

T-166-13

Sentencia T-166/13

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE VEJEZ-Improcedencia por no afectar derechos fundamentales y por no haber agotado los medios ordinarios de defensa

Por regla general la acción de tutela resulta improcedente para reclamar por vía judicial el reconocimiento o reliquidación de derechos de naturaleza pensional. Sin embargo, en determinados eventos el recurso de amparo procede con el puntual fin de salvaguardar bienes iusfundamentales cuya protección resulta impostergable, siempre y cuando los medios ordinarios de defensa judicial existentes, atendiendo a las condiciones del asunto concreto, resulten insuficientes para lograr dicho cometido, ya sea porque carecen de idoneidad o eficacia, o porque se busca evitar la inminente consumación de un perjuicio irremediable.

UNIFICACION DE JURISPRUDENCIA SOBRE TRASLADO DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL AL REGIMEN DE PRIMA MEDIA EN EL CASO DE BENEFICIARIOS DEL REGIMEN DE TRANSICION-Solo pueden trasladarse en cualquier tiempo, los afiliados con 15 años o más de servicios cotizados a 1 de abril de 1994, conservando los beneficios del régimen de transición

TRASLADO DE REGIMEN PENSIONAL CUANDO AL AFILIADO LE FALTAREN DIEZ AÑOS O MENOS PARA CUMPLIR EDAD-Prohibición, so pena de perder derecho al régimen de transición

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE VEJEZ-Procedencia excepcional cuando se vulneran derechos de las personas de la tercera edad

Esta Sala concluye que si bien hay regulación expresa por parte de legislador para solucionar la controversia suscitada y un procedimiento judicial adecuado para tal propósito, en el presente caso este medio no resulta idóneo para su amparo efectivo debido a la edad de la accionante, el estado de salud en el que se encuentra y el hecho que las entidades accionadas no hayan podido resolver de manera concreta el cuestionamiento efectuado por la accionante hace más de cinco (5) años. Estas circunstancias, sumadas al

hecho que la accionante solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez desde el año 2008, demostrando una actuación diligente ante la administración, son razones suficientes para que esta Sala declare la procedencia formal de la acción de tutela.

TRASLADO DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL AL REGIMEN DE PRIMA MEDIA-Procede el retorno por cuanto accionante solicitó traslado en el término previsto en el art. 2 de la ley 797/03 pero no procede bajo el régimen de transición por cuanto no cumplió con el requisito de 15 años o más de servicios cotizados a 1 de abril de 1994

Esta Sala encontró que la solicitud de traslado del régimen de ahorro individual (AFP ING) al régimen de prima media con prestación definida (administrado en la actualidad por Colpensiones) se realizó dentro del plazo estipulado por el legislador para tal efecto, el cual venció el 28 de enero de 2004. Así las cosas, siguiendo la jurisprudencia reiterada en esta oportunidad la solicitud realizada por la accionante cumple con el requisito de plazo, estipulado por el legislador en el artículo 2° literal e, de la Ley 797 de 2003, razón suficiente para determinar que tiene derecho a retornar al régimen de prima media con prestación definida, siempre y cuando se sufraguen las sumas monetarias, si a ello hubiere lugar, en caso de existir diferencia entre el saldo ahorrado en el régimen de ahorro individual y el régimen de prima media con prestación definida (requisito de equivalencia del ahorro). No obstante, esta Sala encuentra que la pretensión de la accionante de pensionarse bajo el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no es procedente pues a partir de lo acreditado en esta sentencia, la actora no cumplió con el requisito de haber efectuado cotizaciones equivalentes a quince (15) años, al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Esta afirmación encuentra sustento, en el hecho, que al 1° de abril de 1994, la actora reporta un tiempo de cotizaciones equivalente a trece (13) años. De esta manera, cuando la ciudadana se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual sin tener 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, renunció al régimen de transición contemplado en el artículo 36 dispuesto en esa norma. Así las cosas, la solicitud sobre el reconocimiento de su pensión de vejez, deberá ser resuelta por la respectiva administradora de pensiones, de conformidad con la Ley 100 de 1993.

Referencia:.expediente T - 3648719

Acción de tutela instaurada por Ángela María Castañeda Cardona contra el Instituto de Seguros Sociales (ISS) hoy Colpensiones, Cajanal EICE en liquidación y/o Unidad de Gestión Pensional y Parafiscal (UGPP) y, la Administradora de Fondo de Pensiones I.N.G.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil trece (2013)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados(a) Maria Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo, y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados en el asunto de la referencia por el Juzgado Primero Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Itagüí, el día 9 de julio de 2012, en primera instancia y, la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, el día 27 de agosto de 2012, en segunda instancia.

I. ANTECEDENTES

De los hechos y la demanda

1. La ciudadana Ángela María Castañeda Cardona, presentó acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales (en adelante ISS), la Caja Nacional de Previsión Social (en adelante Cajanal), la Unidad de Gestión Pensional Parafiscal (en adelante UGPP) y la Administradora de Fondo de Pensiones I.N.G., por considerar que esas entidades vulneraron sus derechos constitucionales al debido proceso, igualdad y seguridad social. A continuación se expondrán los hechos relevantes de la demanda:

1.1 En el año de 1994, la accionante solicitó traslado del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual, con la Administradora de Fondos Pensionales ING el cual fue aprobado. Para ese momento la accionante había efectuado cotizaciones por un periodo equivalente a 13 años, en entidades de carácter público y

privado.

1.2 Con posterioridad en septiembre de 2003, la actora solicitó su traslado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Cajanal, con base en el período contemplado para tal efecto en el artículo 2°, literal e, de la Ley 797 de 2003, para lo cual efectuó el debido procedimiento.

1.3 A partir del 1° de septiembre de 2003, la accionante quedó afiliada a Cajanal, como se puede evidenciar de los reportes de historia laboral expedidos por esa entidad.[1]

1.4 En el mes de julio de 2008, la ciudadana Ángela María Castañeda Cardona solicitó ante Cajanal el reconocimiento y pago de una pensión de vejez, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993[2], considerando que era beneficiaria del régimen de transición dispuesto en esa norma, por tener más de 35 años de edad a la entrada en vigencia de la misma.

1.5. Luego de transcurrir más de un año desde el momento en el cual se efectuó la referida solicitud, la peticionaria interpuso acción de tutela para que le fuese protegido su derecho fundamental de petición. Éste fue amparado, pero la entidad accionada no cumplió con lo dispuesto, por tanto, la actora promovió incidente de desacato contra el gerente liquidador de esa entidad, el cual después de varios requerimientos resolvió la solicitud de manera negativa, por medio de resolución UGM 002626 del 10 de noviembre de 2011 (cuaderno principal de la demanda, folio 106).

1.6 Por medio de la resolución referenciada, Cajanal informó que en virtud al artículo 6° del Decreto 813 de 1994, se previó que si llegaba a ordenarse la liquidación de la caja, fondo o entidad a la cual se encontraba afiliado el servidor público, corresponderá al ISS el reconocimiento y pago de la pensión de los servidores públicos, conforme a las disposiciones del régimen que se venía aplicando. Así las cosas, manifestó que el competente para resolver su petición era el Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones) en virtud a que Cajanal se encontraba en proceso liquidatorio. Por tanto, Cajanal EICE en liquidación remitió, la carpeta pensional al ISS, para que se pronunciara sobre la solicitud elevada por la accionante.

1.8 Por medio del área de recursos humanos de la Dirección Administrativa y Financiera

de la Fiscalía General de la Nación, (entidad en la cual trabajaba) se le comunicó a la actora que el ISS no aceptó su solicitud de afiliación, toda vez que al momento de radicar la misma le faltaban menos de 10 años para pensionarse. Así las cosas, se le informó a la accionante que sus aportes serían remitidos al Fondo de Pensiones y Cesantías ING nuevamente, por lo cual debía solicitar la pensión reclamada ante esa entidad.

1.9 La accionante de 55 años, manifiesta que su situación de salud es complicada. Para sustentar lo afirmado aportó copia de su historia clínica, y manifestó que padece múltiples patologías (algunas de ellas asociadas con el estrés) como fibromialgia, desviación de la columna y osteopenia, la cual le produce fuertes dolores a nivel óseo y muscular que han tenido incidencia en aspectos de carácter físico y psicológico. Aunado a lo expuesto, aduce estar desempleada en razón a su estado de salud y no tener ingresos adicionales.

1.10 Con base en los hechos expuestos, solicitó que por medio del mecanismo de la acción de tutela, se garantice el derecho a la libre escogencia de administradora de fondos pensionales (en adelante AFP), hecho que implica que se permita volver al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS. Aunado a lo expuesto, solicita que se ordene al ISS a reconocer la pensión por jubilación de conformidad al régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993.

Intervención de las entidades accionadas

La Administradora de Fondos Pensionales ING se opuso a las pretensiones de la tutela, argumentando que la Ley 797 de 2003, estableció que la prohibición de trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad par pensionarse.

De otra parte, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Parafiscal y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, manifestó que por medio de Auto UGM 2626 del 10 de noviembre de 2011, resolvió de fondo la solicitud de reconocimiento de pensiones de vejez, informándole a la peticionaria que la entidad competente para resolver de fondo su solicitud pensional, era el ISS. Así las cosas, solicitó que se le desvinculara de la acción de tutela.

Cajanal EICE en liquidación, se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que

resultaba improcedente acudir a una herramienta de naturaleza excepcional y residual como la acción de tutela, en la atención de controversias que en razón a su naturaleza deberían ventilarse en otras sedes jurisdiccionales.

El Instituto de Seguros Sociales y/o Colpensiones, guardó silencio respecto de las pretensiones de esta acción de tutela.

Del fallo de primera instancia

2. El 9 de julio de 2012, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Itagüí con funciones de Conocimiento, concedió la acción de tutela únicamente respecto de la obligación de las entidades de comunicar a la accionante, cuál de ellas era la competente para expedir el acto administrativo que debía decidir sobre la solicitud de pensión de vejez. De otra parte, cabe destacar que en relación a la prestación reclamada, no emitió pronunciamiento alguno.

Impugnación

3. Mediante escrito presentado en término, la demandante impugnó la decisión de instancia al considerar que la sentencia de primera instancia desconocía que el artículo 2° literal e, de la Ley 797 de 2003, facultó el retorno al régimen de prima media con prestación definida, a los ciudadanos que presentaran la solicitud antes del 28 de enero de 2004. Para tal efecto, sustentó su petición con base en la Sentencia C-1024 de 2004. En lo demás, reiteró los argumentos planteados en primera instancia.

4. De otra parte, la UGPP también impugnó el fallo de tutela, con el argumento según el cual, esa entidad no era la encargada de resolver la solicitud de la accionante, toda vez que su objeto no es el de reconocer la prestación solicitada, puesto que ello es función exclusiva del ISS.

Del fallo de segunda instancia

5. La Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, en sentencia del 27 de agosto de 2012, revocó el fallo de primera instancia y negó las pretensiones de la accionante, argumentando que no había discusión alguna sobre la entidad encargada de reconocer la prestación, pues en su concepto ING pensiones debía resolver el problema planteado en la acción de tutela.

De otra parte, manifestó que la accionante debía acudir a la jurisdicción ordinaria si quería debatir la posibilidad de volver al régimen de prima media con prestación definida, pues ello no era asunto que debiera resolverse por medio de la acción de tutela.

II. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

Competencia

1. Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo determinado en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en el Auto de la Selección número once (11), del veintidós (22) de noviembre de 2012.

a. Problema jurídico planteado

2. Vistos los hechos de la demanda y la intervención de las entidades accionadas, corresponde a la Sala Novena de Revisión establecer (i) si la presente acción de tutela es formalmente procedente para enjuiciar la presunta vulneración de los derechos fundamental invocados por la peticionaria. De encontrar procedente la acción la Sala entrará a revisar, (ii) si la accionante tiene derecho a retornar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones de conformidad con lo expuesto en la Sentencia C-1024 de 2004, y el plazo perentorio estipulado en la Ley 797 de 2003. Si el estudio efectuado determina que existe el derecho de a retornar al preceptuado régimen, la Sala deberá pronunciarse sobre, (iii) la posibilidad de gozar de los beneficios del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Para dar solución al problema jurídico planteado la Corte Constitucional se pronunciará sobre: i) La procedibilidad de la acción de tutela para resolver controversias pensionales; ii) Las reglas jurisprudenciales sobre la libre escogencia de régimen pensional. Posteriormente, aplicará estas reglas para solucionar el caso concreto.

b. Solución del problema jurídico.

3. Los presupuestos procesales y sustanciales de la acción de tutela frente al reconocimiento de pensiones. Reiteración de jurisprudencia[3]

3.1. La Corte Constitucional ha indicado que por regla general la acción de tutela resulta improcedente frente al reconocimiento o reliquidación de derechos de naturaleza pensional. Lo anterior por cuanto se espera que el interesado formule su pretensión en los escenarios procesales especialmente diseñados por el legislador para dirimir las controversias de esa naturaleza, es decir, ante la jurisdicción ordinaria laboral o contencioso administrativa, según el caso. No obstante, con el objeto de armonizar el alcance de los principios de subsidiariedad de la acción de tutela, y efectividad de los derechos fundamentales, la Corporación ha precisado que en determinados eventos el recurso de amparo procede con el puntual fin de salvaguardar bienes iusfundamentales cuya protección resulta impostergable.

3.2. Para este propósito, el Tribunal Constitucional ha estudiado dos situaciones distintas de procedibilidad: cuando la acción de tutela (i) se interpone como mecanismo principal o; (ii) se ejercita como medio de defensa transitorio, a efecto de evitar la consumación de un perjuicio irremediable. Al respecto, en Sentencia T-235 de 2010 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) la Corte señaló que para que la acción proceda como mecanismo principal y definitivo, el demandante debe acreditar que, o no tiene a su disposición otros medios de defensa judicial, o teniéndolos, estos no resultan idóneos y eficaces para lograr la protección de los derechos presuntamente conculcados. A su turno, el ejercicio del amparo constitucional como mecanismo transitorio implica que, aun existiendo medios de protección judicial idóneos y eficaces, estos, ante la necesidad de evitar la consolidación de un perjuicio irremediable, pueden ser desplazados por la vía de tutela[4]. En este último caso, esa comprobación, ha dicho la Corte, da lugar a que la acción se conceda en forma provisional, hasta tanto la jurisdicción competente resuelva el litigio de manera definitiva.

3.3. Esta Corporación en Sentencia T-721 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas) insistió en que la aptitud de los instrumentos judiciales ordinarios para resolver de manera efectiva los problemas jurídicos relativos al reconocimiento y pago de derechos pensionales debe establecerse a partir de una evaluación exhaustiva del panorama fáctico y jurídico que sustenta la pretensión de amparo. Por eso, ha supeditado la aplicación del requisito de subsidiariedad al examen de las circunstancias particulares del accionante. En esa dirección, el tiempo de espera desde la primera solicitud pensional a la entidad de seguridad social (procedimiento administrativo), la edad (personas de la tercera edad), la composición del núcleo familiar (cabeza de familia, número de personas a cargo), el estado

de salud (condición de discapacidad, padecimiento de enfermedades importantes), las condiciones socioculturales (grado de formación escolar y potencial conocimiento sobre sus derechos y los medios para hacerlos valer) y las circunstancias económicas (promedio de ingresos y gastos, estrato socioeconómico, calidad de desempleo) de quien reclama el amparo constitucional, son algunos de los aspectos que deben valorarse para establecer si la pretensión puede ser resuelta eficazmente a través de los mecanismos ordinarios, o si, por el contrario, las dilaciones y complejidades que caracterizan esos procesos judiciales podrían conducir a que la amenaza o la vulneración iusfundamental denunciada se prolongue de manera injustificada.

3.4. En sentido similar, el Tribunal Constitucional ha puntualizado que si bien el derecho fundamental a la acción de tutela es predicable de todas las personas (Art. 86 C.P.), en aplicación del artículo 13 superior se debe tener en cuenta, que si se trata de sujetos de especial protección constitucional (personas de la tercera edad, en condición de diversidad funcional, cabeza de familia, en situación de pobreza, etc.) o de individuos que se encuentran en posiciones de debilidad manifiesta, el análisis de procedibilidad se flexibiliza ostensiblemente, haciéndose menos exigente en razón de la tutela reforzada predicable de estos colectivos. Así, en Sentencia T-1093 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas) la Sala Novena de Revisión señaló que “el análisis formal de procedibilidad, independientemente del escenario en que se ejercite la acción de tutela, debe efectuarse en arreglo a las particularidades fácticas y normativas que rodean el asunto iusfundamental concreto. Asimismo, la Sala estima imprescindible tomar en consideración que el artículo 1 de la Constitución Política identifica al Estado colombiano como Social de Derecho. Este principio se proyecta de forma inmediata en los incisos 2 y 3 del artículo 13 superior, los cuales ordenan la superación de las desigualdades materiales existentes, la promoción de las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, la adopción de medidas positivas en favor de grupos discriminados o marginados, y la salvaguarda reforzada de aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. Adicionalmente, el artículo 229 superior garantiza el derecho de toda persona a acceder en igualdad de condiciones a la administración de justicia. Debido a lo anotado en precedencia, cuando la acción de tutela es presentada por personas de especial protección constitucional, el juez debe: (i) efectuar el análisis de procedibilidad formal bajo criterios amplios o flexibles dada la tutela reforzada que la Carta concede en favor de estos colectivos y, (ii) tomar en cuenta que aún dentro de la categoría de personas

de especial protección constitucional existen diferencias materiales relevantes que rompen su horizontalidad y los sitúan en disímiles posiciones de vulnerabilidad que merecen distintos grados de protección”.

Esta consideración resulta de la mayor relevancia en el escenario de la acción de tutela contra decisiones que han negado una garantía pensional, ya que los beneficiarios de este tipo de prestaciones son por regla general personas con determinados grados de vulnerabilidad en razón de su pérdida de capacidad laboral y el deterioro de sus condiciones de salud producto de los quebrantos propios de la tercera edad o de las enfermedades o accidentes sufridos, lo cual les impide realizar actividades económicas que reviertan en la posibilidad de asegurar los medios necesarios para la satisfacción de sus derechos fundamentales. En ese contexto, entonces, exigir idénticas cargas procesales a personas que soportan diferencias materiales relevantes, frente a quienes no se encuentran en estado de vulnerabilidad alguno, puede resultar discriminatorio y comportar una infracción constitucional al acceso a la administración de justicia en igualdad de condiciones.

3.5. En particular, en relación con los reclamos relativos al reconocimiento de pensiones de invalidez, la Sala Novena de Revisión en la citada Sentencia T-721 de 2012, recordó que la Corte ha instado a tener en cuenta un aspecto clave: el papel que cumple esta prestación como mecanismo de compensación económica destinado a satisfacer las necesidades de quienes no pueden acceder a otra fuente de ingresos, tras haber sufrido una pérdida considerable de su capacidad laboral. En la misma decisión, la Sala señaló que las solicitudes de tutela encaminadas al reconocimiento de una pensión de invalidez, implican, de entrada, que esas peticiones son formuladas por personas en situación de vulnerabilidad, y que la negativa al reconocimiento pensional o la mora en el pago de las mesadas puede conducir a la profundización de su estado de fragilidad, así como a la infracción de otros derechos fundamentales como la salud, la vida en condiciones dignas, o el mínimo vital de los accionantes y su núcleo familiar.

3.6. Por último, en el escenario de la acción de tutela contra decisiones de una entidad administradora de pensiones de cualquiera de los regímenes de seguridad social (o de los ex empleadores encargados de la satisfacción de esta categoría de prestaciones), la Corte ha estimado necesaria la comprobación de un grado mínimo de diligencia al momento de buscar la salvaguarda del derecho invocado por parte del actor, y la afectación del mínimo

vital como consecuencia de la negación del derecho pensional. A su turno, para la prosperidad material de la acción (presupuesto de fondo), la Corporación ha exigido que se presente un adecuado nivel de convicción sobre la existencia y titularidad del derecho reclamado.

3.7. En conclusión: (1) por regla general la acción de tutela resulta improcedente para reclamar por vía judicial el reconocimiento o reliquidación de derechos de naturaleza pensional. Sin embargo, en determinados eventos el recurso de amparo procede con el puntual fin de salvaguardar bienes iusfundamentales cuya protección resulta impostergable, siempre y cuando los medios ordinarios de defensa judicial existentes, atendiendo a las condiciones del asunto concreto, resulten insuficientes para lograr dicho cometido, ya sea porque carecen de idoneidad o eficacia, o porque se busca evitar la inminente consumación de un perjuicio irremediable.

De manera semejante, (2) la aptitud de los instrumentos judiciales ordinarios para resolver de manera efectiva los problemas jurídicos relativos al reconocimiento y pago de derechos pensionales, debe establecerse a partir de una evaluación exhaustiva del panorama fáctico y jurídico que sustenta la pretensión de amparo. Por eso, la jurisprudencia constitucional ha supeditado la aplicación del requisito de subsidiariedad al examen de las circunstancias particulares del accionante y a las características del derecho pretendido. En ese orden, ha indicado que todas las personas son titulares del derecho fundamental a la acción de tutela, pero que, si se trata de sujetos de especial protección constitucional o que se ubican en posiciones de debilidad manifiesta, el análisis de los presupuestos procesales de la acción se flexibiliza ostensiblemente. La Sala precisa que en el estado actual de la jurisprudencia, la condición de vulnerabilidad no es suficiente para que la acción proceda mecánicamente. Lo que el juez debe tener en cuenta en estos casos es (i) que dentro del grupo de personas de especial protección se presentan niveles diferentes de vulnerabilidad que ameritan, a su vez, distintos grados de protección, por lo que para unos puede resultar desproporcionado el recurso a un medio judicial ordinario, mientras que para otros no; (ii) que el estudio de los presupuestos procesales de la acción se inclina hacia la procedencia formal del amparo y; (iii) que la pensión está ligada a la satisfacción del mínimo vital y otros derechos fundamentales y, por ello, su definición en la jurisdicción constitucional puede resultar trascendental para evitar graves repercusiones a las que podría verse sometida una persona en situación vulnerable, si tuviera que resignar sus pretensiones al trámite de un

proceso ordinario.

Finalmente, (3) la jurisprudencia de la Corte ha estimado necesario la acreditación de un grado mínimo de diligencia en la búsqueda administrativa del derecho presuntamente conculcado por parte del actor, la afectación de su mínimo vital como consecuencia de la negativa pensional, y una mediana certeza sobre el cumplimiento de los requisitos de reconocimiento del derecho reclamado.

4. El régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Planteamientos jurisprudenciales unificados sobre el traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media en el caso de los beneficiarios del régimen de transición. Reiteración de jurisprudencia[5]

4.1. La Sala Plena de la Corte Constitucional, en reciente sentencia SU-062 de 2010 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), se ocupó de estudiar el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y su relación con el derecho a la seguridad social, puntualizando sus argumentos en las siguientes dos conclusiones:

(i) Que el régimen de transición se consagró con el fin de beneficiar a aquellas personas que al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, estaban próximas a cumplir los requisitos de la pensión de vejez, pues se les habilitó la “expectativa de adquirir la pensión” con la observancia de las exigencias que prescribían las normas anteriores al tránsito legislativo que regula tal Ley.

(ii) Que como se desprende de la lectura del inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el legislador estableció el régimen de transición en favor de tres categorías de trabajadores que, al momento de entrar en vigor dicha Ley, esto es el 1° de abril de 1994, cumplieran con determinados requisitos. Esas categorías son: en primer lugar, los hombres que tuvieran más de 40 años; en segundo lugar, las mujeres mayores de 35 años y; en tercer lugar, los hombres y las mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de 15 años de servicios cotizados[6].

Ahora bien, en la misma sentencia SU-062 de 2010, esta Corporación señaló que si bien los beneficiarios del régimen de transición tienen libertad para escoger el régimen pensional al que se desean afiliar y también poseen la facultad de trasladarse entre ellos, no puede

perderse de vista que la escogencia del régimen de ahorro individual o el traslado que hagan al mismo, trae para ellos la consecuencia que consagra los incisos 4°[7] y 5°[8] del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, la pérdida de la protección del régimen de transición. Ello implica entonces que, para obtener el derecho a la pensión de vejez deben acreditar los requisitos que establece la Ley 100 de 1993 y no los de las normas anteriores, a pesar de ser más favorables para aquellos.

De esta forma, “el traslado deja de ser entonces una simple cuestión legal y adquiere una relevancia constitucional innegable por estar en juego un derecho fundamental”, toda vez que las personas beneficiarias de la transición al trasladarse de régimen pensional sufren serias repercusiones en el goce efectivo del derecho a la pensión de vejez y, por consiguiente, del derecho fundamental a la seguridad social.

4.2. El tema de traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media en el caso de los beneficiarios del régimen de transición, ha sido abordado por la Corte Constitucional en varias sentencias tanto de constitucionalidad como de tutela, con lo cual ha ido sentado un sólido precedente frente al caso. Para estudiarlo, haremos mención a las sentencias más importantes:

□ Sentencia C-789 de 2002: (M.P. Rodrigo Escobar Gil) El ciudadano Luis Eduardo Hernández Delgado demandó el artículo 36, incisos 4 y 5 de la Ley 100 de 1993 “Por el cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, al considerar que tales normas vulneraban el artículo 58 de la Constitución al despojar a las personas del derecho adquirido consistente en pensionarse de acuerdo al régimen de transición y, atentaban contra el artículo 53 ibídem, al permitir que los trabajadores beneficiados con el régimen de transición renunciaran al mismo al afiliarse o trasladarse al régimen de ahorro individual.

En esa oportunidad, la Sala Plena planteó como problema jurídico, si es admisible constitucionalmente que el legislador imponga como requisito para aplicar el régimen de transición que las personas no renuncien al sistema de prima media con prestación definida, a lo cual señaló que el legislador puede imponer ciertos requisitos y restringir con ello el acceso de las personas al régimen de transición, siempre y cuando tales restricciones sean razonables y proporcionadas.

Así, determinó que el derecho a obtener una pensión con el régimen de transición no es un

derecho adquirido sino una expectativa legítima a la cual decidieron renunciar voluntaria y automáticamente algunas personas, para trasladarse al sistema de ahorro individual con solidaridad. Por consiguiente, la prohibición de renunciar a beneficios laborales mínimos no se extiende a meras expectativas, 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.

Lo anterior significa que tales incisos solamente 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.

□ Sentencia C-1024 de 2004: (M.P. Rodrigo Escobar Gil) Con ocasión de una acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 2° de la Ley 797 de 2003[9], que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, un ciudadano planteó que la norma acusada vulneraba los artículos 13 y 53 de la Constitución Política, al restringirle al trabajador el derecho de trasladarse de régimen pensional cuando le faltan diez años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

En la parte resolutive de la sentencia, 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.

La ratio decidendi de esa decisión se fundamentó en que, si bien es cierto que el periodo de carencia previsto en la norma acusada, esto es, que el afiliado no pueda trasladarse de régimen pensional cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, es razonable y proporcional porque el objetivo perseguido es evitar la descapitalización del fondo común del régimen solidario de prima media con prestación definida[10], al igual que es adecuado porque conlleva a un fin constitucionalmente válido como es asegurar la intangibilidad de los recursos pensionales

en ambos regímenes para garantizar el reconocimiento del derecho irrenunciable a la pensión, 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, la Corte 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.

□ Sentencia T-818 de 2007: (M.P. Jaime Araujo Rentería) Un funcionario público distrital presentó acción de tutela contra Porvenir AFP, solicitando protección a sus derechos fundamentales a la libre escogencia de AFP, seguridad social e igualdad; en consecuencia, pidió que se ordenara a la demandada autorizar el traslado del accionante al Seguro Social.

Manifestó que en enero del año 2000 se trasladó del régimen de prima media con prestación definida a la AFP Porvenir en el régimen de ahorro individual con solidaridad, y que en el año 2006 cuando solicitó su regreso al Seguro Social por cumplir con los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, le fue negado el traslado aduciendo que no contaba con los 15 años o más cotizados antes de entrar en vigencia el estatuto de seguridad social, por ende, debía permanecer en Porvenir AFP y pensionarse por vejez con ese Fondo.

En esa ocasión la Corte estimó que los requisitos de edad -35 años para mujeres y 40 años para hombres- y de tiempo mínimo de cotizaciones exigidos para ser beneficiario del régimen de transición, son requisitos disyuntivos “por lo que basta con que en cabeza de una persona se configure alguna de las dos premisas anteriores descritas para que frente al Estado Social de Derecho aquel ostente un derecho adquirido al régimen de transición”. De esta forma, concluyó que el derecho a pensionarse bajo los parámetros establecidos en el sistema anterior a aquel fijado en la Ley 100 de 1993, es un derecho adquirido para

aquellas personas que cumplieran al menos uno de los requisitos para formar parte de dicho régimen. Así, señaló que “se presenta un derecho adquirido cuando: (i) es predicable de un sujeto y (ii) los hechos descritos en las premisas normativas se cumplen (iii) ingresando definitivamente en el patrimonio de un persona”.

Partiendo de ese derecho adquirido estimó, como consecuencia lógica, el derecho a trasladarse del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida en cualquier momento para hacer efectivo el derecho a pensión, pero estableció como única condición “que al cambiarse de régimen nuevamente se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad” (Negritas fuera del texto original).

En forma adicional, esa sentencia identificó un problema serio consistente en la imposibilidad de cumplir con el requisito de equivalencia en el 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.

Para contextualizar el problema, es necesario que esta Sala mencione que según el texto original del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, tanto en el ISS como en los fondos de pensiones, se destinaba el 3.5% de la cotización para pagar la pensión de invalidez, la pensión de sobreviviente y los gastos de administración del sistema, incluida la prima del reaseguro con el fondo de garantías, y el porcentaje restante se destinaba para el pago de la pensión de vejez.

Siendo consciente de la magnitud de ese problema, la Corte sostuvo 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 aún 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”.

Nótese que el problema fue detectado, pero no abordado ni solucionado desde su raíz; por ende, al estudiar el caso concreto, la Sala Primera de Revisión se limitó a conceder el amparo al accionante, quien a pesar de tener solo 8 años cotizados en el sistema al 1° de abril de 1994, tenía para esa fecha 41 años de edad, razón por la cual concluyó que al

cumplir el requisito de edad podía regresar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier momento antes de pensionarse, independientemente que le faltaran menos de 10 años para adquirir el derecho.

□ Sentencia SU-062 de 2010: (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) Ante la declaratoria de nulidad de la sentencia T-168 de 2009 a través del auto 009 de 2010, la Sala Plena de la Corte Constitucional profirió recientemente la sentencia unificada SU-062 de la presente anualidad, en la cual abordó el problema detectado en la sentencia T-818 de 2007, atinente a la imposibilidad de cumplir con el requisito de la equivalencia del ahorro para efectuar el traslado pensional del régimen de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida.

Esta Corporación indicó que el problema ha sido solucionado con la expedición del Decreto 3995 del 16 de octubre de 2008, el cual introdujo una norma que hace que la distribución del aporte contenida en la Ley 797 de 2003, no sea obstáculo para satisfacer el requisito de la equivalencia del ahorro que estableció la sentencia C-789 de 2002.

Revisando el texto del mencionado Decreto, la Sala Plena señaló que aquel fija las reglas (i) para escoger uno de los dos regímenes en procura de evitar la multifiliación en el sistema y (ii) para trasladar allí el ahorro efectuado en el otro. Estimó que a pesar de su objeto, el cual se centra en solucionar la situación generalizada de multifiliación pensional, “en el artículo final del decreto se prescribió que las reglas para traslado de recursos descritas en el artículo 7 se aplicarían no solo en los casos de multifiliación 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”. [11]

Precisamente, las reglas para el traslado de recursos se encuentran contempladas en el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008, y prescriben que cuando se trate de una administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad, deberá trasladar el total del saldo que reposa tanto en la respectiva cuenta individual del trabajador, como en el fondo de garantía de pensión mínima del RAIS. [12] De esta forma, “[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.”[13]

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 indicó 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.
- (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”.

Finalmente, en la sentencia de unificación la Corte adujo 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.

4.3. En este orden de ideas, siguiendo el derrotero anteriormente expuesto, podemos concluir que sólo pueden trasladarse, en cualquier momento, del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, las personas que al 1° de abril de 1994, tenían 15 años de servicios cotizados, independientemente de si se tratan de hombres o de mujeres, y de la edad que tenían para esa fecha. Quiero ello decir que, corrigiendo lo que se dijo en la sentencia T-818 de 2007, la posibilidad de traslado pensional para los beneficiarios del régimen de transición, no admite únicamente el cumplimiento de la edad de 35 años en el caso de las mujeres y 40 años en el caso de los hombre; por ende, no se puede considerar la existencia de requisitos disyuntivos según los cuales, basta el cumplimiento de uno solo de ellos, específicamente el de edad, para poder devolverse al régimen pensional administrado por el Instituto de Seguros Sociales. Queda claro entonces que, el único requisito que se debe acreditar es el de tener 15 años de servicios cotizados al 1° de abril de 1994.

Sumado a lo anterior, quienes son acreedores del traslado pensional, deberán trasladar todo el ahorro que hayan efectuado en el régimen de ahorro individual con solidaridad, lo cual incluye el saldo en unidades de los aportes efectuados a nombre del trabajador en la respectiva cuenta individual y en el fondo de garantía de pensión mínima del RAIS. Dicho ahorro no puede ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubiere permanecido bajo la administración del Seguro Social. Si llegará a ser inferior solamente por la diferencia de rentabilidad dada entre los fondos (común y privados), se le debe ofrecer al beneficiario la posibilidad de aportar, en un tiempo prudente, 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.

4.4. A estas mismas conclusiones llegó la Sala Plena de esta Corporación en pronunciamiento reciente, Sentencia SU-130 del 2013 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), en la cual se indicó que únicamente los afiliados con quince (15) años o más de

servicios cotizados al 1° de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia el Sistema General de Pensiones, pueden trasladarse en cualquier tiempo del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, conservando los beneficios del régimen de transición.

No sucede lo mismo, en cambio, con quienes son beneficiarios del régimen de transición por edad, pues como quiera que el traslado genera la pérdida automática del régimen de transición, en el evento de querer retornar nuevamente al régimen de prima media, por considerar que les resulta mas favorable a sus expectativas de pensión, no podrán hacerlo si les faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, dada la exequibilidad condicionada del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, declarada en la Sentencia C-1024 de 2004.

4.5. No obstante, el reciente pronunciamiento de unificación proferido por esta Corte (Sentencia SU-130 de 2013), no analizó la situación particular de las personas que solicitaron su traslado dentro del período que estipuló el artículo 2° literal e, de la Ley 797 de 2003. Así las cosas, esta Sala advierte que hay una situación específica prevista por la ley que permitió que a aquellas personas que les faltaban menos de diez (10) años para pensionarse, pudieran trasladarse por única vez de régimen pensional. De acuerdo con lo establecido en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° literal e, de la Ley 797 de 2003, a partir de un (1) año de la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, el afiliado no podría trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. Es decir, que esa ley otorgó un plazo comprendido entre el 29 de enero de 2003, hasta el 28 de enero de 2004 para cambiar de régimen por única vez, aún si a la persona le faltaban menos de diez (10) años para cumplir la edad necesaria para acceder a la pensión.

5. Del caso concreto.

a. Procedibilidad formal

En relación al requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, esta Sala encontró que la situación médica que presenta la peticionaria (fibromialgia, desviación de la columna y osteopenia, la cual le produce fuertes dolores a nivel óseo y muscular, Folio 60-61 cuaderno principal de la demanda) aunada a la falta de recursos económicos, producto de su

desempleo, son razones suficientes para que el análisis de procedibilidad de esta acción se torne flexible.

Aunado a ello, puede aseverarse que: a) La ineficacia de la administración para resolver cual entidad debía resolver sus pretensiones, ha generado un potencial grado de afectación de sus derechos fundamentales; b) Acreditó que en razón a su enfermedad, no puede someterse a un proceso laboral ordinario para determinar si tiene o no derecho para trasladarse de régimen; c) Ha ejercido los mecanismos que la ley dispone para resolución de su problema.

Así las cosas, esta Sala concluye que si bien hay regulación expresa por parte de legislador para solucionar la controversia suscitada y un procedimiento judicial adecuado para tal propósito, en el presente caso este medio no resulta idóneo para su amparo efectivo debido a las razones expuestas con anterioridad como la edad de la accionante, el estado de salud en el que se encuentra y el hecho que las entidades accionadas no hayan podido resolver de manera concreta el cuestionamiento efectuado por la accionante hace más de cinco (5) años.

Estas circunstancias, sumadas al hecho que la accionante solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez desde el año 2008, demostrando una actuación diligente ante la administración, son razones suficientes para que esta Sala declare la procedencia formal de la acción de tutela.

b. Procedencia material

Sobre la base de los hechos expuestos en esta acción de tutela, esta Sala encontró que en el año de 1994, la ciudadana Ángela María Castañeda Cardona, solicitó traslado del régimen pensional de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con la AFP ING. Con posterioridad, en el mes de septiembre de 2003, solicitó retornar al régimen de prima media, concretamente a Cajanal, en virtud al período dispuesto para tal fin, estipulado en el artículo 2° literal e, de la Ley 797 de 2003.

En virtud a lo expuesto en precedencia, esta Sala se pronunciará sobre las pretensiones de esta demanda, es decir, i) la procedibilidad del traslado del régimen de ahorro individual, al régimen de prima media con prestación definida; ii) la posibilidad de acceder a los

beneficios del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; iii) la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez.

En concordancia con lo expuesto en precedencia, esta Sala encontró que la solicitud de traslado del régimen de ahorro individual (AFP ING) al régimen de prima media con prestación definida (administrado en la actualidad por Colpensiones) se realizó el 23 de septiembre de 2003, es decir, dentro del plazo estipulado por el legislador para tal efecto, el cual venció el 28 de enero de 2004.

Así las cosas, siguiendo la jurisprudencia reiterada en esta oportunidad (ver, Supra 4.4 y 4.5) la solicitud realizada por la accionante cumple con el requisito de plazo, estipulado por el legislador en el artículo 2° literal e, de la Ley 797 de 2003, razón suficiente para determinar que tiene derecho a retornar al régimen de prima media con prestación definida, siempre y cuando se sufraguen las sumas monetarias, si a ello hubiere lugar, en caso de existir diferencia entre el saldo ahorrado en el régimen de ahorro individual y el régimen de prima media con prestación definida (requisito de equivalencia del ahorro).

No obstante, esta Sala encuentra que la pretensión de la accionante de pensionarse bajo el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no es procedente pues a partir de lo acreditado en esta sentencia, la actora no cumplió con el requisito de haber efectuado cotizaciones equivalentes a quince (15) años, al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Esta afirmación encuentra sustento, en el hecho, que al 1° de abril de 1994, la actora reporta un tiempo de cotizaciones equivalente a trece (13) años (cuaderno principal de la demanda, folio 133).

De esta manera, cuando la ciudadana Ángela María Castañeda se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual sin tener 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, renunció al régimen de transición contemplado en el artículo 36 dispuesto en esa norma. Así las cosas, la solicitud sobre el reconocimiento de su pensión de vejez, deberá ser resuelta por la respectiva administradora de pensiones, de conformidad con la Ley 100 de 1993.

Por consiguiente, la Sala Novena de Revisión procederá a confirmar los fallos de instancia, pero únicamente en relación con la improcedencia de la acción frente a la tutela del

derecho a la pensión de vejez, pues no existe pronunciamiento alguno por parte de la AFP o Colpensiones, sobre el cual esta Sala deba pronunciarse; y en su lugar, concederá la protección constitucional invocada en relación con el derecho a la elección y traslado de régimen pensional, ordenando a Colpensiones y a ING Pensiones y Cesantías, que en el término de 8 días calendario contados a partir de la notificación de esta providencia, procedan a verificar, de forma coordinada, el cumplimiento por parte de la ciudadana Ángela María Castañeda Cardona del requisito de la equivalencia del ahorro, teniendo en cuenta las consideraciones vertidas en la presente sentencia. Aunado a lo expuesto, dispondrá que, en caso de que la exigencia de la equivalencia del ahorro no sea cumplida por la actora, la AFP ING 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 (hoy Colpensiones), la totalidad del ahorro efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad por la ciudadana Ángela María Castañeda Cardona 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 quince (15) días calendario.

Finalmente, advertirá a Colpensiones que aunque la accionante tiene derecho a retornar al régimen de prima media con prestación definida, el estudio sobre el cumplimiento de los requisitos para acceder a una pensión de vejez, se deberá efectuar de conformidad con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y sus reformas, es decir, sin los beneficios contemplados para el régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la referida ley.

III. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- Confirmar parcialmente, los fallos proferidos por el Juzgado Primero Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Itagüí, el día 9 de julio de 2012, en primera

instancia, y la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, el día 27 de agosto de 2012, en cuanto declararon la improcedencia de la acción de tutela frente a la protección del derecho a la pensión de vejez de la señora Ángela María Castañeda Cardona y, en su lugar, conceder la tutela del derecho fundamental a la seguridad social en relación con el derecho a la elección y traslado de régimen pensional.

Tercero.- Ordenar a ING Pensiones y Cesantías S.A. que, en caso de que la exigencia de la equivalencia del ahorro no sea cumplida por la señora Ángela María Castañeda Cardona, 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 hubiere permanecido en el régimen de prima media; al cabo de lo cual deberá iniciar los trámites de traslado de que trata el numeral segundo de esta sentencia.

Cuarto.- Advertir a Colpensiones, para que el estudio sobre el cumplimiento o no de los requisitos para acceder a una pensión de vejez de señora Ángela María Castañeda Cardona, se efectúe de conformidad a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y sus reformas, es decir, sin los beneficios contemplados para el régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la referida ley.

Quinto.- Líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, Notifíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase,

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria

[1] Como puede observarse en Resolución UGM 002626 del 10 de noviembre de 2011.

[2] La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.

[3] En esta oportunidad la Sala reiterará la jurisprudencia consignada en la sentencia T-142/13 (M.P. Luis Ernesto Vargas).

[4] Sobre la figura del perjuicio irremediable y sus características, la Corte, en sentencia T-786/08 (M.P. Manuel José Cepeda) expresó: “Dicho perjuicio se caracteriza, según la jurisprudencia, por lo siguiente: (i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.”. En un sentido semejante pueden consultarse las sentencias T-225/93 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), SU-544/01 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), T-1316/01 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes), T-983/01 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), entre otras.

[5] En esta oportunidad la Sala reiterará la jurisprudencia consignada en la sentencia T-324/10 (M.P. Luis Ernesto Vargas).

[6] Estas tres categorías de trabajadores fueron establecidas en la sentencia C-789 de 2002 y posteriormente fueron reiteradas en las sentencias C-1024 de 2004 y T-1014 de 2008.

[7] Inciso 4º: “Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen de transición tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable

cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen”.

[8] Inciso 5°: “Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida”.

[9] “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; (...).”.

[10] Según esta sentencia, la descapitalización del fondo común del régimen solidario de prima media con prestación definida tendría lugar cuando: “ 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” (...) “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 (CP art. 95), sino también al principio de eficacia pensional”.

[11] “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 Medía, 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”.

[12] “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:

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”.

[13] Sentencia SU-062 de 2010.