

Sentencia T-320/10

TRASLADO DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL AL REGIMEN DE PRIMA MEDIA PARA LOS BENEFICIARIOS DEL REGIMEN DE TRANSICION

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

DERECHO AL REGIMEN DE TRANSICION-Es un derecho "per se"

Se concluyó en la sentencia T-818/07 que el derecho al régimen de transición era, per se, un derecho adquirido de las personas que cumplían uno de los dos supuestos a que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y que en tal virtud ese derecho era irrenunciable, lo cual, en consecuencia, implicaba el derecho a trasladarse del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, para hacer efectivo dicho derecho.

DERECHO AL REGIMEN DE TRANSICION-Protección por tutela

Sea el momento de reiterar que la acción de tutela resulta procedente en casos como éste, en cuanto la vía ordinaria no resulta idónea para resolver el problema jurídico, ya que cuando el juez laboral decida el asunto bajo estudio, el régimen de transición no estará vigente, debido a que el Acto Legislativo 01 de 2005, que reformó el artículo 48 de la Constitución, consagró: "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..." Es ya incontrastable concluir que las instancias judiciales, al no ampararle el traslado al actor, dejaron de lado la apropiada interpretación de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el tema, al igual que el principio mínimo fundamental consagrado en el artículo 53 de la carta política, que impone resolver de manera favorable al trabajador la duda que pudiere presentarse, por lo cual tendrá que ser revocada la sentencia dictada en noviembre 13 de 2009 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, que confirmó la proferida en septiembre 22 del mismo año por el Juzgado Once Laboral del Circuito de esta ciudad, para en su lugar tutelar el derecho fundamental del peticionario a la igualdad, lo mismo que a la seguridad social y a la libre escogencia del régimen pensional.

TRASLADO DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL AL REGIMEN DE PRIMA MEDIA EN EL CASO DE BENEFICIARIOS DEL REGIMEN DE TRANSICION-No se puede negar el traspaso cuando se encuentra la persona en el grupo de hombres que a 1º de abril de 1994 tenía 40 años o más

El demandante, a 1º de abril de 1994, tenía cotizadas 524 semanas; es decir, no clasificaba para el régimen de transición, al no completar 15 años de servicios cotizados. Sin embargo, él nació el 26 de febrero de 1943, teniendo 51 años de edad a la fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994). Así, el actor cumplía a cabalidad uno de los requisitos para hacer parte del régimen de transición, pues se encontraba dentro del grupo de hombres que al tener cuarenta años o más de edad, podían ser beneficiarios de dicho régimen. En este sentido y frente a lo expuesto en precedencia, el actor sí hace parte del régimen de transición y, por ende, es su derecho pensionarse bajo los parámetros definidos en el sistema anterior, aún cuando voluntariamente haya cambiado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Referencia: expediente T-2499625

Acción de tutela instaurada por Hernando Mario Lucio Arenas, contra Citi Colfondos S.A..

Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral.

Magistrado Ponente:

Dr. NILSON PINILLA PINILLA.

Bogotá, D. C., seis (6) de mayo de dos mil diez (2010).

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 proferido en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, dentro de la acción instaurada por Hernando Mario Lucio Arenas, contra Citi Colfondos S.A..

El asunto llegó a la Corte Constitucional por remisión que hizo la mencionada corporación, en virtud de lo ordenado por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección N° 1 de la Corte, en auto de enero 25 de 2010, eligió el asunto de la referencia para su revisión.

I. ANTECEDENTES.

Hernando Mario Lucio Arenas promovió acción de tutela en septiembre 8 de 2009, contra Citi Colfondos S.A Pensiones y Cesantías, aduciendo vulneración de los derechos “a la libre escogencia de AFP, la seguridad social y la igualdad”, por los hechos que a continuación son resumidos.

A. Hechos y relato contenidos en la demanda.

1. Hernando Mario Lucio Arenas, nacido el 26 de febrero de 1943 (actualmente tiene 67 años de edad), afirma que desde enero de 1967 hasta septiembre de 1994 estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales, para los riesgos de vejez, invalidez y muerte, de forma más o menos continua (f. 8 cd. inicial.).

2. En agosto 11 de 1994, el actor se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, como afiliado al Fondo de Pensiones y Cesantías Citi Colfondos S.A. (f. 26 ib.).

3. Según manifiesta el demandante, en agosto 20 de 2008, mediante derecho de petición, solicitó a Citi Colfondos S.A. su traslado al régimen de prima media con prestación definida, al mencionar que “es mi voluntad trasladarme al SEGURO SOCIAL dado que tengo el derecho cierto e indiscutible que por virtud del Régimen de Transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para efectos de mi pensión me sea aplicable el régimen anterior que me cobijaba, esto es, el Acuerdo 048 de 1990 aprobado por el Decreto 0758 del mismo año” (f. 19 ib.).

4. Mediante comunicación de septiembre 2 de 2008, Citi Colfondos S.A. le informó al actor que no era viable el traslado, puesto que “le faltan menos de 10 años para cumplir la edad de jubilación”; además, le indicó que para determinar si se encontraba en el régimen de transición debía “diligenciar una solicitud de traslado en el ISS y anexar una carta dirigida al Instituto de Seguros Sociales solicitando nuevamente el traslado de Citi Colfondos al ISS

basados en el Argumento de pertenecer al Régimen de Transición” (f. 26 ib.).

5. Por otro lado, en comunicación de septiembre 2 de 2008, Citi Colfondos S.A. le solicitó al ISS informar si en el caso del señor Lucio Arenas “se aplicará la reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional proferida mediante sentencia T-818/07, por la cual se señala la viabilidad del traslado del régimen en cualquier momento” (f. 29 ib.).

6. En respuesta a la solicitud referida, en octubre 3 de 2008 el ISS le indicó a Citi Colfondos S.A que para examinar la viabilidad del traslado de régimen del señor Lucio Arenas, era necesario que allegara a dicha entidad “la historia laboral en la que se establezca que el afiliado satisface los 15 años de vinculación o cotizados anteriores a la Ley 100 de 1993” y además, “un certificado suscrito por el tesorero de la AFP en el que establezca claramente el detalle en el saldo de la cuenta de ahorro individual” (f. 31 ib.).

7. En noviembre 21 de 2008, el actor nuevamente elevó petición ante Citi Colfondos S.A. solicitando información sobre su traslado al régimen de prima media y requiriendo la expedición de las copias y anexos que se habían remitido al ISS, en respuesta a la solicitud que dicha entidad les había presentado en octubre 3 de 2008 (f. 25 ib.).

9. Debido a lo anterior, en enero 6 de 2009, el accionante presentó derecho de petición ante Citi Colfondos S.A., pues el ISS en octubre 3 de 2008 sí había contestado la petición realizada por el fondo de pensiones; así, solicitó “que a la mayor brevedad posible atiendan esta comunicación enviando los datos requeridos” (f. 30 ib.).

10. En enero 27 de 2009, Citi Colfondos S.A. le indicó al actor que la información solicitada ya había sido remitida al ISS¹, “para que dicha entidad pueda realizar el cálculo actuarial que permitirá identificar si el saldo de su cuenta individual resulta o no inferior al monto del aporte legal para el riesgo de vejez correspondiente en el caso de que hubiese permanecido en el régimen de prima media” (f. 33 ib.).

11. En febrero 10 de 2009, el ISS mediante comunicación dirigida a Citi Colfondos S.A. informó que “el señor HERNANDO MARIO LUCIO ARENAS SI CUMPLE con el requisito establecido en el 2) requisito enunciado, en cuanto a la simulación de la rentabilidad de los aportes que hubiera tenido en el ISS, según información suministrada por AFP COLFONDOS” (f. 39 ib., está en negrilla en el texto original.).

12. En marzo 27 de 2009, Citi Colfondos S.A. le comunicó al actor que no era posible su traslado al régimen de prima media, debido a que no cumplía con el requisito que consiste en tener 15 años cotizados a 1° de abril de 1994, pues se encontró que solamente registra 524 semanas cotizadas (fs. 45 y 46 ib.).

13. Aduce el actor que Citi Colfondos S.A., al negarle el traslado de régimen pensional contradice la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ya que en la sentencia T-818 de octubre 4 de 2007, se estableció que las personas que son beneficiarias del régimen de transición por edad y no por tener 15 años cotizados a 1° de abril de 1994, también pueden trasladarse de régimen pensional en cualquier tiempo.

B. Documentos relevantes cuya copia obra en el expediente.

1. Cédula de ciudadanía de Hernando Mario Lucio Arenas (fs. 20 y 31 ib.).

2. Reporte de semanas cotizadas por el señor Lucio Arenas al ISS desde 1967 hasta 1994 (fs. 8, 9 y 10 ib.).

3. Derechos de petición presentados por el actor, mediante los cuales solicita el traslado de régimen pensional (fs. 25, 26 y 30 ib.).

4. Comunicación dirigida por el departamento de pensiones del ISS a Citi Colfondos S.A., en febrero 10 de 2009, donde informa que el señor Lucio Arenas cumple con el requisito de rentabilidad para trasladarse de régimen pensional (f. 39 ib.).

5. Comunicación de marzo 27 de 2009, donde Citi Colfondos S.A. le comunica al actor que no era posible su traslado al régimen de prima media, por no cumplir el requisito de tener 15 años cotizados a 1° de abril de 1994, pues se encontró que solamente registra 524 semanas cotizadas (f. 33 ib.).

C. Respuesta de Citi Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías.

El representante legal de la entidad demandada, en comunicación de septiembre 17 de 2009, se opuso a la prosperidad de la acción de la tutela, al considerar que “si bien el demandante cumple con la cuantía mínima necesaria para ser trasladado de régimen, no con el segundo requisito que consiste en contar con 15 años o más cotizados a 1 de abril de

1994, esto quiere decir haber cotizado 784 semanas y el demandante tan solo cotizó 524; lo anterior de conformidad con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y las sentencias C-1024 de 2004 y C-789 de 2003” (fs. 63 a 68 ib.).

D. Sentencia de primera de instancia.

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá vinculó como parte accionada al ISS y en septiembre 22 de 2009 dictó fallo negando el amparo, al estimar que “el actor no cumple con el requisito de haber prestado 15 años de servicio efectivo con anterioridad al 1 de abril de 1994, requisito sine qua non a fin de poder disponer de la protección constitucional” (fs. 79 a 82 ib.).

F. Impugnación.

En septiembre 28 de 2009, Hernando Mario Lucio Arenas impugnó dicho fallo, indicando que “si bien es cierto, no cumplo con los años de cotización, como lo afirma el fallo impugnado, también lo es que en casos similares al mío, en aplicación del principio fundamental contemplado en el artículo 53 de la Constitución Política de 1991, la Corte Constitucional resolvió que los accionantes pertenecían al régimen de transición por el simple hecho de cumplir a cabalidad con el requisito de edad” y, en consecuencia, consideró que para aquéllos también era viable el traslado de régimen pensional en cualquier tiempo (fs. 86 a 88 ib.).

G. Sentencia de segunda instancia.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, mediante fallo de noviembre 13 de 2009, confirmó la sentencia antes referida, al considerar que “es claro que la Ley 797 de 2003, estableció que no procede el cambio de régimen cuando al afiliado ‘le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez’, situación en la que se encuentra el accionante, la cual hace improcedente el amparo constitucional” (fs. 93 a 97 ib.).

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

Esta corporación es competente para examinar la determinación referida, en Sala de Revisión, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9° de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. El asunto objeto de análisis.

Corresponde a la Corte Constitucional determinar si Citi Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías, entidad de naturaleza privada encargada de la prestación del servicio público de 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 19912), ha vulnerado los derechos a la seguridad social, a la igualdad y a la libre escogencia del régimen pensional del señor Hernando Mario Lucio Arenas, al no permitirle el traslado al régimen de prima media con prestación definida, al que él afirma tener derecho. Al efecto, esta Sala reiterará la jurisprudencia existente sobre el traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, de los beneficiarios del régimen de transición.

Las personas que no habían adquirido derecho pensional en el régimen anterior a la Ley 100 de 1993, pueden estar, sin embargo, amparadas por el llamado régimen de transición, previsto en el artículo 36 de esa misma ley, circunscrito en primer término a las personas que reunieran, a la fecha de entrada en vigencia del sistema pensional (abril 1° de 1994), un requisito de edad (35 años para las mujeres y 40 años para los hombres), o un requisito de cotizaciones o servicios (15 o más años).

Por otro lado, el precitado artículo 36 en sus incisos cuarto y quinto, regula de la siguiente manera los casos en los que este beneficio no se otorga:

“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.

Tampoco será aplicable para quienes 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, por que presuntamente “el régimen de transición constituye un derecho laboral concreto, adquirido” y, en consecuencia, no es posible que el legislador establezca su pérdida porque 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 prima media con prestación definida.

Para tales efectos, la Corte en esa sentencia 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 básica planteada, se concluyó que “no resulta admisible el argumento que esgrime el demandante, en el sentido de que quienes cumpliendo la edad y teniendo afiliación vigente al momento de entrar a regir el sistema de pensiones de la Ley 100 de 1993, consolidaron en su cabeza una situación jurídica o adquirieron un derecho, por el tiempo en que se mantuvieron en el régimen de prima media con prestación definida, pues para el momento en que renunciaron voluntariamente a dicho régimen no habían adquirido el derecho a la pensión. Tenían apenas una expectativa legítima, a la cual decidieron renunciar voluntaria y autónomamente, para trasladarse al sistema de ahorro individual con solidaridad”.

Acorde a lo anterior, esta corporación 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; 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, quienes contaban a 1º de abril de 1994 con quince años de servicios cotizados.

De tal manera, la Corte Constitucional determinó que tales personas no quedan expresamente excluidas del régimen de transición al trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por supuesto, tampoco quedan excluidas quienes se trasladaron al régimen de prima media y posteriormente 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.

Así las cosas, este tribunal estableció que los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 eran exequibles, 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 pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, conforme a lo dispuesto en el artículo 151 de dicho estatuto.

Adicionalmente se indicó que quienes habían cotizado o prestado sus servicios por un periodo de 15 años o más al tiempo de entrada en vigencia del Sistema General 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 la citada sentencia C-879 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 cuarto de la Ley 860 de 2003, cuya constitucionalidad fue examinada en la sentencia C-754 de agosto 10 de 2004, M. P. Álvaro Tafur Galvis, pues según quien entonces 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 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 adujo 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.

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 disposición acusada, conduce a la obtención de 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 pensional, 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), a saber: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; (...)”,

determinación referida exclusivamente al cargo analizado en esa ocasión y 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 sentencias de constitucionalidad anteriormente referidas han determinado 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 problemas jurídicos acerca del cumplimiento de los requisitos que la Ley 100 de 1993 estableció 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 accionante alegaba tener derecho a trasladarse del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir al ISS por ser beneficiario del régimen de transición, pero dicho fondo le había negado el traslado por no contar con los 15 años de servicios cotizados, encontrando el demandante dicho análisis errado, pues la AFP no se había pronunciado sobre el requisito de edad para acceder al régimen de transición, que cumplía a cabalidad.

En aquella oportunidad, esta corporación tuteló los derechos a la seguridad social y a la libre escogencia de régimen pensional del actor, 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.”

De esa manera, se concluyó en la referida sentencia que el derecho al régimen de transición era, per se, un derecho adquirido de las personas que cumplían uno de los dos supuestos a que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y que en tal virtud ese derecho era irrenunciable, lo cual, en consecuencia, implicaba el derecho a trasladarse del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, para hacer efectivo dicho derecho.⁵

Por otro lado, en lo concerniente al cumplimiento del requisito de equivalencia del ahorro para trasladarse del régimen de ahorro individual al de prima media con prestación definida, es pertinente acudir a la sentencia SU-062 de febrero 3 de 2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, la cual reemplazó la sentencia T-168 de marzo 18 de 2009 dictada por la Sala Octava de Revisión, anulada mediante auto 09 del 27 de enero de 2010, dentro del incidente de nulidad promovido por el Instituto de los Seguros Sociales. La Corte consideró que debido a la disposición contenida en el Decreto 3995 de 2008, que permite el cumplimiento de la exigencia impuesta por la sentencia C-789 de 2002, no existía razón para que la sentencia T-168 de 2009 sostuviera la tesis según la cual es imposible observar el requisito de equivalencia del ahorro.

En este sentido, el hecho de 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, en aquel asunto concreto se le ordenó al fondo de pensiones y cesantías que

en caso de que encontrara satisfecho el requisito de la equivalencia del ahorro, iniciara los trámites pertinentes para trasladar al régimen de prima media, administrado por el Instituto de Seguros Sociales, 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.

Adicionalmente, ordenó que si la exigencia de la equivalencia del ahorro no se cumplía, le ofreciera al accionante “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”.

Cuarta. Análisis del caso concreto.

Disponiendo de los elementos constitucionales y jurisprudenciales a los que se ha hecho referencia, debe analizarse si, en el presente asunto, Citi Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías está vulnerando los derechos a la seguridad social, a la libre escogencia de régimen pensional y a la igualdad del señor Hernando Mario Lucio Arenas, al negarse a permitir su traslado al régimen de prima media con prestación definida, administrado por el Instituto de Seguros Sociales, por no cumplir con el requisito de tener, a 1° de abril de 1994, 15 años de servicios cotizados.

4.1. El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá negó el amparo solicitado, mediante fallo de septiembre 22 de 2009, aduciendo que “el actor no cumple con el requisito de haber prestado 15 años de servicio efectivo con anterioridad al 1 de abril de 1994, requisito sine qua non a fin de poder disponer de la protección constitucional” (fs. 79 a 82 ib.).

Por su parte, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral confirmó la sentencia referida, mediante fallo de noviembre 13 de 2009, al considerar que “es claro que la Ley 797 de 2003, estableció que no procede el cambio de régimen cuando al afiliado ‘le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez’, situación en la que se encuentra el accionante, la cual hace improcedente el amparo

constitucional” (fs. 93 a 97 ib.).

4.2. Sea el momento de reiterar que la acción de tutela resulta procedente en casos como éste, en cuanto la vía ordinaria no resulta idónea para resolver el problema jurídico, ya que cuando el juez laboral decida el asunto bajo estudio, el régimen de transición no estará vigente, debido a que el Acto Legislativo 01 de 2005, que reformó el artículo 48 de la Constitución, consagró: “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...”

4.3. El señor Hernando Mario Lucio Arenas, a 1° de abril de 1994, tenía cotizadas 524 semanas; es decir, no clasificaba para el régimen de transición, al no completar 15 años de servicios cotizados.

Sin embargo, él nació el 26 de febrero de 1943 (f. 7 ib.), teniendo 51 años de edad a la fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994). Así, el actor cumplía a cabalidad uno de los requisitos para hacer parte del régimen de transición, pues se encontraba dentro del grupo de hombres que al tener cuarenta años o más de edad, podían ser beneficiarios de dicho régimen.

4.4. En este sentido y frente a lo expuesto en precedencia, el actor sí hace parte del régimen de transición y, por ende, es su derecho pensionarse bajo los parámetros definidos en el sistema anterior, aún cuando voluntariamente haya cambiado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

4.5. La Sala considera que los argumentos expuestos por Citi Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías son infundados, a partir de que la Corte Constitucional dejara establecido en la sentencia C-1024 de 2004 que quienes “reúnan 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”.

En consecuencia, los beneficiarios del régimen de transición que se habían trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, podían regresar al régimen de prima media con

prestación definida, o sea, volver de las administradoras de fondos pensionales al Seguro Social, en cualquier tiempo antes de pensionarse, trasladando lo que tenían en el fondo al Seguro Social, independientemente de faltarles menos de 10 años para pensionarse.

Por ello, Citi Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías deberá ejecutar, si aún no lo ha realizado, todos los trámites que conduzcan a hacer efectivo el traslado del señor Hernando Mario Lucio Arenas al régimen de prima media, administrado por el Instituto de Seguros Sociales, todo lo cual deberá culminar cabalmente en un término máximo de diez (10) días hábiles.

4.6. Es ya incontrastable concluir que las instancias judiciales, al no ampararle el traslado al actor, dejaron de lado la apropiada interpretación de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el tema, al igual que el principio mínimo fundamental consagrado en el artículo 53 de la carta política, que impone resolver de manera favorable al trabajador la duda que pudiere presentarse, por lo cual tendrá que ser revocada la sentencia dictada en noviembre 13 de 2009 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, que confirmó la proferida en septiembre 22 del mismo año por el Juzgado Once Laboral del Circuito de esta ciudad, para en su lugar tutelar el derecho fundamental del señor Hernando Mario Lucio Arenas a la igualdad, lo mismo que a la seguridad social y a la libre escogencia del régimen pensional.

III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución Nacional,

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia dictada en noviembre 13 de 2009 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual fue confirmada la proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de la misma ciudad, en septiembre 22 de 2009. En su lugar, se dispone TUTELAR los derechos del señor Hernando Mario Lucio Arenas a la igualdad, a la seguridad social y a la libre escogencia del régimen pensional.

Segundo.- ORDENAR a Citi Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, por conducto de su

representante legal o quien haga sus veces que, si aún no lo ha realizado, verifique los trámites que conduzcan a hacer efectivo el traslado del señor Hernando Mario Lucio Arenas al régimen de prima media, administrado por el Instituto de Seguros Sociales, todo lo cual deberá culminar cabalmente en un término máximo de diez (10) días hábiles.

Tercero.- Líbrese por Secretaría General la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, en la forma y para los efectos allí contemplados.

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

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Salvamento de voto

MARTHA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

A LA SENTENCIA T-320/10

Referencia: Expediente T- 2499625

Acción de tutela instaurada por Hernando Mario Lucio Arenas contra Citi Colfondos.

Magistrado Ponente:

NILSON PINILLA PINILLA

Con el acostumbrado respeto, paso a exponer las razones por las cuales salvo mi voto en relación con la decisión adoptada por la Sala Sexta de Revisión en sentencia T- 320 de 2010, en la cual, se revocó la sentencia proferida el 13 de noviembre de 2009 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá mediante la cual fue confirmada la proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de la misma ciudad, en septiembre 22 de 2009.

Considero que la decisión adoptada por la Sala Sexta de Revisión, respecto del expediente T-2499625 en la que se indicó que el señor Hernando Mario Lucio Arenas podía regresar al régimen de prima media con prestación definida del de ahorro individual sin perder los beneficios del régimen de transición, incurre en error, puesto que, al momento de analizar el caso concreto no se tuvo en cuenta lo preceptuado por el inciso 4 del artículo 36 de la ley 100 de 1993, que establece: “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.”

En otras palabras, únicamente aquellas personas que a 1 de Abril de 1994 contaban con quince (15) años o más de servicios cotizados, conforme al inciso en mención, pueden trasladarse del de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad y volver al primero sin perder los beneficios de la transición pensional, por el contrario las personas que tuvieran treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no gozan de esta prerrogativa.

En sentencia C-789 de 2002, la Corte Constitucional avaló la constitucionalidad de éste inciso, al establecer que:

“Como se desprende de la lectura del inciso segundo del artículo 36 de la ley 100 de 1993, el legislador previó el régimen de transición a favor de tres categorías de trabajadores que, al momento de entrar en vigor dicha ley, cumplieran con determinados requisitos. En primer lugar, los hombres que tuvieran más de cuarenta años; en segundo lugar, las mujeres mayores de treinta y cinco y; en tercer lugar, los hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados; requisitos que debían cumplir al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones, conforme lo establece el artículo 151 de dicha ley.

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

El interprete podía llegar a concluir, que como las personas con más de quince años cotizados se encuentra dentro del régimen de transición, a ellos también se les aplican las mismas reglas que a los demás, y su renuncia al régimen de prima media daría lugar a la pérdida automática de todos los beneficios que otorga el régimen de transición, así después regresen a dicho régimen. Sin embargo, esta interpretación resulta contraria al principio de proporcionalidad.

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

ley 100 de 1993 (abril 1º de 1994), termine aspiraban a recibir su pensión.

En tal medida, la Corte establecerá que los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la ley 100 de 1993 resultan exequibles en cuanto se entienda que los incisos no se aplican a las personas que tenían 15 años o más de trabajo cotizados para el momento de entrada en vigor del sistema de pensiones consagrado en la ley 00 de 1993, conforme a lo dispuesto en el artículo 151 del mismo estatuto.”

Esta posición se reitero en la sentencia C-1024 de 2004, que expreso respecto de este asunto que, “Aquellas personas que 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, 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. Siendo el derecho al régimen de transición un derecho adquirido, no puede desconocerse la potestad reconocida a las personas previstas en las hipótesis normativas de los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de retornar en cualquier tiempo al régimen de prima media con prestación definida y, por lo mismo, hacer efectivo su derecho pensional con fundamento en las disposiciones que le resulten más benéficas.”

En virtud de lo anterior, uno de los requisitos para trasladarse de régimen de ahorro individual al régimen de prima media cuando con posterioridad se había efectuado este cambio, sin que se pierdan los beneficios del régimen de transición es que las personas tengan 15 años de servicio cotizados a primero de Abril de 1994.

En el caso concreto el señor Hernando Mario Lucio Arenas, no tiene los 15 años de servicio cotizados a 1 de abril de 1994, pues solo cuenta con 524 semanas que se traducen en 10 años, por lo tanto, para el asunto en cuestión, la sentencia no debió autorizar el traslado del accionante.

Fecha ut supra,

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

1 Dicha comunicación fue enviada al ISS en enero 27 de 2009.

2 Cfr. C-134 de marzo 17 de 1994, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

3 “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.”

4 “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.”

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

6 “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.

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.”