

Sentencia T-232/11

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

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL-Protección constitucional

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES-Finalidad

En el preámbulo de la Ley 100 de 1993, fue instituido el Sistema de Seguridad Social Integral como un “conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad”. Así, el legislador organizó el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones con el objeto de brindar a la población “el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente ley...”. Por ello, creó los regímenes de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad, como dos regímenes coexistentes y solidarios pero excluyentes, cuya afiliación a uno u otro es libre y voluntaria, y los afiliados habiendo hecho ya una selección, tienen la posibilidad de trasladarse de un sistema pensional a otro, siempre y cuando reúnan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la mencionada regulación. El régimen solidario de prima media con prestación definida, es aquel donde los aportes de los afiliados, junto con sus rendimientos, constituyen un fondo público común que garantiza “el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas”, garantizando que las personas puedan acceder a la pensión de vejez.

REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA Y REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD-Diferencia

Basado en el ahorro de las cotizaciones y de los rendimientos financieros, el régimen de ahorro individual con solidaridad está compuesto por el conjunto normas, entidades y

procedimientos que administran tanto los recursos privados como los públicos, con el fin de destinarlos al pago de las pensiones y las correspondientes prestaciones de sus afiliados. A diferencia del anterior sistema, en el que los aportes constituían un fondo público, acá son consignados en una cuenta de ahorro pensional individual. Los aportes realizados en el mencionado régimen, guardan relación directa con la pensión de los afiliados, puesto que para ellos consolidar su derecho a la pensión de vejez a la edad que deseen, deben acumular en la cuenta de ahorro individual un monto que les permita obtener una pensión mensual superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente para la época. Otra diferencia con el régimen solidario de prima media, está en que en las personas que cumplan con la edad para obtener la garantía de pensión mínima de vejez (62 años hombre y 57 años mujer), pero no hayan cotizado las semanas exigidas ni acumulen en la cuenta de ahorro un capital suficiente para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la devolución de saldos, es decir, podrán reclamar la “devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho”. Por adición de la Ley 797 de 2003, el Sistema General de Pensiones prevé que para el caso en que los afiliados vean frustrada la posibilidad de acceder a la pensión, porque al cumplir con la edad no reúnan los demás requisitos legales exigidos, tendrán derecho a una indemnización sustitutiva o a la devolución de saldos, según sea el régimen en el que se encuentren cotizando.

TRASLADO DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL AL REGIMEN DE PRIMA MEDIA EN EL CASO DE LOS BENEFICIARIOS DEL REGIMEN DE TRANSICION-Reiteración de jurisprudencia

ACCION DE TUTELA-Orden a los demandados para verificar en forma coordinada si el actor cumple con el requisito de la equivalencia del ahorro

Referencia: expediente T-2858521.

Acción de tutela instaurada por la señora Blanca Cenaida Sánchez, contra Horizonte Pensiones y Cesantías y el Instituto de Seguros Sociales, ISS, seccional Cundinamarca y Bogotá D. C..

Procedencia: Juzgado Treinta y Siete Civil Municipal de Bogotá.

Magistrado Ponente:

NILSON PINILLA PINILLA.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil once (2011).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Humberto Antonio Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

En la revisión del fallo adoptado por el Juzgado Treinta y Siete Civil Municipal de Bogotá, que no fue impugnado, dentro de la acción de tutela promovida por la señora Blanca Cenaida Sánchez, contra Horizonte Pensiones y Cesantías y el Instituto de Seguros Sociales, ISS, seccional Cundinamarca y Bogotá D. C..

El expediente llegó a la Corte Constitucional por remisión que hizo el mencionado despacho judicial, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991 y fue escogido para revisión por la Sala Décima de Selección de esta corporación, en octubre 27 de 2010.

### I. ANTECEDENTES.

Blanca Cenaida Sánchez promovió acción de tutela en septiembre 9 de 2010, contra Horizonte Pensiones y Cesantías y el Instituto de Seguros Sociales, ISS, seccional Cundinamarca y Bogotá D. C., en adelante ISS, aduciendo conculcación a sus derechos a la vida, a la igualdad, a la seguridad social, al trabajo y de petición, por los hechos que a continuación son resumidos.

#### A. Hechos y narración efectuada en la demanda.

1. La actora, de 64 años de edad, indicó que desde abril 24 de 1972 hasta diciembre 31 de 1982, cotizó al ISS 597 semanas para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.
2. Manifestó que solicitó al ISS, en junio 6 de 2002, el reconocimiento y pago de la pensión de

vejez; sin embargo, la entidad mencionada se negó señalando que tenía derecho a una indemnización sustitutiva, equivalente a \$1.812.189.

3. Agregó que en junio 11 de 2002, ingresó a laborar al Centro Integral de Rehabilitación, CIREC, en un cargo de servicios generales, entidad que en agosto 9 de 2002 procedió a afiliarla a Horizonte Pensiones y Cesantías, habiendo la accionante cotizado al régimen de ahorro individual, desde la referida fecha hasta agosto 2 de 2010, un total de 420 semanas.

4. Afirmó que al no haber retirado ni “cobrado la indemnización sustitutiva”, en noviembre 25 de 2004, requirió al ISS el traslado de los aportes a la sociedad administradora de fondos de pensiones (f. 14 inicial).

5. Igualmente, aseveró que requirió a Horizonte Pensiones y Cesantías el reconocimiento de la mencionada prestación; no obstante, en febrero 25 de 2010, la sociedad administradora de pensiones le indicó que “al haberse reconocido indemnización sustitutiva por parte del ISS, los aportes efectuados con anterioridad a la fecha de reconocimiento de su prestación con sus correspondientes rendimientos procederán a ser trasladados a la mencionada entidad” (f. 11 ib.).

6. Indicó que si la administradora de fondos de pensiones trasladara los aportes cotizados por ella al ISS, podría acceder a la pensión de vejez, puesto que completaría el número de semanas requeridas.

7. Por lo expuesto, requirió la protección a sus derechos a la vida, a la igualdad, a la seguridad social, al trabajo y de petición y, por ende, solicitó ordenar al ISS (f. 13 ib.):

(i) “... recibir los aportes por traslado que está haciendo el fondo BBVA Horizonte Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías...”

(ii) Aceptar la afiliación realizada por el empleador, en la medida en que la administradora de fondos pensionales aceptó el traslado de los aportes al ISS.

(iii) Certificar “si la suscrita ha retirado sus aportes pensionales, ha cobrado indemnización sustitutiva” sobre los antiguos aportes realizados en el régimen de prima media con

prestación definida.

B. Documentos relevantes cuya copia obra en el expediente.

1. Petición realizada por la actora en noviembre 25 de 2004 al ISS, solicitando el traslado de los aportes realizados en esa entidad a Horizonte Pensiones y Cesantías, teniendo en cuenta que no ha recibido el dinero de la indemnización sustitutiva concedida (f. 6 ib.).

2. Formularios de vinculación o actualización al Sistema General de Pensiones, con fecha octubre 23 de 2008 y mayo 5 de 2010, donde la señora Blanca Cenaida Sánchez solicitó el traslado de régimen (fs. 2 y 8 ib.).

3. Comunicación enviada a la accionante por Horizonte Pensiones y Cesantías, en febrero 25 de 2010, donde le fue informado el rechazo del reconocimiento de la pensión de vejez (fs. 4 y 5 ib.).

## II. ACTUACIÓN PROCESAL.

El Juzgado Treinta y Siete Civil Municipal de Bogotá, en auto de septiembre 13 de 2010, admitió la tutela y ofició al ISS y a Horizonte Pensiones y Cesantías, para que informaran acerca de los hechos que dieron origen a la presente acción de tutela (f. 21 cd. inicial).

A. Respuesta de Horizonte Pensiones y Cesantías.

La Representante Legal para Asuntos Judiciales de dicha empresa, mediante escrito de septiembre 16 de 2010, informó que la señora Blanca Cenaida Sánchez adelantó ante el Juzgado Tercero Laboral Adjunto del Circuito de Bogotá proceso ordinario solicitando el reconocimiento y pago de la pensión de vejez; despacho que absolvió a la sociedad administradora de fondos de pensiones y al ISS de todas las pretensiones planteadas por la peticionaria. Así mismo, señaló que como consecuencia de la apelación presentada por la actora, el proceso se encuentra en espera de la decisión del ad quem.

Aseveró que la accionante, en enero 30 de 2009, solicitó a Horizonte Pensiones y Cesantías el reconocimiento de la pensión de vejez; sin embargo, al ISS haber reconocido la indemnización sustitutiva, mediante la Resolución N° 001179 de 2003, no era procedente, siquiera, que la demandante se afiliara al régimen de ahorro individual. Así, “con anterioridad

a su solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones Horizonte, le había solicitado al ISS como ella misma lo confiesa en el hecho segundo de la demanda laboral, la correspondiente solicitud de pensión de vejez, petición que fue resuelta mediante el reconocimiento y pago de la indemnización de que trata el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, es decir que obtuvo del Sistema General de Pensiones una prestación...” (f. 26 ib.).

Afirmó que “no puede pretender la actora por el hecho de no haber reunido los requisitos para acceder a una pensión dentro del Sistema General de Pensiones a cargo del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, una afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la intención de obtener de éste la prestación que no obtuvo en el ISS” (f. 27 ib.).

Señaló que la demandante se encuentra afiliada al ISS; en consecuencia, si el juez constitucional legaliza la vinculación a Horizonte Pensiones y Cesantías no sería viable una sentencia de condena a la sociedad que representa, por cuanto, “al no existir el capital suficiente en la cuenta pensional de la señora Blanca Cenaida Sánchez, requisito esencial para su reconocimiento y pago, no puede nacer a la vida jurídica dicha prestación por falta de presupuestos de orden legal (f. 27 ib.).

Igualmente, adujo que de considerarse la posibilidad de traslado de la demandante al ISS, requiere que se ordene “aprobar y efectuar el mismo para que conforme con dicha autorización, el Instituto de Seguros Sociales acepte el traslado de la tutelante a ese régimen, junto con el saldo de su cuenta individual en el Fondo de Pensiones Horizonte” (f. 28 ib.).

Para concluir, resumió la situación de la accionante en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones indicando que: (i) se encuentra afiliada al ISS; (ii) en junio 6 de 2002 solicitó al ISS el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, reconociéndole esa entidad el derecho a la indemnización sustitutiva; (iii) pretendió vincularse al régimen de ahorro individual con solidaridad después del fallido intento de pensión en el régimen de prima media; y (iv) no reúne el capital necesario dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad que permita financiar el pago de la pretendida prestación.

Finalmente, anexó al escrito la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral Adjunto del Circuito de Bogotá, en primera instancia (fs. 29 a 37 ib.).

## B. Fallo único de instancia.

El Juzgado Treinta y Siete Civil Municipal de Bogotá, en septiembre 23 de 2010, mediante sentencia que no fue impugnada, resolvió negar la tutela al estimar que, no obstante la actora haber presentado escrito renunciando al derecho a la indemnización sustitutiva, radicado en noviembre 25 de 2004, su inconformidad fue presentada “fuera de los términos previstos, es decir 20 meses después de haberse proferido el acto administrativo y de haberse consignado el rubro a su favor” (f. 50 ib.).

Aseveró que es un requisito fundamental para la procedencia de la acción de tutela, que se “haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial tendiente a obtener la protección de sus derechos. De acuerdo con los hechos en relación con los cuales se solicita la protección constitucional, la accionante no ha desplegado la actividad en comento, pues no hay que olvidar que frente a la negativa de reconocimiento de la pensión de vejez de la actora- que se hizo mediante actos administrativos proferidos en el año 2003, aquella no hizo uso de los mecanismos contra dichas decisiones, al no interponer recurso alguno. Es decir, pese a que la demandante contó con suficientes oportunidades para dirigirse directamente a la entidad demandada para obtener lo que ahora pretende por vía de tutela, no lo hizo; y que al parecer incurrió en las mismas circunstancias con la decisión tomada por el Juez laboral, ya que no obra constancia alguna que haya sido objeto de alzada; sin embargo acudió directamente a este mecanismo judicial -que tiene carácter subsidiario- para buscar el reconocimiento de la pensión, cuando en resultas Blanca Cenaida Sánchez ha agotado todas las instancias” (f. 51 ib.).

Lo anterior, según criterio del despacho de instancia, por ser una controversia que escapa del estudio del juez constitucional, al existir un litigio entre la entidad accionada y la peticionaria, en la medida en que por un lado, se encuentra el ISS afirmado haber reconocido el derecho a la indemnización sustitutiva, previa manifestación de la señora Sánchez de la imposibilidad de seguir cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones; y por el otro, la demandante afirmando no haber recibido el dinero proveniente de la referida prestación, motivo que la llevó a continuar cotizando a pensiones, no en el régimen de prima media con prestación definida, sino en el de ahorro individual con solidaridad con el fin de acceder a la

pretendida pensión de vejez.

C. Pruebas allegadas en sede de revisión.

Mediante auto de febrero 16 de 2011, dictado con el fin de reforzar y actualizar la información contenida en el expediente, el Magistrado sustanciador ordenó oficiar al ISS, seccional Cundinamarca y Bogotá D. C., para que además de lo que deseara expresar, solicitar o controvertir frente a los hechos de la demanda, informara:

(i) El estado de la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, de la señora Blanca Cenaida Sánchez, identificada con cédula de ciudadanía 23.270.458 de Tunja.

(ii) Si la peticionaria manifestó, bajo juramento, la imposibilidad de seguir cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, después de notificada la Resolución N° 1179 de 2003 que negó el reconocimiento de la pensión de vejez y mediante la cual se le informó el derecho a reclamar la indemnización sustitutiva.

(iii) Si la actora solicitó y aceptó el reconocimiento de la referida indemnización y, como consecuencia, el ISS consignó el dinero correspondiente.

(iv) Finalmente, si la peticionaria requirió el traslado de los aportes cotizados en el ISS a Horizonte Pensiones y Cesantías.

Sin embargo, a pesar de dicho requerimiento, el ISS no se pronunció al respecto.

Por otra parte, se ofició al Juzgado Tercero Laboral Adjunto del Circuito de Bogotá, para que, además de lo que deseara expresar, informara la etapa en la que se encuentra el proceso de la señora Blanca Cenaida Sánchez contra el ISS, seccional Cundinamarca y Bogotá D. C., y Horizonte Pensiones y Cesantías; igualmente, para que enviara copia del respectivo expediente.

La Secretaria del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, en febrero 24 del presente año, allegó escrito informando que el “Proceso Ordinario promovido por la señora Blanca

Cenaida Sánchez contra el Instituto de Seguro Social, radicado con el N° 2009-682, se profirió sentencia absolutoria el pasado veintiséis (26) de marzo de dos mil diez (2010), la cual fue confirmada por el H. Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, mediante providencia del veintinueve (29) de julio de dos mil (2010)” (f. 15 cd. Corte).

A la comunicación, adjuntó el expediente del referido proceso donde consta que la señora Blanca Cenaida Sánchez, mediante apoderado, inició proceso ordinario laboral, en septiembre 8 de 2009, contra el Instituto de Seguros Sociales, ISS, seccional Cundinamarca y Bogotá D. C., y Horizonte Pensiones y Cesantías, solicitando el reconocimiento y pago de: (i) la pensión de vejez desde enero 25 de 2009; (ii) “los intereses moratorios, por la mora en el reconocimiento de la pensión de vejez en contra de las accionadas”; y (iii) la indexación de la primera mesada pensional (f. 20 ib.).

Por otra parte, la apoderada de la accionante, en marzo 23 de 2011, presentó ante la Secretaría de esta corporación documento dirigido al despacho del Magistrado sustanciador, de la “relación de reintegros”, donde consta que la central de pagos del Banco Popular, en marzo 3 de 2003, reincorporó al ISS, con el número consecutivo 329.397, el dinero consignado en la cuenta N° 23270458 (f. 137 ib.).

Para mayor claridad, se indicará detalladamente lo que se encuentra probado con el material allegado en sede de Revisión, a saber:

(i) La señora Blanca Cenaida Sánchez adelantó proceso ordinario laboral contra el ISS y Horizonte Pensiones y Cesantías, cuyo despacho de conocimiento en primera instancia fue el Juzgado Tercero Laboral Adjunto del Circuito de Bogotá, que negó las pretensiones de la peticionaria; y en segunda instancia, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó lo decidido por el a quo (fs. 91 y 114 ib.).

(ii) El ISS mediante Resolución de febrero 27 de 2003, le reconoció a la actora indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en cuantía de \$1.812.189, cuya liquidación se basó en las 597 semanas cotizadas con un ingreso base de liquidación de \$288.749, en la medida en que para la fecha de solicitud de la referida pensión, la señora Sánchez cumplía con la edad mas no con el número de semanas exigidas por el Decreto 758 de abril 11 de 19901, régimen anterior a la Ley 100 de 1993, que aplica para el caso concreto (f. 24 ib.).

(iii) El ISS, con el fin de pagar la indemnización sustitutiva, creó una cuenta con el número de cédula de la señora Blanca Cenaida Sánchez, en el Banco Popular, nómina de marzo de 2003. Sin embargo, la accionante afirma no haber cobrado el dinero consignado (f. 85 ib.).

(iv) Declaración juramentada de la actora, rendida en enero 30 de 2009, manifestando que “bajo la gravedad del juramento que por mi edad y condición no volveré a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, por lo que no estoy en condiciones de cotizar para reunir los requisitos de capital para acceder a una pensión” (f. 68 ib.).

(v) Formato diligenciado por la señora Sánchez y dirigido al ISS, mediante el cual expresó su imposibilidad de seguir cotizando al Sistema General de Seguridad Social, y solicitó el otorgamiento de la indemnización sustitutiva. Debe indicarse que el espacio para la fecha, en tal documento, se encuentra vacío (f. 128 ib.).

### III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

#### Primera. Competencia.

Esta corporación es competente para examinar, en Sala de Revisión, el asunto que ha llegado a su conocimiento, al tenor de lo dispuesto en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

#### Segunda. El asunto objeto de análisis.

Corresponde a esta Sala de Revisión determinar si el ISS y Horizonte Pensiones y Cesantías<sup>2</sup> han vulnerado los derechos fundamentales a la vida, a la igualdad, a la seguridad social, al trabajo y de petición de Blanca Cenaida Sánchez al negar, el primero, la consolidación de los aportes efectuados en la administradora de fondos de pensiones, y el segundo, el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, argumentando que al habersele reconocido indemnización sustitutiva en el régimen de prima media en el año 2003, no puede ahora, nuevamente, pretender el reconocimiento de la referida pensión, a pesar de haber cotizado en el régimen de ahorro individual 420 semanas, que sumadas a las 597 semanas cotizadas

en el ISS, arrojan un total de 1017.

Tercera. Procedencia excepcional de la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de vejez. Reiteración de jurisprudencia.

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial inmediata de los derechos fundamentales, vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de particulares en los casos que señale la ley. En esa medida, se podrá acudir a la administración de justicia en todo momento y lugar, con el fin de obtener una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela actúe o se abstenga de hacerlo, acorde a derecho.

Ahora bien, para reconocer las situaciones fácticas en las que se debe encontrar quien aspire a que la acción de tutela proceda en lo relacionado con una solicitud de pensión, debe observarse, en primer lugar, que usualmente las personas que la reclaman son de avanzada edad que, por ende, se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta (art. 13 Const., parte final).

Sin embargo, ha de demostrarse que el perjuicio afecta o coloca en inminente y grave riesgo derechos fundamentales de especial magnitud, como, para el caso, la dignidad humana, la seguridad social, la salud, la vida y el mínimo vital, a tal punto que la insuperada demora de los procedimientos ordinarios haría ineficaz, por tardío, el amparo deprecado, conllevando que la acción de tutela desplace el mecanismo ordinario de defensa, por no resultar eficaz, en tal medida y oportunidad, frente a las circunstancias particulares del actor<sup>3</sup>.

Así se señaló en sentencia T-180 de marzo 19 de 2009, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio:

“... la acción de tutela resulta procedente siempre que se demuestre la ineficiencia de dichos medios ordinarios para hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales que se estiman vulnerados, para lo cual debe valorarse cada caso en particular, dando un tratamiento especial a los sujetos de especial protección constitucional, debido a que para ellos se exige un juicio de procedibilidad menos riguroso y estricto.”

Lo anterior significa que cuando la controversia jurídica verse sobre la legalidad del acto que niega el reconocimiento de una pensión de vejez, se valorarán elementos que determinen

condiciones de la persona, como su edad, capacidad económica y estado de salud, es decir, todo aquello que permita deducir que el medio ordinario no resultaría idóneo para obtener la protección de sus derechos.

Igualmente, esta corporación ha sostenido de manera reiterada que, “en ciertos casos, cuando la conducta desplegada por las entidades responsables del reconocimiento de derechos pensionales, resulta evidentemente arbitraria e infundada al punto de que se configura una vía de hecho administrativa, el mecanismo de amparo resulta procedente aún cuando no se demuestre la afectación del mínimo vital, toda vez que en estos casos la procedencia de la acción de tutela se fundamenta, en primer lugar, en la necesidad de proteger al ciudadano de determinaciones abiertamente contrarias al ordenamiento constitucional y, en segundo término, en la protección de los derechos al debido proceso, igualdad, y el principio de dignidad humana de los afectados”.<sup>4</sup>

Cuarta. El derecho fundamental a la seguridad social y su protección por medio de la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia.

Basado en principios de solidaridad, igualdad y universalidad, el derecho a la seguridad social adquirió mayor desarrollo hacia la segunda mitad del siglo XX<sup>5</sup>. A partir de ese momento y de la positiva evolución que ha tenido el concepto, emergió su reconocimiento a nivel internacional como uno de los Derechos Humanos; de manera tal que la seguridad social tiene cabida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>6</sup> y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, estableciendo este último (art. 9°): “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.”

De igual forma, el artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, estatuye: “Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la 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, el artículo 9° del Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”), es del siguiente tenor: “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. 2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.”

Reafirmando lo antes dicho, la Organización Internacional del Trabajo, OIT, en la Conferencia N° 89 de 2001, llegó a siguiente la conclusión (no está en negrilla en el texto original): “La seguridad social es muy importante para el bienestar de los trabajadores, de sus familias, y de toda la sociedad. Es un derecho humano fundamental y un instrumento de cohesión social, y de ese modo contribuye a garantizar la paz social y la integración social.”<sup>7</sup>

De lo expuesto, se colige que internacionalmente existe un reconocimiento actual de la seguridad social como un derecho fundamental; sin embargo, no siempre fue así.

Inicialmente, los derechos se clasificaron en razón a los procesos históricos que les dieron origen en: (i) los llamados Derechos Civiles y Políticos, que buscaban principalmente proteger al individuo en su autonomía, estableciendo obligaciones negativas o de no hacer a los Estados. Por ese carácter negativo se entendió que estos derechos, por fundamentales, eran cabalmente justiciables y exigibles; de otro lado, (ii) los denominados Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dentro de los cuales se enmarca la seguridad social, apuntaban a la protección de la sociedad frente a ciertas necesidades y contingencias de la vida humana e imponían a los Estados obligaciones positivas o de hacer (establecer la prestación del servicio de salud para todos los habitantes), implicando, entre muchas otras acciones, la asignación de partidas presupuestales para su realización, condición que les situó como derechos prestacionales, programáticos, no justiciables ni exigibles, carentes de fundamentalidad.

Así, en principio se sostuvo la tesis de la improcedencia general de la acción de tutela para la protección de los derechos sociales, al no ser ellos fundamentales; sin embargo, la Corte Constitucional reconoció que la rigidez de la clasificación presentaba dificultades, estableciendo excepciones a la procedencia de dicha acción cuando se trataba de proteger

derechos económicos, sociales y culturales; “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’<sup>8</sup>”<sup>9</sup>.

Con todo, el patrón que definía el carácter fundamental de un derecho era el tipo de obligación que imponía al Estado y su clasificación como de primera o de segunda generación.

No obstante, y como se viene repitiendo, en la doctrina y la jurisprudencia constitucional nacional<sup>10</sup> e internacional, a través de un estudio más profundo sobre la diferencia entre los Derechos Civiles y Políticos, y los Económicos, Sociales y Culturales, se ha establecido que las obligaciones positivas y negativas se pueden encontrar en cualquier tipo de derecho sin importar en que categoría se sitúe<sup>11</sup>: “... podría decirse entonces que la adscripción de un derecho al catálogo de los derechos civiles y políticos o al de derechos económicos, sociales y culturales tienen un valor heurístico, ordenatorio, clasificatorio, pero que una conceptualización más rigurosa basada sobre el carácter de las obligaciones de cada derecho llevaría a admitir un continuum de derechos, en el que el lugar de cada derecho esté determinado por el peso simbólico del componente de obligaciones positivas o negativas que lo caractericen.” <sup>12</sup>

Bajo esa línea argumentativa, esta Corte ha venido aceptando que el carácter fundamental de un derecho lo otorga su consagración en la Constitución, debido a que todos los allí consignados son fruto del desarrollo de los principios y valores en que se funda el Estado Social<sup>13</sup> de Derecho, razón por la cual la distinción que otrora se realizó, hoy resulta inocua.

El derecho a la seguridad social tiene un fuerte contenido de obligaciones positivas que implantan la responsabilidad a cada Estado de realizar importantes erogaciones presupuestales con el fin de ponerlo en marcha y promover, facilitar y extender su cobertura, “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”14.

Así, el artículo 48 de la Constitución instituyó la obligatoriedad del servicio público de la seguridad social, mandato desarrollado ampliamente en la Ley 100 de 1993 y disposiciones que la complementan y reforman, estableciéndose en esas normas, específicamente, las prestaciones exigibles y las condiciones para acceder a ellas. Ya ha dicho esta corporación que “una vez ha sido provista la estructura básica sobre la cual ha de descansar el sistema de seguridad social, lo cual, además de los elementos ya anotados -prestaciones y autoridades responsables-; a su vez supone el establecimiento de una ecuación constante de asignación de recursos en la cual están llamados a participar los beneficiarios del sistema y el Estado como último responsable de su efectiva prestación; la seguridad social adquiere el carácter de derecho fundamental, lo cual hace procedente su exigibilidad por vía de tutela”15.

Entonces, creada como está esa estructura básica y determinadas las diferentes facetas que desarrollan el derecho a la seguridad social, se entiende que su protección por vía de tutela, solo se limita a la revisión de los requisitos generales de procedencia de este mecanismo constitucional.

Finalmente, reafírmese que la seguridad social no es un simple derecho prestacional o programático, sino que es además el resultado de la idea de progreso universal de las sociedades y del desarrollo internacional de valores jurídicos de gran trascendencia, como la igualdad, la dignidad humana y la solidaridad, todos ellos presentes en la carta política colombiana.

Quinta. El Sistema General de Seguridad Social en Pensiones concebido en la Ley 100 de 1993.

En el preámbulo de la Ley 100 de 1993, fue instituido el Sistema de Seguridad Social Integral como un “conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad”.

Así, el legislador organizó el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones con el objeto de brindar a la población “el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente ley...”<sup>16</sup>. Por ello, creó los regímenes de prima media con prestación definida<sup>17</sup> y el de ahorro individual con solidaridad<sup>18</sup>, como dos regímenes coexistentes y solidarios pero excluyentes, cuya afiliación a uno u otro es libre y voluntaria,<sup>19</sup> y los afiliados habiendo hecho ya una selección, tienen la posibilidad de trasladarse de un sistema pensional a otro, siempre y cuando reúnan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la mencionada regulación.

El régimen solidario de prima media con prestación definida, es aquel donde los aportes de los afiliados, junto con sus rendimientos, constituyen un fondo público común que garantiza “el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas”, garantizando que las personas puedan acceder a la pensión de vejez<sup>20</sup> cuando prueben:

“Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

PARÁGRAFO 1o. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:

- a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;
- b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados;

c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993...”<sup>21</sup>

Por otra parte, las personas que hayan cumplido la edad para acceder a la pensión de vejez, pero no cuenten con el número de semanas exigidas y declaren la imposibilidad de seguir cotizando a pensiones, “tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado”<sup>22</sup>.

A su turno, basado en el ahorro de las cotizaciones y de los rendimientos financieros, el régimen de ahorro individual con solidaridad está compuesto por el conjunto normas, entidades y procedimientos que administran tanto los recursos privados como los públicos, con el fin de destinarlos al pago de las pensiones y las correspondientes prestaciones de sus afiliados. A diferencia del anterior sistema, en el que los aportes constituían un fondo público, acá son consignados en una cuenta de ahorro pensional individual<sup>23</sup>.

Los aportes realizados en el mencionado régimen, guardan relación directa con la pensión de los afiliados, puesto que para ellos consolidar su derecho a la pensión de vejez a la edad que deseen, deben acumular en la cuenta de ahorro individual un monto que les permita obtener una pensión mensual superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente para la época<sup>24</sup>.

Otra diferencia con el régimen solidario de prima media, está en que en las personas que cumplan con la edad para obtener la garantía de pensión mínima de vejez (62 años hombre y 57 años mujer), pero no hayan cotizado las semanas exigidas ni acumulen en la cuenta de ahorro un capital suficiente para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la devolución de saldos, es decir, podrán reclamar la “devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho”<sup>25</sup>.

Como se anotó, por adición de la Ley 797 de 2003, el Sistema General de Pensiones prevé

que para el caso en que los afiliados vean frustrada la posibilidad de acceder a la estudiada pensión, porque al cumplir con la edad no reúnan los demás requisitos legales exigidos, tendrán derecho a una indemnización sustitutiva o a la devolución de saldos, según sea el régimen en el que se encuentren cotizando<sup>26</sup>.

En la sentencia C-375 de abril 27 de 2004, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, se estudió la constitucional del recién citado precepto, declarando su exequibilidad condicionada, en el entendido de que “dicho literal no ordena el retiro del trabajador, sino que le confiere la facultad de solicitar la cancelación de la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos o continuar cotizando hasta alcanzar el monto requerido para acceder a la pensión mensual vitalicia de jubilación”.

Ha de advertirse que las referidas prestaciones del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, “no nacen automáticamente, una vez se cumplen los presupuestos previstos en las citadas normas, por lo cual, tampoco son obligatorias, es decir, solamente se accede a ellas cuando se cumple con los requisitos previstos, y se manifiesta la imposibilidad de seguir cotizando para consolidar el derecho a la pensión”<sup>27</sup>. Así, solo tienen cabida cuando el afiliado, al cumplir la edad, no acredite el número de semanas o el monto del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, según el régimen, y declare la imposibilidad de continuar cotizando.

En otras palabras, los afiliados tienen la facultad de escoger si continúan cotizando hasta cumplir los demás requisitos, o realizar los trámites para reclamar la indemnización sustitutiva, inmediatamente después de cumplir la edad, puesto que la mencionada solicitud, al implicar la renuncia de la expectativa legítima de la pensión de vejez, “es una decisión libre del afiliado que puede ser tomada en cualquier tiempo, como quiera que esta Corporación ha reconocido el carácter imprescriptible de dicha prestación”<sup>28</sup>.

Así, con la expedición de la Ley 100 de 1993 fueron derogados, en su mayoría, “los diversos regímenes pensionales existentes, los cuales contemplan los requisitos de edad y/o tiempo de servicio o semanas de cotización que debían cumplir las personas para acceder a la pensión de vejez. Sin embargo, tales regímenes se siguen aplicando para las personas amparadas por el denominado régimen de transición”<sup>29</sup>. Por lo anterior, con el fin de no frustrar el derecho de acceder a la pensión de vejez de las personas que a la entrada en

vigencia de la mencionada Ley estuvieran cercanas a acceder a dicha prestación, fue consagrado el beneficio de la transición en el artículo 36, permitiéndoles pensionarse con el lleno de los requisitos exigidos en las normativas anteriores.

Como se refirió previamente, con el fin de brindar seguridad y protección a las expectativas legítimas de los afiliados, se dispuso que en relación con la edad, el número de semanas legales exigidas y el monto de la respectiva pensión continuarán rigiéndose por las condiciones establecidas en la regulación anterior, solo para las personas que para el 1° de abril de 1994 hubieren acreditado: (i) 35 años de edad o más si son mujeres; (ii) 40 años de edad o más si son hombres; o (iii) 15 años de tiempo cotizado, sin consideración a su edad. Específicamente estatuye:

“Artículo 36. Régimen de transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

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 mas años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.”

Sexta. Traslado del régimen de ahorro individual al de prima media para los beneficiarios del régimen de transición.

La posibilidad de traslado entre regímenes, para las personas beneficiarias de la transición, se encuentra contemplada en los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, estableciendo que para la fecha de entrada en vigencia de la referida Ley, las personas que tuvieran 35 años o más, en el caso de las mujeres, y 40 años o más si son hombres, pierden la protección cuando de manera voluntaria se acogen al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se regirán por las disposiciones de la Ley 10030. Igualmente, el inciso siguiente de la mencionada disposición, privó a los que habiendo “escogido el régimen

de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida”.

En sentencia C-789 de septiembre 24 de 2002, M. P. Rodrigo Escobar Gil, esta corporación examinó la constitucionalidad de la norma referida, frente a la demandada vulneración de los artículos 13, 25, 48, 53 y 58 de la Constitución Política, porque presuntamente “el régimen de transición constituye un derecho laboral concreto, adquirido” y, en consecuencia, no es posible que el legislador establezca su pérdida en el supuesto de que las personas se afilien voluntariamente al nuevo sistema de ahorro individual con solidaridad. Del mismo modo, se adujo que tampoco podía excluir a quienes, habiendo escogido inicialmente el sistema de ahorro individual con solidaridad, se trasladaran de nuevo al de régimen de prima media con prestación definida.

Para tales efectos, la Corte en esa providencia abordó el siguiente problema jurídico: “¿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?”

En el desarrollo de la cuestión planteada, se concluyó que no resulta admisible el argumento del accionante, pues: “En efecto, al entrar a regir la Ley 100 de 1993, una de las condiciones para ser beneficiario del régimen de transición y tener la expectativa de acceder al régimen de transición era precisamente no renunciar al sistema de prima media con prestación definida. Por lo tanto, no puede afirmarse que las personas que renuncian a este sistema se les hubiera siquiera frustrado una expectativa legítima, pues para las personas que no han adquirido el derecho a la pensión, pero tienen la edad para estar en el régimen de transición, ésta existe como tal, únicamente en la medida en que cumplan con no renunciar al régimen de prima media.”

Acorde a lo anterior, esta Corte explicó que el legislador previó el régimen de transición en favor de tres categorías de trabajadores que, al momento de entrar en vigor dicha ley, cumplieran determinados requisitos. En primer lugar, los hombres que tuvieran más de cuarenta años; segundo, las mujeres mayores de treinta y cinco; y tercero, hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados.

A su vez, como ya se mencionó, el inciso 4º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, estipula que no será aplicable el régimen de transición previsto, cuando las personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, pero sólo hace referencia a las dos primeras categorías de personas; es decir, a las mujeres mayores de treinta y cinco y a los hombres mayores de cuarenta. Por el contrario, ni el inciso 4º, ni el inciso 5º de dicho artículo, se refieren a la tercera categoría de trabajadores, es decir, a quienes contaban a 1º de abril de 1994 con quince años de servicios cotizados.

De tal manera, esta Corte determinó, en el referido fallo, que los beneficiarios de la tercera categoría no quedan expresamente excluidos del régimen de transición al trasladarse al sistema de ahorro individual con solidaridad y, por supuesto, tampoco quedan excluidos quienes se cambiaron al régimen de prima media y luego regresan al de ahorro individual. Lo anterior conforme al principio de proporcionalidad, pues resultaría violatorio del reconocimiento constitucional al trabajo que quienes han cumplido con el 75% o más del tiempo de labores necesario para acceder a la pensión, a la entrada en vigencia del sistema terminen perdiendo las condiciones en las que aspiraban a recibir su pensión.

Adicionalmente, este tribunal estableció que el precepto demandado era exequible, en el entendido de que dichos incisos no se aplican a las personas que tenían 15 años o más de trabajo cotizados al momento de entrada en vigor del Sistema de General de Pensiones.

Así las cosas, se indicó que a quienes habían cotizado por un período de 15 años o más al tiempo de entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social de Pensiones y se hubieren cambiado al régimen de ahorro individual, regresando con posterioridad al de prima media con prestación definida, se les apliquen las condiciones de tiempo de servicios, edad y monto de la pensión, consagradas en el régimen anterior, siempre y cuando:

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

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

Finalmente, la Corte resolvió en esa sentencia C-789 de 2002:

“PRIMERO.- Declarar EXEQUIBLES los incisos 4º y 5º, del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando se entienda que estas disposiciones no se aplican a quienes habían cumplido quince (15) años o más de servicios cotizados, al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones de la Ley 100 de 1993, conforme a lo establecido en la parte motiva de esta sentencia. Con todo, el monto de la pensión se calculará conforme al sistema en el que se encuentre la persona.

SEGUNDO.- Declarar así mismo EXEQUIBLE el inciso 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en el entendido que el régimen de transición se aplica a quienes, estando en el régimen de prima media con prestación definida, se trasladaron al régimen de ahorro individual con solidaridad, habiendo cumplido el requisito de quince (15) años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones, y decidan regresar al régimen de prima media con prestación definida, siempre y cuando: a) trasladen a éste todo el ahorro que efectuaron al régimen de ahorro individual con solidaridad; y b) dicho ahorro no sea inferior al monto del aporte legal correspondiente, en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media. En tal caso, el tiempo trabajado les será computado en el régimen de prima media.”

Posteriormente, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 fue modificado por el artículo 4º de la Ley 860 de 200331, cuya constitucionalidad fue examinada en la sentencia C-754 de agosto 10 de 2004, M. P. Álvaro Tafur Galvis, pues según quien demandó “si bien las expectativas legítimas no se consideran derechos adquiridos, sí se equiparan jurídicamente a éstos en razón a que gozan de fuero constitucional. Así las cosas, en la medida en que el Congreso, mediante la Ley 860, menoscaba tales expectativas, está vulnerando el artículo 53 de la Constitución Política”. Además indicó que la Ley 100 de 1993, artículo 272, defiende la prevalencia de los derechos de los trabajadores en la aplicación del Sistema de Seguridad Social.

También aseveró el entonces actor, que la reforma acusada vulneraba el artículo 243 superior por desconocimiento de lo decidido en la sentencia C-789 de 2002, al expedir el Congreso a solicitud de Gobierno Nacional la Ley 860 de 2003, que impactó psicológica y económicamente a quienes estaban sometidos al régimen pensional y afrontaron con esa nueva preceptiva un desconocimiento arbitrario de sus expectativas de pensión, sobre las que habían proyectado durante largos años el mantenimiento y bienestar de sus familias.

Para el caso, esta corporación concluyó que el texto del artículo 4° de la Ley 860 de 2003 no había sido discutido por las Comisiones Séptimas Constitucionales, ni por la Plenaria de la Cámara de Representantes, vicio no subsanable. Preciso además que en aplicación de los criterios expuestos en la sentencia C-789 de 2002, la norma tampoco resultaba armónica con la Constitución.

Así las cosas, la Corte resolvió en la sentencia C-754 de 2004: “Declarar INEXEQUIBLE el artículo 4° de la Ley 860 de 2003 ‘por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones’.”

Por su parte, en la sentencia C-1024 de octubre 20 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil, se estudió la constitucionalidad del artículo 2° de la Ley 797 de 2003, precisando esta corporación que el período de carencia o de permanencia obligatoria previsto en la norma acusada, conduce a lograr un beneficio directo a los sujetos a quienes se les aplica, pues además de contribuir al logro de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia, asegura la intangibilidad y sostenibilidad del sistema, preservando los recursos que han de garantizar el pago futuro de las pensiones y el reajuste periódico de las mismas.

Sin embargo, recordó que la sentencia C-789 de 2002 estableció que aquellas personas que habiendo cumplido el requisito de quince años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones, cuando previamente se hubiesen trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, tienen el derecho de regresar en cualquier tiempo al régimen de prima media con prestación definida, con el propósito de preservar la intangibilidad de su derecho a pensionarse conforme al régimen de transición.

Por lo anterior, declaró exequible el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, que modificó el 13 de la Ley 100 de 1993, en el siguiente aparte, literal e): “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; ...”, determinación referida exclusivamente al cargo analizado en esa ocasión, bajo el entendido de 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 hayan regresado al régimen de prima media con prestación definida, pueden volver a éste en cualquier tiempo, en los términos de la sentencia C-789 de 2002.

Las providencias de constitucionalidad anteriormente expuestas han desarrollado el alcance del derecho a la seguridad social; sin embargo, ha sido a partir de situaciones concretas, en sentencias de tutela, que la Corte ha resuelto los problemas jurídicos en torno al cumplimiento de los requisitos que la Ley 100 de 1993 instituyó para trasladarse de régimen pensional, específicamente para las personas que son beneficiarias del régimen de transición, tanto por edad como por tiempo de servicios cotizados.

Así, en sentencia T-818 de octubre 4 de 2007, M. P. Jaime Araújo Rentería, en un caso análogo al presente, donde el peticionario alegaba tener derecho a trasladarse del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir al ISS por ser beneficiario del régimen de transición, como consecuencia de la negativa del traslado por no contar con los 15 años de servicios cotizados. El actor halló errado tal análisis, pues la administradora de fondos de pensiones no se pronunció sobre el requisito de edad para acceder al régimen de transición, que cumplía a cabalidad.

En aquella oportunidad, la Corte tuteló los derechos a la seguridad social y a la libre escogencia de régimen pensional del accionante, al estimar:

“... la adquisición de un determinado derecho implica siempre que en cabeza de un titular se cumplan ciertas condiciones, lo que acarrea como consecuencia jurídica que en su patrimonio se configure una situación jurídica concreta. Esto significa que el derecho a pensionarse bajo los parámetros establecidos en el sistema anterior a aquel establecido en la ley 100 de 1993, es un derecho adquirido para aquellas personas que cumplían al menos uno de los requisitos para formar parte de dicho régimen.

En este orden de ideas, 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 una persona.

Por tanto, aquellas personas que, al momento de entrar a regir el artículo 36 de la ley 100 de 1993, hubiesen cotizado quince años o cumplieran con los requisitos de edad, adquirieron el

derecho a pensionarse bajo los parámetros definidos en el sistema anterior. Lo que acarrea 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 dicho derecho, con la única condición de que al cambiarse de régimen nuevamente se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad.”

Así se concluyó, en el citado fallo, que el derecho al régimen de transición era, per se, un derecho adquirido de quienes cumplían uno de los dos supuestos a que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y que en tal virtud era irrenunciable, lo cual, en consecuencia, implicaba la facultad de trasladarse del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, para hacer efectivo dicho derecho.<sup>33</sup>

Por otro lado, en lo concerniente al cumplimiento del requisito de equivalencia para trasladarse del régimen de ahorro individual al de prima media con prestación definida, es pertinente acudir a la sentencia SU-062 de 2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, reemplazo de la T-168 de marzo 18 de 2009, anulada mediante auto 09 del 27 de enero de 2010, con igual sustanciador, dentro del incidente de nulidad promovido por el ISS. En esa oportunidad, se consideró que debido a la disposición contenida en el Decreto 3995 de 200834, que permite el cumplimiento de la exigencia emanada de la sentencia C-789 de 2002, no existía razón para que en la también citada T-168 de 2009 se sostuviera como tesis la imposibilidad de observar el requisito de equivalencia del ahorro.

En este sentido, no tener como elemento de juicio el Decreto 3995 de 2008, había llevado a una modificación involuntaria de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, por parte de una Sala de Revisión que no tenía competencia para efectuarla, pues según el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991 todo cambio de jurisprudencia debe ser decidido por la Sala Plena.

De esa forma, se ordenó al fondo de pensiones y cesantías que en caso de encontrar satisfecho el requisito de la equivalencia del ahorro, iniciara los trámites pertinentes para trasladar al régimen de prima media, administrado por el ISS, la totalidad del ahorro efectuado por el accionante al régimen de ahorro individual con solidaridad, de conformidad con el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008.

También ordenó que si la equivalencia del ahorro no se cumplía, ofreciera “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... y la diferencia aportada por el mismo, de conformidad con el artículo 7 del decreto 3995 de 2008”.

Posteriormente, en la sentencia T-320 de mayo 6 de 2010, con ponencia del Magistrado que hoy ejerce igual función, esta corporación estudió a fondo la posibilidad de traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida, reiterando lo expuesto en la providencia T-818 de 2007, en el sentido en que las personas que a 1° de abril de 1994 cumplían la edad (40 años hombres y 35 mujeres), pero no los 15 años de servicios cotizados, no perdían el beneficio de la transición, por tratarse de un derecho per se y de una garantía legal y legítima<sup>35</sup>.

Séptima. Análisis del caso concreto.

7.1. El asunto estudiado atiende la situación de la señora Blanca Cenaida Sánchez, de 64 años de edad y, por ende, bajo ostensible afectación de su mínimo vital por la inexistencia de otros recursos, quien impetró acción de tutela contra el ISS y Horizonte Pensiones y Cesantías, al negarle el primero la consolidación de los aportes provenientes de la administradora de fondos de pensiones, y el segundo el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, argumentando que al habersele reconocido indemnización sustitutiva en el régimen de prima media con prestación definida en 2003, no puede de nuevo pretender el reconocimiento de la pensión, a pesar de haber cotizado en el régimen de ahorro individual 420 semanas, que sumadas a las 597 cotizadas en el ISS, arrojan un total de 1017 semanas.

7.2. El Juzgado Treinta y Siete Civil Municipal de Bogotá, en fallo de septiembre 23 de 2010, que no fue impugnado, resolvió negar el amparo por ausencia del requisito de subsidiariedad y estimar que, no obstante haber presentado la actora escrito renunciando a la indemnización sustitutiva, radicado noviembre 25 de 2004, su inconformidad fue formulada

“fuera de los términos previstos, es decir 20 meses después de haberse proferido el acto administrativo y de haberse consignado el rubro a su favor” (f. 50 cd. inicial).

7.3. Lo primero que ha de verificarse es que los derechos de la peticionaria, presuntamente conculcados, son susceptibles de protección por medio de acción de tutela, puesto que, como se expuso en las consideraciones precedentes, la pensión de vejez hace parte del derecho fundamental a la seguridad social, situación que genera la posibilidad de garantía por esta vía. Por otra parte, es necesario un pronunciamiento del juez constitucional, en la medida en que, (i) la señora Blanca Cenaida Sánchez ha hecho uso de todos los medios de defensa que tenía a su disposición; (ii) no se observa ninguna contradicción acerca de la afirmación de la peticionaria de no haber cobrado el dinero proveniente de la indemnización sustitutiva que le fue otorgada en 2003; y sobretodo, (iii) por qué si la señora Sánchez no podía cotizar en el régimen de ahorro individual después de habersele reconocido la referida prestación, le fue permitido realizar un aporte durante 420 semanas.

7.4. Conforme al artículo 48 de la Constitución, adicionado por el Acto Legislativo 01 de julio 22 de 2005, “El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014”.

Para determinar si la señora Blanca Cenaida Sánchez aún puede ser beneficiaria del régimen de transición, se contabilizaron las 597 semanas cotizadas en el ISS desde 1972 hasta 1982 y las 153.5 semanas, que resultan del cálculo del tiempo de cotización que realizó en el régimen de ahorro individual desde agosto 9 de 2002 hasta julio 22 de 2005, arrojando la operación anterior, que contaba con 751,26 semanas de tiempo de servicios a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005; es decir, que en el caso de encontrarse factible el traslado de la actora al régimen de prima media con prestación definida, el beneficio de la transición se mantiene incólume hasta el año 2014.

Esta corporación en sentencia T-566 de agosto 6 de 2009, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, analizó el caso de un señor a quien el ISS negó el reconocimiento de la pensión de vejez, argumentando que de las 1.185 semanas que acumulaba, no era procedente tener en

cuenta 565 semanas cotizadas, puesto que en 1996 sirvieron para el cálculo de la indemnización sustitutiva que le fue concedida. En esa ocasión, la respectiva Sala encontró que la entidad demandada había conculcado los derechos fundamentales del actor, en la medida en que negó el acceso a la respectiva prestación, a pesar de que el señor renunció a la indemnización sustitutiva y que “nunca reclamó el dinero correspondiente, el cual permanece en esa entidad”.

Igualmente, estableció que el ISS vulneró no solo el derecho fundamental a la seguridad social, sino el debido proceso y el principio de confianza legítima, “como quiera que durante 10 años permitió que efectuara cotizaciones al Sistema General de Pensiones, sin objetarlas ni rechazarlas, generando en él la expectativa fundada, y la convicción, de que una vez acumulara el número mínimo de semanas exigidas para consolidar la pensión de vejez, ésta sería reconocida por la entidad”.

En ese sentido, la Corte Constitucional precisó que el artículo 83 de la carta (“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”), materializa que actitudes que originen expectativas “serias y fundadas”, a partir de actuaciones u omisiones de la administración pública, “generan la convicción de que se ha actuado conforme con el ordenamiento jurídico, razón por la cual deben ser respetadas”.

En el caso de la señora Blanca Cenaida Sánchez, quien solicitó en 2002 el reconocimiento de la pensión de vejez al ISS, por ser beneficiaria del régimen de transición, puesto que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 tenía 44 años de edad, esa entidad le comunicó el no cumplimiento del requisito de las semanas exigidas en el Decreto 758 de 1990, razón por la cual le otorgó la indemnización sustitutiva. No obstante dicho reconocimiento, al haber iniciado la peticionaria sus labores en CIREC, el empleador procedió a afiliarla en el régimen de ahorro individual con solidaridad, en Horizonte Pensiones y Cesantías, siendo recibida la afiliación y permitiéndosele cotizar sin reparo alguno 420 semanas.

Así, la señora Sánchez ha mantenido una expectativa seria y fundada, en que consolidará finalmente su derecho a la pensión de vejez; una vez reunidos los requisitos de edad y semanas cotizadas, exigidos por la regulación anterior, al ser beneficiaria del régimen de

transición, Horizonte Pensiones y Cesantías (comunicación de febrero 25 de 2010), le informa que debido a que “recibió una Indemnización Sustitutiva de la Pensión por Vejez, por parte del Instituto de Seguro Social mediante Resolución N° 001179 del 27 de febrero de 2003, los aportes efectuados con anterioridad a la fecha de reconocimiento de su prestación procederán a ser trasladados a la mencionada entidad” (f. 11 cd. inicial), sin hacer ninguna alusión a los aportes realizados con posterioridad.

Por su parte, el ISS asegura que es responsabilidad de Horizonte Pensiones y Cesantías el reconocimiento de la estudiada pensión, por ser “el último fondo de pensiones al cual estaba afiliada la demandante” (f. 46 cd. Corte).

Se deduce entonces que no es argumento válido para negar la pensión de vejez ni el traslado, que previamente se le haya concedido indemnización sustitutiva, prestación a la que la señora Blanca Cenaida Sánchez renunció por escrito, en noviembre 25 de 2004, y nunca la cobró.

Igualmente, para los efectos del caso, constituye renuncia tácita de la indemnización sustitutiva el hecho de que en agosto 9 de 2002 Horizonte Pensiones y Cesantías, sociedad integrante del Sistema de Seguridad Social Integrado, encargada de la prestación del servicio público esencial de la seguridad social, le haya permitido a la peticionaria ingresar y cotizar sin inconveniente en el régimen de ahorro individual; una interpretación contraria, atentaría contra el principio de buena fe y su dimensión de la confianza legítima.

Así, en el caso de encontrarse procedente el traslado de los aportes efectuados en Horizonte Pensiones y Cesantías al ISS, para que la señora Blanca Cenaida Sánchez pueda acceder a la anhelada pensión, deberán ser tenidas en cuenta las semanas cotizadas que sirvieron para el cálculo de la indemnización sustitutiva y las realizadas en la administradora de fondos de pensiones con posterioridad.

7.6. Con relación a la posibilidad de traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida, la Sala Sexta de Revisión encuentra necesario reiterar la línea jurisprudencial de tutela de esta corporación, al tratar el tema de la no pérdida del beneficio de la transición para el traslado de personas que a 1° de abril de 1994 cumplían la edad (40 años hombres y 35 mujeres), pero no los 15 años de servicios cotizados, mientras otras providencias solo han abordado el tema como obiter dicta<sup>36</sup>.

En este sentido, no se encuentra razón suficiente para que a personas que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 hayan cumplido con la edad y no con el tiempo de cotización, se les niegue la posibilidad de trasladarse de régimen sin perder el beneficio de la transición, en la medida en que el traslado deberá realizarse con todos los aportes y rendimientos, conforme a la sentencia C-789 de 2002 y al artículo 7° del Decreto 3995 de 200837.

Recuérdese que el problema de la satisfacción de la equivalencia del ahorro entre los dos regímenes, gravitaba en que solo para el régimen de ahorro individual el aporte del afiliado es destinado 1.5% al Fondo de Garantía Mínima, mientras que en el régimen de prima media con prestación definida esa porción, junto a otra, se destina únicamente a financiar el monto de la deseada pensión.

En esa medida, Horizonte Pensiones y Cesantías podrá trasladar la totalidad del ahorro efectuado en el sistema de ahorro individual, conforme al Decreto 3995 de 2008.

Sin embargo, no puede dejarse de lado (cfr. la precitada sentencia SU-062 de 2010), que la imposibilidad de equivalencia del ahorro haya sido subsanada por el mencionado Decreto, pues también ha de derivarse de la “diferencia en la rentabilidad que producen los dos regímenes pensionales sobre los dineros aportados, factor que está asociado a circunstancias aleatorias propias del mercado y al hecho de que en el régimen de prima media existe un fondo común y en el de ahorro individual uno pensional”. Ante dicho presupuesto, la Sala Plena de esta corporación estimó, en dicho fallo:

“... no se puede negar el traspaso a los beneficiarios del régimen de transición del régimen de ahorro individual al régimen de prima media por el incumplimiento del requisito de la equivalencia del ahorro sin antes de ofrecerles la posibilidad de que aporten, en un plazo razonable, el dinero correspondiente a la diferencia entre lo ahorrado en el régimen de ahorro individual y el monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.”

De tal forma, no existe motivo válido para negar el amparo de los derechos de la accionante al mínimo vital y a la seguridad social, conculcados al negarle la posibilidad de traslado, a la

señora Blanca Cenaida Sánchez, del régimen de ahorro individual al de prima media, arguyendo (i) la pérdida del beneficio de la transición (art. 36 L. 110/93) como consecuencia la elección del régimen de ahorro individual; y (ii) el previo reconocimiento de la indemnización sustitutiva, que pertenece a la entidad y la actora nunca cobró.

Respecto de la actuación de Horizonte Pensiones y Cesantías, ha de indicarse que no puede endilgarle responsabilidad a la demandante, por haber empezado a cotizar en el sistema de ahorro individual después de solicitar el reconocimiento de la pensión de vejez, puesto que, como sociedad administradora de fondos de pensiones, su actividad en la prestación del servicio público esencial de la seguridad social, debe regirse con sujeción a los principios de eficacia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación (art. 2° L. 100/93), y para objetar las cotizaciones realizadas en ese régimen debió cerciorarse, desde un principio, si la situación de la señora Sánchez le impedía realizar los respectivos aportes por un término de 420 semanas.

7.7. En ese orden de ideas, esta Sala revocará el fallo único de instancia dictado en septiembre 23 de 2010, por el Juzgado Treinta y Siete Civil Municipal de Bogotá, que negó el amparo pedido por la señora Blanca Cenaida Sánchez.

En su lugar, concederá la tutela y ordenará al ISS y a Horizonte Pensiones y Cesantías que, teniendo en cuenta las consideraciones previas, por conducto de sus respectivos representantes legales y si aún no lo han realizado, en el término de ocho (8) días contados a partir de la notificación de esta providencia, verifiquen de manera coordinada el cumplimiento por la señora Blanca Cenaida Sánchez del requisito de la equivalencia del ahorro.

Así mismo, se ordenará a Horizonte Pensiones y Cesantías, por conducto de su representante legal que, si aún no lo ha efectuado, en el término de quince (15) días siguientes a la notificación de esta sentencia, en caso de encontrar satisfecho el requisito de la equivalencia del ahorro, realice sin dilación los trámites para trasladar al régimen de prima media, administrado por el ISS, la totalidad del ahorro efectuado en el régimen individual por la accionante, de conformidad con el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008.

En caso de que la equivalencia del ahorro no sea cumplida por la señora Blanca Cenaida Sánchez, le permitirá aportar, en un plazo razonable no inferior a un año, el dinero

correspondiente a la diferencia entre lo ahorrado en el régimen individual y el monto total del aporte legal si hubiere permanecido en el régimen de prima media, al cabo de lo cual ejecutará los trámites pertinentes para trasladar al régimen de prima media la totalidad del ahorro efectuado al régimen individual por dicha señora y la diferencia aportada por la misma, de conformidad con el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008.

#### IV. DECISIÓN.

##### RESUELVE

Primero. REVOCAR el fallo dictado en septiembre 23 de 2010 por el Juzgado Treinta y Siete Civil Municipal de Bogotá, que negó el amparo pedido por la señora Blanca Cenaida Sánchez; en su lugar, se dispone TUTELAR sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social.

Segundo. ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales, ISS, seccional Cundinamarca y Bogotá D. C., y a Horizonte Pensiones y Cesantías, por conducto de sus respectivos representantes legales que, si aún no lo han realizado, en el término de ocho (8) días contados a partir de la notificación de esta providencia, verifiquen de manera coordinada el cumplimiento de la señora Blanca Cenaida Sánchez del requisito de la equivalencia del ahorro.

Tercero. ORDENAR a Horizonte Pensiones y Cesantías, por conducto de su representante legal y si aún no lo ha realizado, que en el término de quince (15) días siguientes a la notificación de esta sentencia, en caso de encontrar satisfecho el requisito de la equivalencia del ahorro, ejecute los trámites necesarios para trasladar al régimen de prima media, administrado por el ISS, la totalidad del ahorro efectuado en el régimen de ahorro individual por la señora Blanca Cenaida Sánchez, de conformidad con el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008. En caso de que la equivalencia del ahorro no sea cumplida por dicha señora, le permitirá aportar, en un plazo razonable no inferior a un año, el dinero correspondiente a la diferencia entre lo ahorrado en el régimen individual y el monto total del aporte legal si hubiere permanecido en el régimen de prima media, al cabo de lo cual ejecutará los trámites pertinentes para trasladar al régimen de prima media la totalidad del ahorro efectuado al régimen individual por dicha señora y la diferencia aportada por la misma, de conformidad

con el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008.

Cuarto. Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que alude el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

A LA SENTENCIA T-232/11

Referencia: expediente T-2.858.521

Acción de tutela instaurada por la señora Blanca Cenaida Sánchez contra Horizonte Pensiones y Cesantías y el Instituto de Seguros Sociales.

Magistrado Ponente:

NILSON PINILLA PINILLA

Con el acostumbrado respeto por las decisiones adoptadas por esta Sala de Revisión, presento a continuación los argumentos jurídicos por los cuales me aparto de la decisión acogida.

La presente sentencia autoriza el traslado de la peticionaria del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales, sin cumplir uno de los requisitos legales para ello, tal y como fueron interpretados en la SU-062 de 2010. En tal sentencia de unificación se determinó que, para gozar esa posibilidad, las personas deben pertenecer al régimen de transición por tiempo –al menos 15 años de servicios cotizados a 1 de abril de 1994- y no por razón de la edad -40 años hombres y 35 mujeres a la misma fecha-. Ello debido a que así lo determinó esta Corte en la sentencia de C-798 de 2002 que analizó la constitucionalidad de la norma pertinente, por razones que fueron ampliamente explicadas en aquella oportunidad y que se reiteraron en la sentencia de unificación y a las cuales me remito enteramente.

En este caso la actora no cuenta con 15 años de servicios cotizados a 1 de abril de 1994, razón por la cual su traslado no ha debido autorizarse. Así las cosas, la decisión de la referencia no sólo contradice una sentencia de unificación sino una de constitucionalidad y así, esta incurra en una causal de nulidad. La prueba esta en que todos los precedentes citados para justificar la decisión –sentencia T-818 de 2007 y T-320 de 2009- son anteriores a la expedición de la sentencia de unificación mencionada.

Fecha ut supra.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

1 Artículo 12 del Decreto 758 de 1990. Requisitos para la pensión de vejez: “Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:

a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,

b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.0.00) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.”

2 Sociedad de naturaleza privada encargada de la prestación del servicio público de la seguridad social en pensiones y, por tanto, pasible de ser demandada en acción de tutela (arts. 48 y 86 Const., 5° y 42 D. 2591 de 1991).

3 Cfr. T-268 de abril 12 de 2009, M. P. Nilson Pinilla Pinilla y T-422 de junio 26 de 2009, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

4 T- 200 de marzo 23 de 2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

5“La seguridad social, para Jambu-Merlin, nace a partir de 1941 de los siguientes factores: a) Una terminología. En 1935 es votada, en Estados Unidos, La Social Security Act. Esta expresión se introdujo rápidamente en los países angloparlantes y después se extendió al mundo entero. b) Un acontecimiento político y militar. La guerra de 1939 a 1945... los gobiernos saben que una de las condiciones de un esfuerzo bélico y un esfuerzo de reconstrucción será la implementación de una sociedad más justa, más segura y de una democracia más social... la Carta del Atlántico del 12 de agosto de 1941, contiene, resultante de la petición de Churchill, un párrafo sobre la necesidad de extensión de la seguridad social a todos. Lo mismo en la declaración de Filadelfia de la OIT, de 10 de mayo de 1944. c) Una necesidad social... las necesidades más vivas en materia de seguridad y de salud... hacen posible que aparezca una idea completamente ignorada a principio de siglo: la protección social debe extenderse a todos... d) Un documento británico... es, en cierta medida, la conjunción de los tres elementos precedentes, la que conduce al gobierno británico a confiar, en mayo de 1941, a Sir William Beveridge la misión de estudiar la transformación de las instituciones de protección social.” Carrillo Prieto, Ignacio. Introducción al Derecho Mexicano. Derecho de la Seguridad Social. Edit. Universidad Autónoma de México. México, 1981. Pág. 27.

6 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.”

7 Seguridad Social. Un nuevo Consenso. Conferencia N° 89 de la OIT. 2002.

8 Posición planteada desde la sentencia T-406 de junio 5 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón.

9 Sentencia T-122 de febrero 18 de 2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

10 Cfr. T-760 julio 31 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda; T-122 de febrero 18 de 2010, T-016 enero 22 de 2007 y T-585 de junio 12 de 2008, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, entre otras.

11 Se evidencian obligaciones prestacionales de los Derechos Civiles y Políticos, por ejemplo, la protección del derecho y libertad de opinión, prensa e información (art. 20 superior) conlleva el establecimiento de diferentes organismos y sistemas para que funcione, y por ende, la asignación de recursos para su creación y sostenimiento. Así mismo, existen facetas negativas desprendidas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como la prohibición de realizar reformas regresivas a la seguridad social, impuesta a los Estados.

12 Abramovich, Víctor. Courtis, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles. Edit. Trotta S. A., Madrid, 2002. Pág. 37.

13 “La historia del nacimiento de los Estados Sociales es la historia de la transformación de la ayuda a los pobres motivada en la caridad y en la discrecionalidad de la autoridad pública, en beneficios concretos que corresponden a derechos individuales de los ciudadanos”, ib.

14 T- 122 de 2010, ya citada.

15 T-580 de julio 30 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

16 Art. 10° Ley 100 de 1993.

17 Su administración le corresponde al ISS. “Las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, administrarán este régimen respecto de sus

afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquéllos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en esta Ley. // Las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, estarán sometidas a la vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria.” (Art. 52 ib.).

18 Es administrado por sociedades especializadas, sometidas a la inspección y vigilancia del Estado (art. 90, ib.).

19 Los afiliados tienen la opción de cambiarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando cumplan las condiciones instituidas en el literal e) del artículo 13 de la citada Ley, es decir: “... 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.”

20 Art. 32, ib.

21 Art. 33, ib.

22 Art. 37, ib.

23 Art. 48 L. 1328 de 2009: “El conjunto de las cuentas individuales de ahorro pensional constituye un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, denominado fondo de pensiones, el cual es independiente del patrimonio de la entidad administradora. // Los recursos de las cuentas individuales estarán invertidos en Fondos de Pensiones cuyas condiciones y características serán determinadas por el Gobierno Nacional, considerando las edades y los perfiles de riesgo de los afiliados”.

24 Art. 64 L. 100 de 1993.

25 Art. 66 ib.

26 Literal p), artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Adicionado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003: “Los afiliados que al cumplir la edad de la pensión no reúnan los demás requisitos para tal efecto, tendrá derecho a una devolución de saldos o indemnización sustitutiva de acuerdo

con el régimen al cual estén afiliados y de conformidad con lo previsto en la presente ley.”

27 T-566 de agosto 6 de 2009, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

28 T-286 de marzo 28 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

29 SU-062 de febrero 3 de 2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

30 Inciso 4°, artículo 36 de la Ley 100 de 1993: “Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen 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.”

31 “Artículo 4°. A partir de la vigencia de la presente ley, modifíquese el inciso segundo y adiciónese el parágrafo 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, del Sistema General de Pensiones. A partir de la fecha de vigencia de la presente ley y hasta el 31 de diciembre del año 2007, la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez, de las personas que el 1° de abril de 1994 tuviesen 35 años o más de edad si son mujeres o cuarenta años de edad o más si son hombres ó 15 años o más de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados a esa fecha. A partir del 1° de enero del 2008, a las personas que cumplan las condiciones establecidas en el presente inciso se les reconocerá la pensión con el requisito de edad del régimen anterior al cual se encontraban afiliados. Las demás condiciones y requisitos de pensión aplicables a estas personas serán los consagrados en el Sistema General de Pensiones incluidas las señaladas por el numeral 2 del artículo 33 y el artículo 34 de esta ley, modificada por la Ley 797 de 2003.

Parágrafo 2°. Para los efectos de la presente ley, se respetarán y garantizarán integralmente los derechos adquiridos a quienes tienen la calidad de pensionados de jubilación, vejez, invalidez, sustitución y sobrevivencia en los diferentes órdenes, sectores y regímenes, así como a quienes han cumplido ya con los requisitos exigidos por la ley para adquirir la pensión, pero no se les ha reconocido.”

32 “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.”

33 T- 326 de mayo 14 de 2009, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

34 “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:

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

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.”

35 En esa ocasión, se estudió concretamente si Citi Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías

vulneró los derechos a la seguridad social, a la libre escogencia de régimen pensional y a la igualdad del actor, al negarle su traslado al régimen de prima media con prestación definida, administrado por el ISS, por no cumplir con el requisito de tener, a 1° de abril de 1994, 15 años de servicios cotizados. En esa ocasión, se declaró procedente dicho traslado sin perder el beneficio de la transición.

36 Cfr. C-836 de agosto 9 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil: “Si la parte de las sentencias que tiene fuerza normativa son los principios y reglas jurídicas, ello significa que no todo el texto de su motivación resulta obligatorio. Para determinar qué parte de la motivación de las sentencias tiene fuerza normativa resulta útil la distinción conceptual que ha hecho en diversas oportunidades esta Corporación entre los llamados obiter dicta o afirmaciones dichas de paso, y los *ratione decidendi* o fundamentos jurídicos suficientes, que son inescindibles de la decisión sobre un determinado punto de derecho.<sup>36</sup> Sólo estos últimos resultan obligatorios, mientras los obiter dicta, o aquellas afirmaciones que no se relacionan de manera directa y necesaria con la decisión, constituyen criterios auxiliares de la actividad judicial en los términos del inciso 2º del artículo 230 de la Constitución.”

37 Art. 7º D. 3995 de 2008: “El traslado de recursos pensionales entre regímenes, incluyendo los contemplados en este Decreto, así como de la historia laboral en estos casos, deberá realizarse en los términos señalados a continuación y en el artículo siguiente:

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

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

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

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

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