

Sentencia T-037/11

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

El derecho a la seguridad social, es un derecho fundamental y cuando se presenten alguno de los dos eventos descritos, la acción de tutela puede ser usada para protegerlo, siempre y cuando se verifiquen, además, los requisitos de procedibilidad de este mecanismo procesal.

TRASLADO DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL AL REGIMEN DE PRIMA MEDIA EN EL CASO DE LOS BENEFICIARIOS DEL REGIMEN DE TRANSICION-Reiteración de jurisprudencia/TRASLADO DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL AL REGIMEN DE PRIMA MEDIA EN EL CASO DE LOS BENEFICIARIOS DEL REGIMEN DE TRANSICION-Requisitos establecidos por la jurisprudencia para acceder al traslado pensional

Referencia: expediente T-2.803.822

Acción de tutela instaurada por Martha Cecilia Valencia Brito contra el Fondo de Pensiones ING y el Instituto de Seguros Sociales (ISS)

Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C. tres (3) de febrero de dos mil once (2011).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Luís Ernesto Vargas Silva, María Victoria Calle Correa y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Nacional y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente.

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos por el Juzgado Único de Familia de Dosquebradas, Risaralda, en la acción de tutela instaurada por Martha Cecilia Valencia Brito contra el Fondo de Pensiones ING y el Instituto de Seguro Social (ISS).

I. ANTECEDENTES

El pasado veintiuno (21) de junio de dos mil diez (2010) la ciudadana Martha Cecilia Valencia Brito interpuso acción de tutela ante el Juzgado Único de Familia de Dosquebradas, Risaralda solicitando el amparo de su derecho fundamental a la seguridad social, el cual, en su opinión, ha sido vulnerado por el Fondo de Pensiones ING y el Instituto de Seguros Sociales (ISS).

De acuerdo con la acción de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, la accionante sustenta su pretensión en los siguientes

Hechos

1.- Martha Cecilia Valencia Brito, de 56 años de edad y beneficiaria del régimen de transición, solicitó al Fondo de Pensiones ING Pensiones el traslado al Instituto de Seguros Sociales. Dicha solicitud, también fue elevada ante Instituto de Seguros Sociales.

2.- El 26 de marzo de 2010, el Instituto de Seguros Sociales negó el traslado, por cuanto el concepto 7116 de 2006, emitido por el Ministerio de Protección Social, prohíbe el traslado de un afiliado cuando éste haya superado la edad mínima de pensión en el régimen de prima media.

Solicitud de Tutela

3.- Con fundamento en los hechos narrados, la ciudadana Martha Cecilia Valencia Brito solicitó la protección de su derecho fundamental a la seguridad social que considera vulnerado al negarse las entidades demandadas a efectuar el traslado de régimen pensional.

Respuesta de las entidades demandadas

4.- El Fondo de Pensiones ING por medio de escrito del 24 de junio 2010 respondió la acción

de tutela de la referencia y solicitó denegar el recurso de amparo.

5.- Señaló que el traslado de régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida no es procedente, por cuanto el artículo 2 de la ley 797 de 2003 prohíbe el traslado de un afiliado que cuente con menos de 10 años para acceder al beneficio pensional.

6.- El Instituto de Seguros Sociales, el 28 de junio de 2010, también solicitó negar la tutela de la referencia, por cuanto la “señora MARTHA CECILIA VALENCIA BRITO ha superado la edad de adquisición al derecho a la pensión de vejez, “por lo que, de acuerdo con el concepto 7116 de 2006, emitido por el Ministerio de Protección Social, el traslado de régimen no es posible.

Decisiones judiciales objeto de revisión

Sentencia de instancia única

7.- El Juzgado Único de Familia de Dos Quebradas, Risaralda denegó el amparo solicitado pues consideró que al ser este un conflicto de orden laboral el juez encargado de dirimir la litis es el juez ordinario

Pruebas que obran en el expediente

* Derecho de Petición elevado por Martha Cecilia Valencia Brito, el día 19 de marzo de 2010.

* Copia del formulario de vinculación o actualización al sistema general de pensiones del Instituto de Seguros Sociales.

* Respuesta del Instituto de Seguros Sociales al derecho de petición elevado por Martha Cecilia Valencia Brito, con fecha del 26 de marzo de 2010.

* Reporte del Instituto de Seguros Sociales de las semanas cotizadas de Martha Cecilia Valencia Brito.

* Copia de Orden de transporte de Domesa.

* Copia de solicitud de traslado emitida por ING al Instituto de Seguros Sociales

* Copia de constancia de afiliación de Martha Cecilia Valencia Brito a ING pensiones y cesantías.

* Copia de la Historia laboral proferida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

1.- Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

2.- En atención a lo expuesto, esta Sala de Revisión debe determinar si el Instituto de Seguros Sociales vulneró el derecho fundamental a la seguridad social de la señora Martha Cecilia Valencia Brito, por cuanto, las entidades demandadas le negaron el traslado del régimen pensional de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida, a pesar de ser beneficiaria del régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por superar la edad para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media.

A fin de resolver el asunto, la Sala se pronunciará sobre los siguientes tópicos: (i) la seguridad social como derecho constitucional fundamental y su protección por medio de la acción de tutela, (ii) el traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media para los beneficiarios del régimen de transición; y (iii) el caso concreto.

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

La seguridad social se erige en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho constitucional a cuyo cumplimiento se compromete el Estado, según se sigue de la lectura del artículo 48 superior, el cual prescribe lo siguiente: “Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social”¹.

La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho a la seguridad social se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional pues son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social². 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”.

Así mismo se encuentra estipulado en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales:

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.

De manera similar, 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”.

En el mismo sentido el Código Iberoamericano de la Seguridad Social, aprobado por la ley 516 de 1999, en su artículo 1, establece:

“El Código reconoce a la Seguridad Social como un derecho inalienable del ser humano”.

De la lectura de las normas transcritas se deduce que el derecho a la seguridad social protege a las personas que están en imposibilidad física o mental para obtener los medios de subsistencia que le permitan llevar una vida digna a causa de la vejez, del desempleo o de una enfermedad o incapacidad laboral.

Como se puede apreciar, el derecho a la seguridad social demanda el diseño de una estructura básica que, en primer lugar, establezca las instituciones encargadas de la prestación del servicio y precise, además, los procedimientos bajo los cuales éste debe ocurrir. En segundo término, debe definir el sistema a tener en cuenta para asegurar la provisión de fondos que garanticen su buen funcionamiento. En este punto cobra especial importancia la labor del Estado, el cual, por medio de asignaciones de sus recursos fiscales, tiene la obligación constitucional de brindar las condiciones necesarias para asegurar el goce del derecho irrenunciable a la seguridad social³.

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” 4.

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 positiva⁵. 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.

Es por ello que en pronunciamientos más recientes esta Corte ha señalado que todos los derechos constitucionales son fundamentales⁶ 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 un 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).

Ahora bien, una cosa es la fundamentalidad de los derechos y otra - muy distinta - la posibilidad de hacerlos efectivos a través de la acción de tutela.

Existen facetas prestacionales de los derechos fundamentales - sean éstos civiles, políticos, económicos, sociales o culturales -, como el derecho a la pensión de vejez, cuya implementación política, legislativa, económica y técnica es más exigente que la de otras y depende de fuertes erogaciones económicas en un contexto de escasez de recursos. Esto supone que algunas veces sea necesario adoptar políticas legislativas y/o reglamentarias para determinar específicamente las prestaciones exigibles y las condiciones para acceder a las mismas, las instituciones obligadas a brindarlas y su forma de financiación, teniendo en cuenta que se debe atender, de modo prioritario, a quienes más lo necesitan. 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 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 normas⁷.

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, quién 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 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 conculcado⁸, 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 indefensión⁹.

De esta forma queda claro que el derecho a la seguridad social, es un derecho fundamental y que, cuando se presenten alguno de los dos eventos descritos, la acción de tutela puede ser usada para protegerlo, siempre y cuando se verifiquen, además, los requisitos de procedibilidad de este mecanismo procesal.

4. El traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media para los beneficiarios del régimen de transición -Reiteración de Jurisprudencia-.

Esta Corporación, en diversas oportunidades, ha estudiado el traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida para el caso de los beneficiarios del régimen de transición.

Así en sentencia C-789 de 2002, esta Corporación estudió la constitucionalidad de los incisos 4 y 5 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En esa oportunidad, la Sala Plena determinó que los referidos incisos, no son aplicables a las personas que tenían 15 años o más de trabajo cotizados al 1° de abril de 1994, habida cuenta que para esa fecha habían cumplido con el 75% o más del tiempo de trabajo necesario para acceder a la pensión y, por ende, debían respetárseles las condiciones de tiempo de servicio, edad y monto de la pensión con las que esperaban adquirir su derecho, siempre y cuando “(i) 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, (ii) 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”. (Negrillas fuera del texto)

En otras palabras, este Alto Tribunal sostuvo que los incisos 4 y 5 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 únicamente le son aplicables a las mujeres y a los hombres que, al entrar en

vigencia el estatuto de seguridad social, tenían como mínimo 35 y 40 años de edad respectivamente. Respecto de ellos, el acogerse o trasladarse al régimen de ahorro individual se traduce en la pérdida de los beneficios que consagra el régimen de transición.

Con ocasión del examen de constitucionalidad del artículo 2° de la Ley 797 de 2003¹⁰, que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la Corte declaró exequible la norma acusada, 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.

Esta decisión se fundamentó en que, si bien es cierto que la prohibición, establecida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, de trasladarse de régimen pensional cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, es legítima, adecuada y proporcional, no puede perderse de vista que de acuerdo con los argumentos esbozados en la sentencia C-789 de 2002, las personas que hayan cotizado 15 años o más al 1° de abril de 1994, tienen un “derecho adquirido a estar o a permanecer en el régimen de transición”, lo que impone que puedan retornar en cualquier tiempo al régimen de prima media con prestación definida en procura de hacer efectivo su derecho pensional con fundamento en las disposiciones que le resulten más beneficiosas.

Bajo ese derrotero, esta Corporación indicó que siendo la permanencia en el régimen de transición un derecho adquirido, la norma demandada no podía desconocer la posibilidad de las personas, hombres y mujeres sin importar su edad, que hubiesen cotizado 15 años antes del 1° de abril de 1994, de regresar en cualquier tiempo con el total de sus aportes y rendimientos, del sistema de ahorro individual con solidaridad al sistema de prima media con prestación definida que administra el Instituto de Seguros Sociales.

A pesar de los lineamientos dados por esta Tribunal una persona beneficiaria del régimen de transición por tener más de 15 años de servicio a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994, no podía trasladarse nuevamente al régimen de prima media con prestación definida, por cuanto la variación en la distribución del aporte para el régimen de ahorro individual realizado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003 hacía imposible que cumpliera con los

requisitos establecidos en la sentencia C-789 de 2002, que son, que la persona: “(i) al cambiarse nuevamente al régimen de prima media, se traslade a [Instituto de Seguros Sociales] todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad; y, (ii) 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”. (Negrillas fuera del texto)

La sentencia SU-062 de 2010 abordó el problema en cuestión e indicó que “[e]l 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. 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”¹¹.

Por lo anterior, la Sala Plena de esta Corporación consideró necesario ajustar la jurisprudencia constitucional a la normatividad vigente y reiterar lo expresado en las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2002, para lo cual 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 con los siguientes requisitos:

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

i. Trasladar al régimen de prima media todo el ahorro que hayan efectuado en el régimen de ahorro individual

i. 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”.

Así mismo, en la citada sentencia se sostuvo que la diferencia en la rentabilidad que producen los dos regímenes pensionales sobre los dineros aportados, no puede constituir un impedimento para negar a los beneficiarios del régimen de transición, el traspaso del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida por incumplimiento del requisito de la equivalencia en el ahorro, habida cuenta que antes de dar origen a la negativa, se les debe ofrecer “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”. De esa manera, superó cualquier inconveniente que se llegará a presentar frente a la equivalencia de la rentabilidad en el momento del traslado pensional.

En el presente asunto, la señora Martha Cecilia Valencia Brito considera vulnerados sus derechos constitucionales a la seguridad social, por parte del Instituto de Seguros Sociales e ING Pensiones y Cesantías, por cuanto le negaron el traslado del régimen pensional de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida, a pesar de ser beneficiaria del régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Con el objetivo de dar solución al problema jurídico planteado, esta Sala de Revisión debe determinar si en este caso la actora cumple con los requisitos establecidos por la jurisprudencia para acceder al traslado pensional.

En primer lugar, se debe analizar si la actora a 1 de abril de 1994 contaba con 15 o más años de servicio, por cuanto, al tenor de los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, los hombres que a 1 de abril de 1994 tuvieran 40 años de edad o más, o las mujeres que tengan 35 años o más para esa fecha, que se hayan acogido voluntariamente al régimen de

ahorro individual con solidaridad y decidan posteriormente retornar al de prima media con prestación definida, no podrán hacerlo, ya que el solo cumplimiento de la edad no los ubica como beneficiarios del cambio de régimen pensional.

De las pruebas obrantes en el expediente, se observa que la accionante cotizó interrumpidamente desde el 5 de abril de 1972 hasta el 31 de marzo de 1994 al Instituto de Seguros Sociales 1137 semanas, lo que equivale a 22 años de servicio aproximadamente. Por consiguiente, la actora cumple con el requisito de tener mínimo 15 años de servicios cotizados a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, siendo éste un presupuesto indispensable para habilitar su regreso en cualquier momento al régimen de prima media con prestación definida.

No obstante, el Instituto de Seguros Sociales en comunicación del 29 de marzo de 2010, arguyó que el Concepto 7116 del 26 de abril de 2006, proferido por el Ministerio de Protección Social prohíbe el traslado de una persona que haya superado la edad mínima para acceder a la pensión, a pesar de cumplir los requisitos, ya mencionados, establecidos por esta Corporación.

Al respecto, es necesario aclarar que el concepto de traslado pensional “en cualquier momento” contempla la posibilidad de que cualquier persona que tenga mas de 15 años de servicio a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, eso incluye a aquellas personas que hayan superado la edad mínima requerida para acceder al beneficio pensional (55 años) en el régimen de prima media con prestación definida, por lo que pueden hacer uso de la figura del cambio de régimen pensional en cualquier tiempo, habida cuenta que no existe en el ordenamiento jurídico disposición legal o precedente jurisprudencial que impida esta práctica. De este modo, la Sala considera que el concepto 7116 del 26 de octubre de 2006 proferido por el Ministerio de la Protección Social y citado por el ISS, desconoce abiertamente los mandatos constitucionales y los lineamientos que esta Corporación estableció en las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, razón por la cual no resulta vinculante.

Habiendo cumplido el primer requisito de tener al 1° de abril de 1994 más de 15 años de servicios cotizados, se torna necesario estudiar los otros dos presupuestos que ha señalado la jurisprudencia constitucional para que proceda el traslado pensional.

En cuanto atañe a la obligación de trasladar al régimen de prima media todo el ahorro que

haya efectuado el trabajador en su cuenta del régimen de ahorro individual, vale la pena resaltar que la accionante no se ha opuesto a dicho traslado de aportes; por el contrario, lo ha solicitado inicialmente a ING Pensiones y Cesantías, y luego al Instituto de Seguros Sociales, obteniendo siempre una respuesta desfavorable.

Con respecto al tercer requisito, esto es, 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, la Sala estima que no cuenta con los suficientes elementos de juicio para determinar si el ahorro hecho por la actora es o no inferior al monto total del aporte legal correspondiente si hubiera permanecido afiliada al Instituto de Seguro Social. Por consiguiente, corresponde a este Instituto y a la AFP ING Pensiones y Cesantías, en forma coordinada, verificar la satisfacción del mencionado requisito. Para tal efecto y sólo en caso de hallar cumplido el requisito, la AFP deberá autorizar el traslado o, en caso contrario, le debe ofrecer a la accionante la posibilidad de aportar en un plazo razonable, el dinero correspondiente a la diferencia del aporte que debería tener en el régimen de prima media.

Por lo anterior, esta Sala de Revisión revocará el fallo de instancia y, en su lugar, amparará el derecho fundamental a la seguridad social de la peticionaria, ordenando al Instituto de Seguros Sociales y a la Administradora de Fondo de Pensiones ING, que en el término de 48 horas procedan a verificar, de forma coordinada, el cumplimiento por parte de la señora Martha Cecilia Valencia Brito el requisito de la equivalencia en el ahorro, teniendo en cuenta las consideraciones de esta providencia.

III. DECISION

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida el por el Juzgado Único de Familia de Dos Quebradas, Risaralda, dentro de la acción de tutela promovida por Martha Cecilia Valencia Brito contra el Fondo de Pensiones ING y el Instituto de Seguros Sociales (ISS). En su lugar, CONCEDER el amparo al derecho fundamental a la seguridad social de la actora.

Segundo.- ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales y a la Administradora de Fondo de Pensiones ING, que en el término de 48 horas, a partir de la notificación de esta providencia, procedan a verificar, de forma coordinada, el cumplimiento por parte de la señora Martha Cecilia Valencia Brito del requisito de la equivalencia en el ahorro, teniendo en cuenta las consideraciones de esta providencia.

Tercero.- ORDENAR a la AFP ING que, en caso de encontrar satisfecho el requisito de la equivalencia del ahorro, inicie los trámites pertinentes para trasladar al régimen de prima media, administrado por el Instituto de Seguros Sociales, la totalidad del ahorro efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad por la señora Martha Cecilia Valencia Brito, de conformidad con el artículo 7 del decreto 3995 de 2008, lo cual deberá cumplirse efectivamente en un término máximo de 8 días calendario.

Cuarto.- ORDENAR a la AFP ING que, en caso de que la exigencia de la equivalencia del ahorro no sea cumplida por la accionante, le ofrezca la posibilidad de aportar, 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; al cabo de lo cual deberá iniciar los trámites pertinentes para trasladar al régimen de prima media, administrado por el Instituto de Seguros Sociales, la totalidad del ahorro efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad por la señora Martha Cecilia Valencia Brito y la diferencia aportada por la misma, de conformidad con el artículo 7 del decreto 3995 de 2008, lo cual deberá cumplirse efectivamente en un término máximo de 8 días calendario.

Quinto.- ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales y a la AFP ING que informe a la señora Martha Cecilia Valencia Brito de cada una de las actuaciones que se surtan en cumplimiento de lo dispuesto en esta providencia.

Sexto.- ORDENAR que por Secretaria General de la Corte se remita el expediente al Juzgado Único de Familia de Dos Quebradas, quien se encargará de vigilar el cumplimiento de la sentencia.

Séptimo.- Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 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”.

2 (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 9 Los 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;

3 Sentencia C-623 de 2004

4 Posición planteada desde la sentencia T-406 de 1992.

5 Víctor Abramovich, Christian Courtis, Los derechos sociales como derechos exigibles, Editorial Trotta, Madrid, 2002.

6 Ver las sentencias T-016-07 sobre el derecho a la salud, T-585-08 sobre el derecho a la vivienda y T-580-07 sobre el derecho a la seguridad social.

7 Al respecto ver las Sentencias C-616 de 2001, C-130 de 2002, C-791 de 2002 y SU-623 de 2001

8 Sentencia T-016-07.

9 Ibídem.

10 “Artículo 2°. Se modifican los literales a), e),i), del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y se adiciona dicho artículo con los literales l), m), n), o) y p), todos los cuales quedarán así:

Artículo 13. Características del Sistema General de Pensiones.

(...)

e) Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. 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; (...).”

11 Sentencia SU-062 de 2010.