:

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

3.11.2. La citada norma indica que los beneficiarios del régimen de transición no sólo tienen la libertad de escoger el régimen pensional al que se desean afiliar, sino también la facultad para trasladarse entre tales regímenes. Sin embargo, el escoger el régimen de ahorro individual o trasladarse a éste, trae una consecuencia directa cual es la pérdida de la protección o beneficios que ofrece el régimen de transición. Así, cuando estas personas pretendan obtener el reconocimiento de su pensión de vejez, tal derecho les será reconocido con base en los requisitos que contempla la ley 100 de 1993 de acuerdo al régimen pensional que pertenezcan, perdiendo toda posibilidad de obtener la pensión con base en la normatividad anterior a la citada Ley 100, aun cuando está resulte ser más

favorable.

3.11.3. El anterior señalamiento reitera lo dicho al inicio del presente acápite, en el sentido de que el trasladarse tiene importantes repercusiones en el goce del derecho a la pensión de vejez y, por tanto, en el derecho fundamental a la seguridad social, ya que impone el cumplimiento de condiciones más exigentes para alcanzar el reconocimiento pensional perseguido. Así, el traslado deja de ser una simple cuestión legal y adquiere una relevancia constitucional innegable por estar en juego un derecho fundamental.

3.11.4. En relación con el tema del régimen de transición en materia pensional y los efectos que implica cambiarse del sistema de cotización (prima media o ahorro individual), esta Corporación se pronunció a través de distintas sentencias que fueron relacionadas en la sentencia SU-062 de 2010.

3.11.5. Así, el primer pronunciamiento se hizo en la sentencia C-789 de 2002 que resolvió una demanda de inconstitucionalidad promovida en contra de los incisos 4 y 5 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En su momento la Corte dijo lo siguiente:

"19.- (…) El demandante argumentaba, básicamente, que tales normas eran contrarias a la Carta Política porque (i) vulneraban el artículo 58 al despojar a las personas del derecho adquirido consistente en pensionarse de acuerdo al régimen de transición y (ii) atentaban contra el artículo 53 al permitir que los trabajadores beneficiados con el régimen de transición renunciaran al mismo al afiliarse o trasladarse al régimen de ahorro individual.

La Sala Plena consideró que las disposiciones demandadas se ajustaban a la Constitución puesto que, en primer lugar, el derecho a obtener una pensión de acuerdo con el régimen de transición no es un derecho adquirido sino 'apenas una expectativa legítima, a la cual decidieron renunciar voluntaria y autónomamente, para trasladarse al sistema de ahorro individual con solidaridad'.

En segundo lugar, indicó que ni siquiera puede afirmarse que las normas acusadas frustren tal expectativa ya que sólo 'se podría hablar de una frustración de la expectativa a pensionarse en determinadas condiciones y de un desconocimiento del trabajo de quienes se trasladaron al sistema de ahorro individual, si la condición no se hubiera impuesto en la Ley 100 de 1993, sino en un tránsito legislativo posterior, y tales personas se hubieran

trasladado antes del tránsito legislativo'.

3.11.6 Por último, precisó que 'la protección constitucional a favor del trabajador, que le impide al legislador expedir normas que les permitan renunciar a ciertos beneficios considerados como mínimos no se refiere a las expectativas legítimas, sino a aquellos derechos que hayan sido adquiridos por sus titulares o a aquellas situaciones que se hayan consolidado definitivamente en cabeza de sus titulares', razón por la cual tal prohibición no aplica en este caso al tratarse de expectativas legítimas y no de derechos adquiridos."

3.11.6. Con todo, la Corte en dicho fallo hizo una aclaración en torno a la interpretación de las disposiciones demandadas, la cual fue incluida en la parte resolutiva de la citada sentencia. Por esta razón y dada la relevancia que tal aclaración tiene para la resolución del presente caso, resulta pertinente su transcripción literal:

"(...) el legislador previó el régimen de transición en favor de tres categorías de trabajadores que, al momento de entrar en vigor dicha ley, cumplieran con determinados requisitos. En primer lugar, los hombres que tuvieran más de cuarenta años; en segundo lugar, las mujeres mayores de treinta y cinco y; en tercer lugar, los hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados; requisitos que debían cumplir al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones, conforme lo establece el artículo 151 de dicha ley.

A su vez, como se desprende del texto del inciso 4º, este requisito para mantenerse dentro del régimen de transición se les aplica a las dos primeras categorías de personas; es decir, a las mujeres mayores de treinta y cinco y a los hombres mayores de cuarenta. Por el contrario, ni el inciso 4º, ni el inciso 5º se refieren a la tercera categoría de trabajadores, es decir, quienes contaban para la fecha (1º de abril de 1994) con quince años de servicios cotizados. Estas personas no quedan expresamente excluidos del régimen de transición al trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme al inciso 4º, y por supuesto, tampoco quedan excluidos quienes se trasladaron al régimen de prima media, y posteriormente regresan al de ahorro individual, conforme al inciso 5º.

El intérprete podría llegar a concluir, que como las personas con más de quince años cotizados se encuentran dentro del régimen de transición, a ellos también se les aplican las mismas reglas que a los demás, y su renuncia al régimen de prima media daría lugar a la

pérdida automática de todos los beneficios que otorga el régimen de transición, así después regresen a dicho régimen. Sin embargo, esta interpretación resulta contraria al principio de proporcionalidad.

Conforme al principio de proporcionalidad, el legislador no puede transformar de manera arbitraria las expectativas legítimas que tienen los trabajadores respecto de las condiciones en las cuales aspiran a recibir su pensión, como resultado de su trabajo. Se estaría desconociendo la protección que recibe el trabajo, como valor fundamental del Estado (C.N. preámbulo, art. 1º), y como derecho-deber (C.N. art. 25). Por lo tanto, resultaría contrario a este principio de proporcionalidad, y violatorio del reconocimiento constitucional del trabajo, que quienes han cumplido con el 75% o más del tiempo de trabajo necesario para acceder a la pensión a la entrada en vigencia del sistema de pensiones, conforme al artículo 151 de la Ley 100 de 1993 (abril 1º de 1994), terminen perdiendo las condiciones en las que aspiraban a recibir su pensión" (subrayado fuera del texto original).

3.11.7. Aun cuando la Corte concluyó que las normas acusadas estaban de acuerdo con la Constitución, si dejó en claro que el alcance de dichas normas se circunscribe tan sólo a dos de los tres grupos de personas que ampara el régimen de transición, es decir: a (i) las mujeres mayores de treinta y cinco años y (ii) a los hombres mayores de cuarenta años. En lo que respecta a (iii) las personas que contaban con quince años de servicios cotizados para el 1° de abril de 1994, éstas no pierden los beneficios del régimen de transición al escoger el régimen de ahorro individual o al trasladarse al mismo, lo que se traduce en que, una vez hecho el traslado al régimen de prima media, pueden adquirir su derecho pensional de acuerdo a las normas anteriores a la ley 100 de 1993.

3.11.8. Con todo, La Corte Constitucional consideró pertinente señalar las condiciones o requisitos que deben ser cumplidos por quienes, teniendo más de 15 años de servicio antes del 1° de abril de 1994, hubiesen decidido trasladarse del régimen de ahorro individual al de prima media con el fin de pensionarse de acuerdo con el régimen de transición. Estas exigencias fueron igualmente integradas a la parte resolutiva de la sentencia en comento. Así, la Corte señaló lo siguiente:

"Por lo tanto, las personas que hubieran cotizado durante 15 años o más al entrar en vigencia el sistema de pensiones, y se encuentren en el régimen de prima media con

prestación definida, tendrán derecho a que se les apliquen las condiciones de tiempo de servicios, edad y monto de la pensión, consagradas en el régimen anterior, siempre y cuando:

a) Al cambiarse nuevamente al régimen de prima media, se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y

b) Dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.

En tal evento, el tiempo trabajado en el régimen de ahorro individual les será computado al del régimen de prima media con prestación definida".

3.11.9. En cuanto al segundo pronunciamiento hecho por la Corte Constitucional en relación con el traslado entre regímenes pensionales de personas beneficiadas con el régimen de transición, fue a través de la sentencia C-1024 de 2004. En dicho fallo se resolvió una demanda de inconstitucionalidad promovida contra el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que había modificado el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993.

Originalmente, esta última norma prescribía que los afiliados al sistema de seguridad social en pensiones sólo podían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres años, contados a partir de la selección inicial. El artículo 2 de la ley 797 de 2003 modificó la disposición mencionada aumentando dicho período de espera a cinco años. Pero esta norma estableció adicionalmente una prohibición en el sentido de que aquellas personas a quienes les faltase diez años o menos para cumplir con el requisito de la edad para el reconocimiento de la pensión de vejez, no podrían cambiarse de régimen pensional. Esta prohibición empezó a regir un año después de la entrada en vigencia de la ley 797 de 2003.

3.11.10. Como se observa, la modificación normativa implementada por el artículo 2 de la ley 797 de 2003, si bien no se refiere de manera específica al caso de las personas cobijadas por el régimen de transición, de manera indirecta regula su situación, pues ni los beneficiarios del régimen de transición, ni los demás afiliados en pensiones podrán trasladarse de régimen cuando les falten 10 años o menos para cumplir edad para acceder a su pensión de vejez. En el caso de las personas del grupo (iii) el cambio normativo se traduciría en que no podrían trasladarse del régimen de ahorro individual al de prima media

para hacer uso de los beneficios del régimen de transición, en los términos de la sentencia C-789 de 2002, cuando se encuentren en el supuesto del anotado artículo 2 de la ley 797 de 2003, es decir, cuando les falten 10 años o menos para llegar a la edad exigida para la pensión de vejez.

3.11.11. Respecto a dicha norma, esta Corporación, mediante sentencia C-1024 de 2004 decidió la constitucionalidad de la norma acusada al considerarla una medida adecuada, proporcionada y necesaria en tanto busca un fin constitucionalmente legítimo. De manera puntual, la referida providencia señaló lo siguiente:

(…) el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico, pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (…) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (…).

3.11.12. Sin embargo, esta Corte señaló que en la medida en que el derecho al régimen de transición era un derecho adquirido, éste no podía ser desconocido por la norma demandada en relación con aquellas personas del grupo (iii) en tanto éstas conservaban la posibilidad de “retornar en cualquier tiempo al régimen de prima media con prestación

definida y, por lo mismo, hacer efectivo su derecho pensional con fundamento en las disposiciones que le resulten más benéficas", obviamente, con el cumplimiento de los requisitos mencionados en la sentencia C-789 de 2002.

Con base en la sentencia C-754 de 2004, la Corte precisó que si bien en la sentencia C-789 de 2003 había señalado que no existía propiamente un derecho adquirido a ingresar al régimen de transición, pues si el legislador cambia las condiciones en que se puede ingresar al régimen de transición únicamente modifica meras expectativas, esto no significa que las condiciones para continuar en él sí puedan ser cambiadas una vez cumplidos los supuestos normativos en él señalados, pues las personas cobijadas por dicho régimen tienen derecho a que se les respeten las condiciones establecidas en el mismo.

En vista de lo anterior, esta Corporación incluyó un condicionamiento en la parte resolutiva de la sentencia C-1024 de 2004, en los siguientes términos:

"Declarar EXEQUIBLE el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en el siguiente aparte previsto en el literal e), a saber: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; (…)", exclusivamente por el cargo analizado en esta oportunidad y bajo el entendido que las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no se hayan regresado al régimen de prima media con prestación definida, pueden regresar a éste -en cualquier tiempo-, conforme a los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

3.11.13. En la sentencia T-818 de 2007, la Corte abordó por tercera vez el tema que se ha venido tratando.

Como se observó, la sentencia C-789 de 2002 señaló que al cambiarse al régimen de prima media, las personas debían trasladar todo el ahorro que habían efectuado en el régimen de ahorro individual con solidaridad y que el mismo "no podía ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media". Precisamente en el cumplimiento de éste requisito reside uno de los problemas jurídicos de la sentencia T-818 de 2007, pues en ella se sostuvo que debido a un cambio de

legislación tal exigencia devino en imposible de cumplir.

En efecto, para el año 2002, tras la expedición de la sentencia de constitucionalidad atrás referida, la distribución de los recursos que por concepto de aportes a pensiones se hacía de manera igual en los dos regímenes pensionales de la ley 100 de 1993 varió sustancialmente en el caso del régimen de ahorro individual. Así, el enunciado normativo señalaba en la versión inicial de su artículo 20 que la cotización pensional se repartía en un 3.5% para pagar los gastos de administración y una prima para un seguro de pensión de invalidez y sobrevivientes, porcentaje restante se destinaba para el pago de la pensión de vejez.

Posteriormente, el artículo 7 de la ley 797 de 2003 modificó el contenido del anotado artículo 20. Si bien la reforma normativa no modificó la distribución del aporte en el régimen de prima media, si lo alteró en el régimen de ahorro individual. Así, a partir de la entrada en vigencia del mencionado artículo 7 de la Ley 797 de 2003, un 1.5% de la cotización se destinaría a un fondo de garantía de pensión mínima en el régimen de ahorro individual, mientras que en el régimen de prima media ese 1.5% se ocupa en financiar la pensión de vejez. Esto derivaría en que siempre sería mayor el porcentaje destinado para la pensión de vejez en el régimen de prima media que en el de ahorro individual.

Ante esta situación, la Corte afirmó en la sentencia T-818 de 2007, que "la exigencia de condiciones imposibles (…) para ejercer el derecho de las personas que, pueden cambiar de régimen aun faltándoles menos de diez años para obtener el derecho de pensión, es a todas luces inconstitucional. No se puede condicionar la realización del derecho a la libre escogencia de régimen pensional mediante elementos que hagan imposible su ejercicio". Con base en esta argumento, se reconoció en el caso concreto, el derecho del peticionario a trasladarse de régimen, aun en ausencia del cumplimiento de uno de los requisitos que había señalado la sentencia C-789 de 2002.

3.12. EL DECRETO 3995 DE 2008, EL REQUISITO DE LA EQUIVALENCIA DEL AHORRO Y LAS OPCIONES ANTE SU INCUMPLIMIENTO.

En vista de estos cambios jurídicos, advierte la Sala que el problema detectado en la sentencia T-818 de 2007, consistente en la imposibilidad de cumplir con el requisito de la equivalencia del ahorro impuesto por la Sala Plena en la sentencia C-789 de 2002, a raíz de

la reforma introducida por la ley 797 de 2003, encontraba solución con la expedición del anotado decreto. En efecto, con posterioridad a la sentencia T-818 de 2007, se introdujo el Decreto reglamentario 3995 del 16 de octubre de 2008 que hizo que la distribución del aporte a pensión contenida en la ley 797 de 2003 no fuese un impedimento para satisfacer la exigencia mencionada. En la sentencia SU-062 de 2010, cuyas consideraciones aquí se reiteran, la Corte señaló lo siguiente:

"Es necesario aclarar que el decreto 3995 de 2008 no fue expedido para acabar con ésta cuestión. Según sus propias consideraciones, tiene como fin solucionar una situación generalizada de multiafiliación pensional que se ha estado presentando, circunstancia que ocurre cuando una persona está afiliada al mismo tiempo, a los dos regímenes pensionales que existen[65]. En vista de que ésta no está permitida, el decreto señala las reglas para escoger uno de los dos regímenes y trasladar allí el ahorro efectuado en el otro. A pesar de su objetivo, en el artículo final del decreto se prescribió que las reglas para traslado de recursos descritas en el artículo 7 se aplicarían no sólo en los casos de multiafiliación pensional sino también en los casos de las personas beneficiarias del régimen de transición que solicitaran regresar al régimen de prima media en los términos de las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004.[66]

El artículo 7 soluciona el impedimento al que alude la sentencia T-818 de 2007 pues estipula que cuando se realice traslado de recursos del régimen de ahorro individual al régimen de prima media se debe incluir lo que la persona ha aportado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima.[67] Recuérdese que la imposibilidad de satisfacer la exigencia de equivalencia del ahorro provenía, precisamente, de que en el régimen de ahorro individual el afiliado destina 1.5% de su cotización mensual al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, mientras que en el régimen de prima media ese 1.5% se dedica, junto con otro porcentaje del aporte mensual, a financiar la pensión de vejez; pero si al trasladarse de régimen al afiliado le devuelven lo que ha contribuido al mencionado fondo, la distribución del aporte contemplada en la ley 797 de 2003 ya no obstaculiza el cumplimiento de la exigencia impuesta en la sentencia C-789 de 2002 por la Sala Plena."

3.12.2. En vista de las anteriores consideraciones, la Sala consideró en la citada sentencia SU-062 de 2010, que era imperativo ajustar la jurisprudencia constitucional a la normatividad vigente y reiterar lo indicado por esta Corporación en las sentencias C-789 de

2002 y C-1024 de 2004. Por ello señaló que “algunas de las personas amparadas por el régimen de transición pueden regresar, en cualquier tiempo, al régimen de prima media cuando previamente hayan elegido el régimen de ahorro individual o se hayan trasladado a él, con el fin de pensionarse de acuerdo a las normas anteriores a la ley 100 de 1993. Estas personas son las que cumplan los siguientes requisitos:

(i) Tener, a 1 de abril de 1994, 15 años de servicios cotizados.

(ii) Trasladar al régimen de prima media todo el ahorro que hayan efectuado en el régimen de ahorro individual.

(iii) Que el ahorro hecho en el régimen de ahorro individual no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.

3.12.3. Superada entonces la imposibilidad de cumplir con la exigencia de la equivalencia del ahorro que se diera en razón a las reglas de distribución de aportes señaladas por la ley 797 de 2003, ahora tal diferencia en el ahorro podrá derivarse de la rentabilidad que producen los dos regímenes pensionales sobre los dineros aportados. Ciertamente, este es un factor que está asociado a circunstancias aleatorias propias del mercado y al hecho de que en el régimen de prima media existe un fondo común y en el de ahorro individual uno de carácter personal.

En la sentencia SU-162 de 2010 que ahora se reitera, la Corte se preguntó, si a los beneficiarios del régimen de transición se les debía negar de plano su paso del régimen de ahorro individual al de prima media por incumplimiento de uno de los requisitos impuestos en las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004.

3.12.4. Para solucionar el interrogante planteado, se debe recurrir a lo expresado en la sentencia C-030 de 2009[68] a propósito de un problema jurídico similar. En dicha providencia se resolvió una demanda de inconstitucionalidad presentada contra algunos artículos del decreto 2090 de 2003 y de la ley 860 de 2003. Las normas atacadas regulaban el régimen pensional de los servidores públicos que desarrollan actividades de alto riesgo y del personal del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) respectivamente. En los apartes demandados se prescribe que tales personas deben trasladarse al régimen de

prima media con prestación definida para que les sea aplicado el régimen pensional especial contenido en el decreto 2090 de 2003 y en la ley 860 de 2003, el cual es más favorable que el régimen pensional general. Adicionalmente, se indica que el traslado deberá efectuarse en un plazo máximo de tres (3) meses contados a partir de la fecha de publicación de tales normas, caso en el que no será necesario que se cumpla el término mínimo de permanencia en el régimen pensional, que es de cinco (5) años a partir de la selección inicial o de la fecha del último traslado según el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Los demandantes sostenían que los apartes acusados vulneraban el derecho a la igualdad y a la libre escogencia al obligar a algunos servidores públicos a trasladarse de régimen para poder gozar de un estatuto pensional más favorable que el general.

La Sala Plena consideró que resultaba razonable la limitación impuesta a estos servidores públicos pues los requisitos que se deben cumplir para acceder a la pensión de vejez especial por actividades de alto riesgo (edad y semanas de cotización) son propios del régimen de prima media con prestación definida y extraños al régimen de ahorro individual. También se aclaró que las normas demandadas en ningún momento establecen la imposibilidad de trasladarse de régimen pensional una vez vencido el plazo de tres (3) meses, pues lo que en realidad prescriben es que las personas que se trasladen dentro del referido plazo no tienen que respetar el tiempo mínimo de permanencia en el régimen pensional, que es de cinco (5) años a partir de la selección inicial o el último traslado. Sin embargo, tras vencerse el término de tres (3) meses, las personas pueden de todos modos trasladarse de régimen, pero deberán esperar el plazo de cinco (5) años para hacerlo.

3.12.5. En lo que interesa para el asunto de la referencia, es decir, lo relativo al requisito de la equivalencia del ahorro, se señaló:

"(…) es previsible que algunas personas que trataron de ejercer la opción de trasladarse del régimen de ahorro individual al de prima media para acceder a la pensión especial por actividades de alto riesgo, en el término de 3 meses previsto en las normas demandadas, no pudieron realizar el traslado debido a que se encontraron con el obstáculo de tener un ahorro en el régimen de ahorro individual inferior al monto del aporte legal correspondiente en el régimen de prima media. En razón a ello la opción para beneficiarse de la pensión especial sin tener que cumplir los términos de permanencia no fue realmente efectiva.

La efectividad del derecho a cambiar de régimen pensional dentro del marco constitucional y legal vigente depende de que éste pueda ser ejercido sin trabas insalvables. Uno de estos obstáculos es precisamente impedir que el interesado aporte voluntariamente los recursos adicionales en el evento de que su ahorro en el régimen de ahorro individual sea inferior al monto del aporte legal correspondiente en caso de que hubiere permanecido en el régimen de prima media con prestación definida. Esta barrera es salvable si el interesado aporta los recursos necesarios para evitar que el monto de su ahorro, al ser inferior en razón a rendimientos diferentes o a otras causas, sea inferior al exigido. Esto no sólo es necesario dentro del régimen general, sino también en los regímenes especiales con el fin de conciliar el ejercicio del derecho del interesado en acceder a la pensión y el objetivo constitucional de asegurar la sostenibilidad del sistema pensional.

Por lo tanto, con el fin de que se ejerza sin ningún obstáculo la opción de trasladarse de régimen y beneficiarse de la pensión especial por actividades de alto riesgo, es preciso que se restablezca el mismo plazo, es decir, tres meses a partir de la comunicación de la presente sentencia. De tal manera que la opción que se les otorgó a los trabajadores que se dedican a actividades de alto riesgo para acceder a la pensión especial resulte cierta, efectiva y respetuosa del derecho que tiene toda persona a cambiar de régimen pensional, dentro del marco constitucional y legal vigente.

En consecuencia, esta Corporación declarará exequible el término de 3 meses contemplado en las normas acusadas, en el entendido de que: a) el plazo de tres (3) meses se contará a partir de la comunicación de la presente sentencia; y b) la persona que ejerza la opción, puede aportar voluntariamente los recursos adicionales necesarios en el evento de que el ahorro en el régimen de ahorro individual con solidaridad sea inferior al monto del aporte legal correspondiente, en caso de que hubiere permanecido en el régimen de prima media, como se advirtió en la sentencia C-789 de 2002" (subrayado fuera del texto original).

3.12.6. En este orden de ideas, no se puede negar a los beneficiarios del régimen de transición su tránsito del sistema pensional de ahorro individual al 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.

Con base en las consideraciones precedente se dispone la Sala a resolver el caso concreto del señor Hernán Duarte Parrado a fin de determinar si puede pensionarse con los beneficios que el régimen de transición otorga a los trabajadores de la Rama Judicial y el Ministerio Público.

4. CASO CONCRETO

4.1 Conforme a los actos administrativos expedidos por el Seguro Social para negar la pensión de vejez solicitada por el señor Hernán Duarte Parrado se observa que:

4.1.1 El accionante quien nació el 20 de octubre de 1949, contaba con 44 años y 6 meses de edad para la fecha en que entró a regir la Ley 100 de 1993.

4.1.2 Para el momento en que el señor Duarte Parrado solicitó por última vez el reconocimiento de su pensión, contaba ya con 58 años de edad y un total de 1.027 semanas cotizadas, o lo que es igual, 20 años de servicios.

4.1.3 Los hechos expuestos demuestran que el señor Duarte Parrado tenía derecho a los beneficios que establece el Decreto 576 de 1971, pues aparte de contar con más de 10 años de servicios en la Rama Judicial y el Ministerio Público, y de tener más de 55 años de edad, acreditó igualmente 20 años de cotizaciones a la seguridad social en pensiones. Dicho de otro modo, es evidente que el peticionario sí está dentro del grupo de personas a los que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, se les permite el cambio de régimen pensional en cualquier tiempo, en la medida en que como lo confirmó el mismo ISS en la Resolución No. 001328 del 5 de septiembre de 2006[69], para el 1° de abril de 1994 tenía más de 15 años de servicios cotizados y contaba con 44 años de edad para esa fecha.

4.1.4 Así, en la Resolución 001328 de 2006, dejó en claro que:

“si bien es cierto a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el asegurado acreditaba 15 años de servicios prestados, también lo es que el saldo de la cuenta de ahorro individual del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es inferior al monto del aporte legal para el riesgo de vejez al que hubiere obtenido de permanecer en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad” (folio 18 del cuaderno 2). (Énfasis agregado)

4.1.5 Por su parte, la Resolución 011574 de 2007, en forma desfavorable al trabajador e imputándole una responsabilidad no predicable a él, no tuvo en cuenta los aportes pensionales realizados por el empleador CARIMAGUA, bajo el argumento que a pesar de que las cotizaciones fueron afectivamente realizadas, éstas no se tendrían en cuenta por no estar confirmados los respectivos aportes a salud. Así, dijo la Resolución:

"la asegurada (sic) se encuentra en el régimen de transición aludido", pero como el monto trasladado "es inferior a los rendimientos de dichos aportes en caso de haber permanecido en el régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS, por lo que se concluye que el asegurado pierde el régimen de transición" (folio 23 del cuaderno 2).

4.1.6 En ambas decisiones se plantea una contradicción en sus contenidos, pues se acepta inicialmente que el accionante si se encontraba dentro del régimen de transición, para luego negar el reconocimiento pensional. En efecto, ambas resoluciones consideraron (i) que en la medida en que el ahorro pensional alcanzado por el accionante con las cotizaciones hechas por el trabajador durante el tiempo que estuvo afiliado al régimen de ahorro individual, fueron inferiores al ahorro que se hubiera alcanzado de haber permanecido todo el tiempo en el régimen de prima media, le hacía perder el beneficio del régimen de transición. Recuérdese, que fue precisamente este argumento el analizado por la Corte en la sentencia SU-062 de 2010, pues fue allí mismo en donde se indicó, que de existir una diferencia en el monto de los ahorros y sus rendimientos obtenidos, debía darse la posibilidad al trabajador de que dicha diferencia fuera provista o aportada por éste, a efectos de equilibrar dicho ahorro pensional. De otra parte, (ii) la Resolución 011574 de 29 de marzo de 2007, luego de haber aceptado al inicio de su texto, que el actor, en efecto cumplía con los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, procedió a no reconocer la pensión de vejez al accionante, apoyándose en un nuevo factor que no fue objetado de discusión en la Resolución 001328 de 2006, al señalar que si bien se acepta que el señor Duarte Parrado laboró en algún momento para su empleador "CARIMAGUA", y que las cotizaciones a pensión fueron efectivamente realizadas, las mismas no se tendrían en cuenta por cuanto no aparecía probado que dicho empleador hubiese pagado las cotizaciones por concepto de salud. Al igual que la variación financiera de los rendimientos del ahorro pensional en el régimen de ahorro individual, esta circunstancia escapa por completo a la responsabilidad del trabajador, y por lo mismo, no puede ser imputada o resuelta en contra de los intereses laborales y de los derechos fundamentales del

trabajador.

De esta manera, no resulta aceptable para la Sala Plena que además de las contradicciones o inconsistencias de los argumentos propuestos por el ISS en ambas resoluciones, se sume en contra del accionante, otros factores que escapan a la total responsabilidad de éste, como es el mayor o menor rendimiento financiero obtenido por sus aportes pensionales o el pago efectivo de aportes a salud por uno de sus empleadores, a pesar de que los aportes a pensión efectivamente sí se realizaron. En consecuencia, estas circunstancias no pueden servir de fundamento para tomar una decisión desfavorable a los intereses del trabajador. Por el contrario, y reiterando el principio de favorabilidad aplicable en materia laboral, así, como en aplicación del principio de equidad y la garantía constitucional de los derechos fundamentales invocados por el accionante, la Sala Plena considera, que en efecto, sí está demostrado que el señor Duarte Parrado reunía los requisitos legales para beneficiarse del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

4.2 Recuerda de igual manera la Sala, que el Instituto de Seguros Sociales nunca negó, ni siquiera en la solicitud de nulidad de la sentencia T-326/09 que promoviera, que el accionante no hubiese cumplido con las condiciones establecidas por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, específicamente el cumplimiento de los 15 años de servicios al 1 de abril de 1994, pues su argumento estuvo siempre dirigido a establecer que el derecho a beneficiarse del régimen de transición en materia pensional se había perdido al no cumplir el requisito previsto en el literal b) del artículo 3° del Decreto 3800 de 2003, esto es "Dicho saldo no sea inferior al monto total del aporte legal para el riesgo de vejez, correspondiente en caso de que hubieren permanecido en el Régimen de Prima Media, incluyendo los rendimientos que se hubieran obtenido en este último. (...)". Lo anterior se concluye del contenido mismo de los actos administrativos que negaron el reconocimiento de la pensión de vejez al accionante.

4.3 Debe anotarse en consecuencia, que no puede entrarse a discutir nuevamente el cumplimiento por parte del accionante de los requisitos para acceder a los beneficios del régimen transición, pues éste argumento, no fue objeto de discusión en su momento por la Sala Sexta de Revisión, en la sentencia cuya nulidad se ordenó por esta Corporación, como tampoco fue el fundamento de la petición de nulidad que promoviera el mismo ISS, cuyos argumentos pueden releerse en esta providencia, revisando para ello el pie de página No.

17 de esta providencia.

4.3.1 También se encuentra probado que el traslado de régimen y de los respectivos ahorros, ya fue efectuado en el año 2002. De esta manera, el accionante cotizó inicialmente 6.066 días en el Seguro Social y posteriormente, 1.066 días en el régimen de ahorro individual –PORVENIR S.A.-, luego de lo cual se trasladó de nuevo al Seguro Social desde el 1º de febrero de 2002. En consecuencia, es evidente que el problema del peticionario no es el impedimento para trasladarse de régimen de pensiones, pues ello ya ocurrió efectivamente en el año 2002, sino la negativa a reconocerle la pensión argumentándose para ello, el incumplimiento a lo dispuesto en el literal b) del artículo 3º del Decreto 3800 de 2003.

4.3.2 El Seguro Social reconoció que el Fondo de Pensiones PORVENIR transfirió en el mes de octubre de 2005, los aportes del señor Duarte Parrado por valor de $41.481.007. Aclaró que dichos recursos corresponden al monto total del aporte legal para el riesgo de vejez, pero advirtió que los rendimientos que hubiera obtenido dicho ahorro de haber permanecido el accionante en el Seguro Social y no haberse trasladado al régimen de ahorro individual son inferiores en un valor de $8.090.073. Por esta razón el Seguro Social negó la aplicación del régimen de transición.

4.4 Conforme a lo considerado en esta providencia, el señor Duarte Parrado no podía perder su derecho a beneficiarse del régimen de transición por hechos que no dependían de su voluntad, y que por el contrario, corresponden a circunstancias externas que él no podía prever. Se advierte además, que el cálculo de los rendimientos de los aportes es un hecho sometido a la volatilidad de la economía y al manejo financiero que de sus aportes hizo el fondo privado de pensiones, circunstancia que el accionante no podía haber previsto seis años antes de su ocurrencia (el señor Duarte Parrado se afilió a PORVENIR en el año de 1997 y tan sólo en el año 2003 se impuso el requisito de la rentabilidad del ahorro para no perder el régimen de transición). De igual modo, es evidente que al momento de afiliarse al régimen de ahorro individual, no existía el requisito contemplado en el Decreto 3800 de 2003, lo cual le impedía prever las implicaciones de su traslado. De hecho, incluso, para el momento en que el anotado decreto impuso la exigencia de los rendimientos del ahorro como factor determinante para conservar el régimen de transición, el accionante ya había retornado al régimen de prima media desde

hacía un año.

Es claro, entonces, que tanto al momento de trasladarse al régimen privado como al momento de volver a cotizar en el régimen de prima media, el accionante tenía la confianza legítima de que la oportunidad y la continuidad de sus aportes le permitirían obtener la pensión de vejez conforme al régimen favorable que lo beneficiaba.

4.5 Aunado a lo anterior, para la Sala es claro que el requisito previsto en el literal b) del artículo 3º del Decreto 3800 de 2003 pudo ser debidamente cumplido por el accionante, de habérsele permitido u ofrecido la posibilidad que en un término prudencial hubiese aportado los recursos correspondientes a la diferencia surgida en los rendimientos generados por sus aportes pensionales de haber permanecido todo el tiempo en el régimen pensional de prima media, tal y como lo consideró esta Sala en sentencia SU-062 de 2010 y en los criterios jurisprudenciales contenidos en ella, los cuales han sido igualmente reiterados en la reciente sentencia SU-130 de 2013.[70]

4.6 En síntesis, tras encontrar que el señor Hernán Duarte Parrado es beneficiario del régimen de transición, y por consiguiente, tener el derecho a pensionarse conforme a las regulaciones del Decreto Ley 546 de 1971, para esta Sala es indiscutible que la negativa del Instituto de Seguros Sociales a reconocerle la pensión de vejez violó sus derechos al mínimo vital, a la seguridad social y a la libre escogencia del régimen de pensión.

Por esta razón se revocará la sentencia proferida por la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Villavicencio que confirmará la decisión del Juzgado Primero Civil del Circuito de Villavicencio que negó el amparo solicitado por el señor Hernán Duarte Parrado. En su lugar se concederá el amparo transitorio de los derechos fundamentales del accionante hasta tanto la jurisdicción contencioso administrativa se pronuncie en forma definitiva sobre el asunto. Recordemos, que el señor Duarte Parrado inició la respectiva actuación judicial ante la jurisdicción contenciosa administrativa, razón que justifica que el amparo aquí otorgado sea de manera transitoria.

Así, teniendo en cuenta que en el trámite de esta acción de tutela el Instituto de Seguros Sociales confirmó que el fondo privado de pensiones PORVENIR, al cual el señor Duarte Parrado cotizó a pensiones por un tiempo determinado, ya transfirió en su totalidad los aportes hechos durante ese tiempo, y advirtiéndose demás, que el mismo Instituto de

Seguros Sociales también hizo un primer cálculo de la diferencia de los rendimientos económicos dejados de generar por el ahorro del accionante de haber permanecido todo el tiempo en el régimen de prima media, la Sala ordenará al Instituto de Seguros Sociales, que en el término de quince (15) días calendario, contados a partir de la notificación de esta decisión recalcule el monto de dichos rendimientos, si ello fuere necesario. Obtenido el nuevo valor, el ISS deberá ofrecer al señor Duarte Parrado la posibilidad de aportar, en un plazo razonable, el dinero correspondiente a la anotada diferencia de rendimientos económicos.

Cumplido el plazo otorgado al accionante, y de haber éste aportado los recursos referidos, dispondrá el Instituto de Seguros Sociales de cuarenta y ocho (48) horas para iniciar el trámite correspondiente al reconocimiento de la pensión de vejez del señor Duarte Parrado con base en los beneficios que le otorga el régimen de transición. El trámite de esta actuación deberá concluir en un plazo no mayor de veinte (20) días siguientes a la fecha en que se notifique esta providencia, con la expedición del acto administrativo correspondiente.

Advierte la Sala Plena que esta decisión tiene efectos obligatorios hasta tanto quede ejecutoriada la sentencia definitiva que profiera la jurisdicción de lo contencioso administrativo en la demanda instaurada por el señor Hernán Duarte Parrado contra el Instituto de Seguros Sociales.

Finalmente, en tanto la acción de tutela promovida por el señor Duarte Parrado se inició en el año 2008 en contra del Instituto de Seguros Sociales, hoy Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-, habrá de entenderse que en la medida en que la reclamación recae sobre la gestión que venía desarrollando el ISS como administrador del régimen pensional de prima media, y que esta responsabilidad y la totalidad de la administración de dicho régimen pensional fue asumido por COLPENSIONES, será esta última entidad, la responsable del cumplimiento de la decisión judicial que aquí se ha tomado.

5. Conclusiones

En efecto, tal y como se desprende de las consideraciones aquí expuestas, se pudo constatar que para el 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el señor Duarte Parrado cumplía con los requisitos para beneficiarse del régimen de

transición contemplado en el artículo 36 de la referida ley. Así, en la medida en que el accionante contaba para ese momento con más de cuarenta años de edad y más de quince años de aportes al sistema, tenía derecho a que le fuese reconocida su pensión de vejez de acuerdo a los lineamientos contenidos en el Decreto Ley 546 de 1971. Por lo anterior, la reiterada negativa del Instituto de Seguros Sociales – ISS- en Liquidación, hoy COLPENSIONES, de no reconocerle su derecho pensional, supuso la vulneración de sus derechos fundamentales.

Para el ISS en Liquidación, hoy COLPENSIONES, el fundamento de su decisión fue que el traslado del accionante del régimen pensional de prima medida al de ahorro individual, para luego retornar, supuso el incumplimiento del literal b) del artículo 3° del Decreto 3800 de 2003, norma que dispone que el saldo del ahorro pensional no puede ser inferior al monto total del aporte legal para el riesgo de vejez, en caso de que el trabajador hubiese permanecido en el Régimen de Prima Media, saldo que incluye por supuesto, los rendimientos que se hubieran obtenido en este último. Así, para el año 2002, cuando el señor Duarte Parrado retornó al régimen de prima medida, y que sus aportes pensionales fueron igualmente transferidos de PORVENIR al ISS, se evidenció que el saldo total era inferior al que hubiera alcanzado de haber permanecido todo el tiempo en el régimen fondo pensional de primera media que el ISS administraba. Por esta sola razón, para el ISS, el actor perdía el beneficio del régimen de transición para acceder a su pensión de vejez.

No obstante, y claramente como se señala en esta sentencia, el que los rendimientos financieros que produjo sus aportes pensionales durante el tiempo que estuvo afiliado al régimen de ahorro individual fuesen inferiores a los que dichos aportes hubiesen alcanzado de haber permanecido todo el tiempo en el régimen de prima medida, amén de otros factores cuya responsabilidad incumbía tan solo a sus empleadores, no podían se utilizados como argumentos jurídicamente válidos para negar el reconocimiento pensional al señor Duarte Parrado, y mucho menos para considerar que el actor no podía beneficiarse del régimen de transición.

Así, tal y como se explicó en esta sentencia, la diferencia que arrojó los aportes y rendimientos financieros del ahorro pensional del señor Duarte Parrado, y el consecuente incumplimiento por esta razón, del literal b) del artículo 3° del Decreto 3800 de 2003, pudo subsanarse desde un primer momento, de haberse dado la posibilidad al accionante, de

aportar tales recursos económicos, tal y como el mismo accionante lo había sugerido tiempo atrás, y con mucha mayor razón de haberse contemplado los fundamentos que en igual sentido establecido esta misma Sala en sentencia SU-062 de 2010, criterios jurisprudenciales que fueron igualmente reiterados recientemente en sentencia SU-130 de 2013.

Por esta razón, y advertido que el actor tenía derecho al régimen de transición, y a que este pudiese aportar la diferencia de recursos económicos que supuso su cambio al régimen pensional de ahorro individual, la Sala Plena de esta Corporación revoca la sentencia proferida por la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal de Villavicencio que confirmara la decisión del Juzgado Primero Civil del Circuito de Villavicencio que había negado el amparo solicitado por el señor Duarte Parrado, para en su lugar conceder el amparo transitorio de los derechos fundamentales enunciados, en los términos enunciados en el acápite anterior.

5. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR, por las razones expuestas en esta providencia, la sentencia proferida el once (11) de septiembre de dos mil ocho (2008), por la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Villavicencio y, en su lugar, CONCEDER el amparo solicitado como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable de los derechos al mínimo vital, a la seguridad social y a la libre escogencia de régimen pensional del señor Hernán Duarte Parrado.

SEGUNDO. En tanto el ahorro pensional hecho por el señor Duarte Parrado a PORVENIR ya fue transferido en su totalidad al Instituto de Seguros Sociales en Liquidación, hoy COLPENSIONES, se ORDENARÁ a este último, para que en el término de quince (15) días calendario, contados a partir la notificación de esta decisión, recalcule si fuere necesario, el monto de los rendimientos dejados de generarse por el ahorro pensional del señor Duarte Parrado, durante el tiempo que éste estuvo en el régimen pensional de ahorro individual

con solidaridad.

Agotado dicho plazo, el Instituto de Seguros Sociales en Liquidación, hoy COLPENSIONES, deberá informar al señor Duarte Parrado acerca del monto resultante, debiendo ofrecerle la posibilidad de aportarlo en un plazo de seis (6) meses.

Cumplido el plazo otorgado al accionante, y de haber éste aportado los recursos referidos, dispondrá el Instituto de Seguros Sociales en Liquidación, hoy COLPENSIONES, de cuarenta y ocho (48) horas para iniciar el trámite correspondiente al reconocimiento de la pensión de vejez del señor Duarte Parrado con base en los beneficios que le otorga el régimen de transición. El trámite de esta actuación deberá concluir en un plazo no mayor de veinte (20) días siguientes a la fecha en que se notifique esta providencia, con la expedición del acto administrativo correspondiente.

TERCERO. ADVERTIR que esta decisión tiene efectos obligatorios hasta tanto quede ejecutoriada la sentencia definitiva que profiera la jurisdicción de lo contencioso administrativo en la demanda instaurada por el señor Hernán Duarte Parrado contra el Instituto de Seguros Sociales.

CUARTO. Por la Secretaría, líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Presidente

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Ausente en comisión

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] En ausencia de copia de la cédula de ciudadanía o de un registro civil de nacimiento del actor, se pudo constatar a folios 21 y 33 correspondientes a la Resolución No. 011574 del 29 de marzo de 2007 expedida por el ISS Pensiones y a la hoja de atención clínica No. 52557541 del 11 de diciembre de 2007, respectivamente, que para el señor Hernán Duarte Parrado se tiene anotada como fecha de nacimiento el 20 de octubre de 1949, según el ISS y 21 de octubre del mismo año según el Hospital.

[2] En la Resolución 011574 del 29 de marzo de 2007, a folio 3 de dicho documento (folio 11 del expediente de tutela), se reitera en dos oportunidades que el accionante tenía reconocidas a ese momento, 1027 semanas (énfasis agregado)

[3] Ver folios 16 a 19 del cuaderno principal del expediente de tutela.

[5] Ver folio 9 del cuaderno principal del expediente de tutela.

[6] Ver folios 9 a 12 del cuaderno principal del expediente de tutela.

[7] Ver folio 20 y 21 del cuaderno principal del expediente de tutela. Esta suma corresponde a ocho millones noventa mil setenta y tres pesos moneda corriente ($8´090.073 M/cte.)

[8] Ver folios 13 a 15 del cuaderno principal del expediente de tutela.

[9] Al respecto ver folio 13 del cuaderno principal del expediente de tutela.

[10] En efecto, la Resolución 042083 del 14 de septiembre de 2007 dice sobre el particular lo siguiente: "Que los beneficios de la transición no se recuperan por el hecho que el asegurado consigne las diferencias entre los aportes y los rendimientos efectuados en el fondo privado y los que debió efectuar en el fondo privado y los que les corresponde realizar en el Seguro Social." Ver folio 14 del acuerdo principal del expediente de tutela.

[11] La Ley 100 de 1993 entró a regir el 1° de abril de 1994 para los efectos de aportes pensionales (Art. 28. Diario Oficial No. 41.148 de 23 de diciembre de 1993).

[12] Este Decreto regula el régimen pensional especial para la Rama Jurisdiccional y el Ministerio Público

[13] La demanda cita en este punto la Sentencia T-534 de 2001, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

[14]Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra.

[15] Sentencia T-055 de 2006, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

[16] M. P. Rodrigo Escobar Gil.

[17] M. P. Rodrigo Escobar Gil.

[18] El Auto 009 del 27 de enero de 2009 que aceptó la petición de nulidad de la sentencia

T-126 de 2009, explicó en el numeral tercero de sus antecedentes los argumentos de la solicitud de nulidad. Así, en la medida en que tal y como lo afirma el aquí solicitante de la nulidad, los argumentos expuestos en aquella oportunidad son los mismos que motivaron la nulidad de la sentencia T-326 de 2009, estos se trascriben a continuación:

"3. La solicitud de nulidad de la sentencia T-168 de 2009.

Con fecha dos (2) de junio de dos mil nueve (2009), se recibió en la Secretaría General de la Corte Constitucional la solicitud de nulidad de la sentencia T-168 de 2009, presentada por el Instituto de Seguros Sociales. El solicitante propone dos argumentos que pueden resumirse de la siguiente manera:

En primer lugar, argumenta que la sentencia T-168 de 2009, proferida por la Sala Octava de Revisión, es violatoria del debido proceso porque cambia la jurisprudencia sostenida por la Sala Plena de la Corte Constitucional en las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, teniendo en cuenta que el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991 exige un pronunciamiento del pleno de la Corte para que pueda producirse dicha modificación. El cambio consiste, según el solicitante, en que '(…) la Sala Plena en sentencia C-789 de 2002, reiterada por la sentencia C-1024 de 2004, estipuló que para efectos de la conservación del régimen de transición, de aquellas personas que acrediten 15 años de servicios o cotizaciones a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (01 de abril de 1994), es necesario que trasladen al Régimen de Prima Media (RPM) todo el ahorro que habían efectuado al Régimen de Ahorro Individual (RAI) y que dicho ahorro no fuere inferior al monto del aporte legal correspondiente, en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media. Sin embargo la Sala Octava de Revisión (…) en el mismo tema, consideró que si bien es cierto el primer requisito es necesario, frente al último, se apartó de lo ya estipulado por la Sala Plena, toda vez que indicó: 'Trasladar al régimen de prima media todo el ahorro que hayan efectuado en el régimen de ahorro individual, sin importar que dicho ahorro sea inferior al aporte legal correspondiente en caso de que hubieran permanecido en el régimen de prima media''.

Además indica que, contrario a lo que señala la sentencia atacada, en razón a lo dispuesto en el decreto 3995 de 2008 sí es posible que el ahorro sea el mismo en el régimen de ahorro individual que en el de prima media y, por ello mismo, es factible cumplir con el

requisito impuesto para el regreso al régimen de prima media en las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, a pesar de la modificación introducida por la Ley 797 de 2003. Tal decreto previó, en el artículo 7, que 'para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS'.

En segundo lugar, sostiene que la posición contenida en la sentencia T-168 de 2009 también contradice la jurisprudencia de la Sala Plena sentada en la sentencia C-030 de 2009 en la que se reafirmó, respecto de 'las pensiones especiales', 'la necesidad de que el Instituto de los Seguros Sociales NO reciba menos del aporte legal correspondiente en caso de haber permanecido en el régimen de prima media, al establecer (…) que la persona que ejerza la opción, puede aportar voluntariamente los recursos adicionales necesarios en el evento en que el ahorro en el régimen de ahorro individual sea inferior al monto del aporte legal correspondiente, en caso de que hubiere permanecido en el régimen de prima media, como se advirtió en la sentencia C-789 de 2002'."

[19] El Decreto 3800 de 2003 en su artículo 3° dispone lo siguiente:

"Artículo 3°. Aplicación del Régimen de Transición. En el evento en que una persona que a 1° de abril de 1994 tenía quince (15) o más años de servicios prestados o semanas cotizadas, que hubiere seleccionado el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, decida trasladarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, le será aplicable el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo cual podrán pensionarse de acuerdo con el régimen anterior al que estuvieren afiliados a dicha fecha, cuando reúnan las condiciones exigidas para tener derecho a la pensión de vejez, siempre y cuando cumplan con los siguientes requisitos:

a) Al cambiarse nuevamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se traslade a él el saldo de la cuenta de ahorro individual del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y

b) Dicho saldo no sea inferior al monto total del aporte legal para el riesgo de vejez, correspondiente en caso de que hubieren permanecido en el Régimen de Prima Media, incluyendo los rendimientos que se hubieran obtenido en este último.

En tal evento, el tiempo cotizado en el Régimen de Ahorro Individual le será computado al del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Para efectos de establecer el monto del ahorro de que trata el literal b) anterior no se tendrá en cuenta el valor del bono pensional."

[20] Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett.

[21] Sentencia T-179 y T-536 de 2003, M(s) P(s) Clara Inés Vargas Hernández y Jaime Araújo Rentería respectivamente. En igual sentido ver las sentencias T-623 de 2006 M. P. Álvaro Tafur Galvis y T-484 de 2007M. P. Humberto Antonio Sierra Porto entre otras.

[22] Sentencia T-199 de 2007 M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[23] Sentencia T-214 de 1999 M. P. Vladimiro Naranjo Mesa. En igual sentido T-189 de 2007 M. P. Álvaro Tafur Galvis, en esta oportunidad la Sala Octava de Revisión dispuso la reliquidación de la mesada asignada indebidamente por la Caja Nacional de Previsión Social al padre de un adolescente discapacitado, cuya atención en todos los campos superaba con creces la prestación reconocida.

[24] Sentencia T-797 de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

[25] Ver folio 23 del expediente.

[26] Cfr. Parte considerativa de la Resolución 0013228 de septiembre 5 de 2006, a folio 16 del expediente.

[27] Cfr. Ibídem.

[28] Ver folio 16 del expediente.

[29] Ver folios 21 a 23 del expediente.

[30] La diferencia de rendimiento fue estimada en la suma de ocho millones noventa mil setenta y tres pesos moneda corriente ($8´090.073.00 M. /cte.).

[31] Además, en esta Resolución el ISS desestimó el tiempo cotizado para el empleador

“Carimagua”, en la medida en que no se había demostrado el pago de las cotizaciones para salud.

[32] Sentencia T-944 de 2006, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

[33] Ver anverso del folio 15 del expediente.

[34] El Código Contencioso Administrativo (C.C.A.) dispone en su artículo 136. Modificado por la Ley 446 de 1998,

art. 44. “Caducidad de las acciones.

1. La acción de nulidad podrá ejercitarse en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto.

2. La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso. Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe.

(…)”

[35] La jurisprudencia en algunas oportunidades ha tenido como referente los 71 años para establecer lo que ha de considerarse arribo a la “tercera edad”. Lo anterior, por cuanto este es el momento en que una persona supera el límite promedio de vida probable de los colombianos. Al respecto, consúltense las sentencias T-214 de 1999 y T-603 de 2008, entre otras.

[36] En la Sentencia T-143 de 2008, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, la Corte expresó lo siguiente:

“En primer lugar, debe señalarse que el accionante es una persona de avanzada edad, pues en la actualidad cuenta con 61 años de edad (folio 10), perteneciente a la tercera edad que prácticamente bordea la etapa de productividad laboral y que se aproxima a los umbrales del tiempo de vida probable de los colombianos, lo cual lo hace sujeto de especial

protección constitucional en los términos de lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional[36] y por los artículos 13 y 46 de la Carta Política."

[37] Sentencia T-1325 de 2005, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[38] En el mismo sentido puede consultarse también la Sentencia T-603 de 2008, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[39] Cf. Sentencias T-1325, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto de 2005 y T-603 de 2008, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[41] Ver expediente, folios 27 a 31.

[42] Sentencia T-603 de 2008, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[43] Sentencia T-1207 de 2005, M. P. Jaime Araujo Rentería.

[44] Sentencias T-574 de 2002 (M. P. Rodrigo Escobar Gil) y T-996 de 2005. (M. P. Jaime Córdoba Triviño). Del mismo modo, la Corte Suprema de Justicia ha dicho: "Fungiendo la Corte como juez de segunda instancia, además de las consideraciones expuestas en sede de casación, es pertinente acotar que respecto del argumento del Tribunal para colegir que el demandante disponía de medios económicos suficientes para su subsistencia por recibir de manera ocasional $20.000 0 $ 25.000 semanales y por estar percibiendo su cónyuge un salario mínimo legal mensual, no es más que una suposición del juzgador, pues ello no conduce necesariamente a concluir que esta persona sea autosuficiente económicamente, como erradamente lo concluyó. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Radicación No. 22.132. Sentencia del 11 de mayo de 2004. M. P. Carlos Isaac Nader).

[45] Sentencia C-111 de 2006, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

[46] Sobre el alcance de la seguridad social como derecho protegido a la luz del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en su observación general número XX el Comité hizo las siguientes precisiones: "26. El artículo 9 del Pacto prevé de manera general que los Estados Partes "reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso el seguro social", sin precisar la índole ni el nivel de la protección que debe garantizarse. Sin embargo, en el término "seguro social" quedan incluidos de

forma implícita todos los riesgos que ocasionen la pérdida de los medios de subsistencia por circunstancias ajenas a la voluntad de las personas. 27.De conformidad con el artículo 9 del Pacto y con las disposiciones de aplicación de los Convenios de la OIT sobre seguridad social -Convenio Nº 102, relativo a la norma mínima de la seguridad social (1952) y Convenio Nº 128 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes (1967)- los Estados Partes deben tomar las medidas adecuadas para establecer, con carácter general, sistemas de seguros de vejez obligatorios, a percibir a partir de una edad determinada, prescrita por las legislaciones nacionales" (…) 30. Finalmente, para dar pleno cumplimiento al mandato del artículo 9 del Pacto, como ya se ha señalado en los párrafos 20 y 22, los Estados Partes deberán establecer, dentro de los recursos disponibles, prestaciones de vejez no contributivas u otras ayudas, para todas las personas mayores que, al cumplir la edad prescrita fijada en la legislación nacional, por no haber trabajado o no tener cubiertos los períodos mínimos de cotización exigidos, no tengan derecho a disfrutar de una pensión de vejez o de otra ayuda o prestación de la seguridad social y carezcan de cualquier otra fuente de ingresos".

[47] (i) artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: "Artículo 22. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad"; (ii) artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: "Artículo 9Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social"; (iii) artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona: "Artículo XVI. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia"; (iv) artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: "Artículo 9. Derecho a la Seguridad Social. 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes"; y (v) el artículo 11, numeral 1,

literal “e” de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: Artículo 11 || 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular: e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas;

[48]Sentencia T-284 de 2007 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[49] Sentencia C-623 de 2004 M. P. Rodrigo Escobar Gil.

[50] Posición planteada desde la sentencia T-406 de 1992 M. P. Ciro Angarita Barón.

[51] Víctor Abramovich, Christian Courtis, Los derechos sociales como derechos exigibles, Editorial Trotta, Madrid, 2002.

[52] Ver las sentencias T-016 de 2007 M. P. sobre el derecho a la salud, T-585 de 2008 M. P. Humberto Antonio Sierra Porto sobre el derecho a la vivienda, y T-580 de 2007 M. P. sobre el derecho a la seguridad social.

[53] Al respecto ver las Sentencias C-616 de 2001 M. P. Rodrigo Escobar Gil, C-130 de 2002 M. P. Jaime araújo Rentería, C-791 de 2002 M. P. Eduardo Montealegre Lynett y SU-623 de 2001 M. P. Rodrigo Escobar Gil.

[54] Sentencia T-016 de 2007 M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[55] Ibídem.

[56] Ley 100 de 1993, Artículo 12.

[57] Ley 100 de 1993, Artículo 13, literal b.

[58] Originalmente, tal norma prescribía que los afiliados sólo podían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres años, contados a partir de la selección inicial. Posteriormente, el artículo 2 de la ley 797 de 2003 modificó la disposición citada y aumentó el período que deben esperar los afiliados para cambiarse de régimen pensional a cinco

años. Además, incluyó una prohibición: el afiliado no podrá trasladarse cuando le falten diez años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. Prohibición que empezó a regir un año después de la entrada en vigencia de la ley 797 de 2003.

[59] Ley 100 de 1993, Artículo 32.

[60] Ley 100 de 1993, Artículo 52.

[61] Ley 100 de 1993, Artículos 60, literal d y 97.

[62] Conforme al artículo 64 de la Ley 100 de 1993, los afiliados tendrán derecho a retirarse a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta les permita obtener una pensión superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente.

[63] Ley 100 de 1993, Artículo 90.

[64] El artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 se encuentra trascrito en el pie de página número 58 de esta sentencia como parte de la cita jurisprudencial que se hace de la sentencia SU-062 de 2010.

[65] "Decreto 3995 de 2008. Por el cual se reglamentan los artículos 12, 13 y 16 de la Ley 100 de 1993. El Presidente de la República de Colombia, En uso de sus facultades legales, en especial las que confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, CONSIDERANDO:

Que las disposiciones legales vigentes relacionadas con la prohibición de estar múltiple vinculado o de cotizar en los dos regímenes pensionales, así como la prevención, control y solución de estas situaciones previstas en la normatividad, requieren para su plena efectividad del cruce de las bases de datos de los afiliados del Sistema General de Pensiones con base en historias laborales actualizadas y fidedignas.

Que los procesos de cruce de información mencionados, así como los controles para la prevención en el futuro de la múltiple vinculación, solamente pudieron realizarse y finalizarse con base en procesos tecnológicos de manera adecuada durante los años 2006 y 2007, lo que impidió que las administradoras pudieran cumplir oportunamente con su obligación de informar a sus afiliados o cotizantes su situación de múltiple vinculación o de

cotizante no vinculado. Dicha situación generó, a su turno, que durante el período transcurrido entre la entrada de vigencia del Sistema General de Pensiones y el 31 de diciembre de 2007, surgieran numerosos casos de personas con vinculaciones y/o cotizaciones simultaneas a los dos regimenes pensionales, generando confusión acerca de cual es la administradora que debe responder por las prestaciones de vejez, invalidez y sobrevivencia, tal y como lo demuestra la situación generalizada de mora y litigiosidad en el reconocimiento y pago de tales prestaciones.

Que tal situación requiere de una solución definitiva en la cual, por una única vez, se resuelvan estos casos de manera masiva, privilegiando la voluntad de los cotizantes, teniendo en cuenta los tiempos de las cotizaciones efectuadas para todos los efectos y preservando el derecho de la libre escogencia bajo parámetros claros que permitan establecer la verdadera situación de los afiliados al Sistema" (subraya fuera del texto original).

[66]"CAPITULO VII. TRASLADO DE PERSONAS CON MENOS DE 10 AÑOS PARA CUMPLIR LA EDAD PARA TENER DERECHO A PENSIÓN. Artículo 12. Traslado de personas con menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a pensión. Las personas vinculadas al RAIS a las que les falten menos de 10 años para cumplir la edad para la pensión de vejez del Régimen de Prima Media, podrán trasladarse a este únicamente si teniendo en cuenta lo establecido por las Sentencias C-789 de 2002 y la C-1024 de 2004, recuperan el régimen de transición. La AFP a la cual se encuentre vinculado el afiliado que presente la solicitud de traslado, deberá remitir toda la información necesaria para que el ISS realice el cálculo respectivo conforme a lo señalado en el artículo 7° del presente Decreto. Una vez recibida la información contará con 20 días hábiles para manifestar si es viable el traslado".

[67]"Artículo 7°. Traslado de Recursos. El traslado de recursos pensionales entre regímenes, incluyendo los contemplados en este Decreto, así como de la historia laboral en estos casos, deberá realizarse en los términos señalados a continuación y en el artículo siguiente:

Cuando se trate de una administradora del RAIS, deberá trasladar el saldo en unidades de los aportes efectuados a nombre del trabajador, destinados a la respectiva cuenta individual y al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, multiplicado por el valor de la unidad vigente para las operaciones del día en que se efectúe el traslado.

Para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS.

Tratándose del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM, la devolución se efectuará por el valor equivalente a las cotizaciones para financiar la pensión de vejez, que se hubieren efectuado actualizadas con la rentabilidad acumulada durante el respectivo período de las reservas para pensión de vejez del ISS, o en su defecto la informada por la Superintendencia Financiera para los períodos respectivos.

Parágrafo. Con ocasión de la definición de la múltiple vinculación de sus afiliados y la determinación de las sumas a trasladar, las entidades administradoras del Sistema General de Pensiones quedan facultadas para compensar, total o parcialmente, los saldos respectivos.

Lo anterior sin perjuicio de la facultad que tiene la Superintendencia Financiera de precisar otros aspectos referentes a la materia".

[68] Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

[69] Ver folios 16 a 19 del cuaderno principal del expediente de tutela.

[70] Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.