

Sentencia T-326-09

Referencia: expediente T-2.112.365

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

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., catorce (14) de mayo de dos mil nueve (2009).

La Sala Sexta de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, Nilson Pinilla Pinilla y Humberto Antonio Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

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

### 1. ANTECEDENTES

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

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

## 1. SOLICITUD

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

### 1. HECHOS

1. Dice el actor que a la fecha de la demanda de tutela cuenta con cincuenta y ocho (58) años de edad y que laboró para la Gobernación de Vaupés, la Rama Judicial, la Fiscalía General de la Nación y la Procuraduría General de la Nación, con lo que acredita un total de 1027 semanas cotizadas, según Resolución expedida por el propio Instituto demandado.

1. Afirma haber presentado solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez ante el ISS, por considerar cumplidos los requisitos de edad y semanas cotizadas.

1. El ISS respondió su solicitud reconociendo que se encontraba dentro del régimen de transición al cual se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero adujo que el hecho de haberse trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad y cotizar para pensiones a PORVENIR, aunque luego hubiera regresado al ISS a partir del 1° de febrero de 2002, hacía que perdiera dicho régimen, toda vez que no se cumplía con lo exigido por el literal b) del artículo 3 del Decreto 3800 de 2003, pues la devolución efectuada por PORVENIR era inferior a los rendimientos de dichos aportes en caso de

haber permanecido en el régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS. En tal virtud, mediante Resolución 011574 de 29 de marzo de 2007, el Instituto demandado negó la pensión de vejez.

1. El solicitante interpuso recurso de reposición contra la anterior decisión, pues consideró que no era posible perder el régimen de transición por no existir norma alguna que así lo exigiera. De todas maneras, dijo estar dispuesto a consignar el valor correspondiente a la supuesta diferencia de rendimientos<sup>1</sup>, a fin de lograr el reconocimiento pensional.

1. Mediante Resolución 042083 del 14 de septiembre de 2007, el ISS resolvió el recurso de reposición reiterando los argumentos expuestos en la Resolución impugnada. Agregó que el reclamante era beneficiario del régimen de transición por edad y no por tiempo de servicio, como quiera que había perdido los beneficios de dicho régimen de conformidad con lo prescrito por el inciso 4 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por haberse trasladado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad. En tal virtud, al no tener cumplidos los sesenta (60) años de edad, no era posible acceder al reconocimiento pensional. Explicó también esta Resolución que los beneficios del régimen de transición no podían recuperarse por el hecho de consignar las diferencias de los aportes y rendimientos. Finalmente, advirtió que con dicha Resolución se entendía agotada la vía gubernativa porque contra ella no cabe recurso alguno.

## 1. ARGUMENTOS JURÍDICOS DE LA TUTELA

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

1. En primer término alega que, al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993,

contaba con más de cuarenta años de edad, por lo cual le era aplicable el régimen de transición que le daba derecho a pensionarse de conformidad con lo previsto en el Decreto ley 546 de 19712, al llegar a los cincuenta y cinco años de edad con veinte años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de ese Decreto, de los cuales por lo menos diez se hubieran trabajado al servicio de la Rama judicial o del Ministerio Público. Así mismo, afirma que para cuando solicitó al ISS el reconocimiento de su pensión, contaba con más de cincuenta y cinco años de edad y que, según lo admitió el propio ISS, tenía acreditadas 1028 semanas de cotización, equivalentes a veinte años y un día.

1. Con base en las razones anteriores, afirma que cuando se han cumplido los requisitos legales para acceder a la pensión, como en su concepto sucede en su caso, la misma se erige en un derecho adquirido garantizado por el artículo 53 de la Constitución y en sustento de esta afirmación, cita varias sentencias emanadas de esta Corporación judicial.

1. En cuanto a la exigencia de haber permanecido en el régimen de prima media con prestación definida sin haber cotizado al régimen de ahorro individual con solidaridad, sostiene que el ISS le impone los efectos de una norma que no le era aplicable. Destaca que esta Corporación, de un lado ha rechazado la exigencia de requisitos no previstos en la Ley3, y de otro, ha defendido la aplicación del principio de favorabilidad cuando exista un conflicto entre dos normas o dos interpretaciones posibles de una disposición.

1. De otro lado, el demandante alega que la Constitución consagra la irrenunciabilidad de las garantías laborales mínimas, y la imposibilidad de transigir respecto de ellas. Por todo lo anterior, estima que no reconocerle el derecho a la pensión según el régimen de transición y las normas especiales consagradas para la Rama judicial y el Ministerio público constituye una vía de hecho por desconocimiento de su derecho adquirido a la seguridad social y al principio de favorabilidad.

1. Por otra parte, el demandante afirma que desde hace aproximadamente diez años padece de diabetes crónica, mal que ha afectado gravemente su salud y lo ha obligado a abandonar el ejercicio independiente de la profesión de abogado. Explica que es padre de varias hijas, tres de ellas aun estudiantes, y que sus ingresos actuales como administrador de un hotel, equivalentes a ochocientos mil pesos mensuales, no son suficientes para cubrir su mínimo vital de subsistencia en condiciones dignas.

Por tales razones, solicita al juez de tutela que, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, conceda la presente tutela y ordene al ISS liquidar y hacer efectiva su pensión de jubilación de conformidad con lo reglado en el artículo 6° del Decreto-ley 546 de 1971. Reclama también el derecho a la “mesada 14”, por considerarse acreedor a ese derecho, al haber presentado la documentación para el trámite de su pensión antes de que se hubiera derogado ese derecho.

## 1. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

El término de traslado venció en silencio.

## 1. PRUEBAS DOCUMENTALES OBRANTES DENTRO DEL EXPEDIENTE

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

1. Copias de las resoluciones 011574 de marzo 29 de 2007, 042083 del 14 de septiembre de 2007 y 001328 de septiembre de 2006, proferidas por el Seguro Social pensiones.

1. Copia de la solicitud de pensión elevada el 18 de noviembre de 2004.

1. Registros civiles y certificaciones de estudio de tres hijas del demandante.

1. Diagnóstico emanado de la IPS PROVENSALUD, en donde consta que el actor padece diabetes mellitus.

## 1. DECISIONES JUDICIALES

### 1. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

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

En primer lugar la sentencia recuerda que el régimen de transición fue regulado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Tras citar textualmente y analizar esta disposición, el fallo concluye que resultaba aplicable al demandante, pues aunque para cuando dicha norma entró a regir sólo tenía catorce (14) años de cotización, sí contaba con cuarenta y cuatro (44) años de edad, lo que lo hacía merecedor de este beneficio. Además, al momento de elevar la solicitud de reconocimiento pensional, había cotizado durante más de veinte años de servicio, razón por la cual sin duda tenía derecho a pensionarse según el régimen anterior a que se encontraba afiliado, dado que conforme a lo prescrito por los artículos 48 y 53 constitucionales, tenía al respecto un derecho adquirido irrenunciable.

En este sentido transcribe in extenso la sentencia T-818 de 2007, en cuanto estudió la situación de los beneficiarios del régimen de transición que se trasladaron al régimen de ahorro individual con solidaridad y luego se devolvieron al régimen de prima media con prestación definida. Dicha providencia concluyó que el haber cotizado a las administradoras privadas de pensiones no implicaba la pérdida del derecho a pensionarse conforme al régimen más favorable.

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

Al estudiar el asunto de la procedencia de la acción de tutela en el caso concreto, la sentencia recuerda los requisitos jurisprudencialmente decantados para la procedencia excepcional de la acción de amparo, fijados en la Sentencia T-055 de 20064, a saber:

- “(i) que se trate de una persona de la tercera edad, para ser considerado sujeto especial de protección;
- (ii) que la falta de pago de la prestación o su disminución, genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital,
- (iii) que se haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial por el interesado tendiente a obtener la protección de sus derechos, y
- (iv) que se acredite siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados. De este modo, deberá analizarse en cada caso concreto si se verifican estos requerimientos a fin de declarar la procedencia del amparo.”<sup>5</sup>

A juicio del a quo, el demandante no cumple con el primero de los

anteriores requisitos, toda vez que para la fecha de interposición de la acción contaba con cincuenta y nueve (59) años de edad, por lo que no podía ser catalogado como persona de la tercera edad. En cuanto al segundo, relativo a la vulneración del mínimo vital de subsistencia, estima que tal vulneración no está demostrada dentro del expediente, y que más bien se observa que el actor devenga actualmente la suma mensual de ochocientos mil pesos (\$800.000 M/cte.). En cuanto al presupuesto relativo a determinar el por qué el medio judicial ordinario resulta ineficaz, afirma el fallo que en la demanda no hay ninguna manifestación al respecto. Agrega que las resoluciones del ISS adversas a la solicitud de reconocimiento pensional del demandante fueron proferidas en el año 2006 y en marzo y septiembre de 2007, sin que desde entonces “hubiese dado inicio a las acciones ordinarias pertinentes, lo que torna en inviable el amparo y no solo por no cumplirse el requisito de inmediatez, sino porque adicionalmente merced a su propia incuria e inoperancia ha dejado fenecer la acción contenciosa de que disponía para hacer valer sus derechos.” Explica el fallo que el último acto administrativo proferido por el ISS que negó el derecho pensional data del 14 de septiembre de 2007, y fue notificado el día 9 de noviembre de esa misma anualidad, momento a partir del cual el actor contaba con cuatro (4) meses para intentar la acción contenciosa contra dicha resolución, lo cual no hizo.

Así las cosas, concluye la sentencia de primera instancia que fue la inercia o descuido del hoy demandante lo que determinó que no acudiera a los mecanismos de defensa judicial ordinarios, de suerte que la acción de tutela no podía considerarse como una instancia adicional o alterna para reclamar sus derechos. Expresa que no hizo uso de las acciones ordinarias laborales, ni de la acción contenciosa de restablecimiento del derecho, ni de la acción constitucional. En tal virtud, deniega por improcedente el amparo constitucional.

## 1. IMPUGNACIÓN DE LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Al ser notificado de la anterior decisión, el demandante la impugnó con fundamento en lo siguiente:

Destaca la impugnación que el a quo reconoció la vulneración de su

derechos pensionales y la vía de hecho cometida con ocasión de la expedición de los actos administrativos que negaron dichos derechos, no obstante lo cual estimó que el amparo constitucional resultaba improcedente por no cumplirse el requisito de inmediatez, ni haberse interpuesto oportunamente las acciones ordinarias.

Para descartar la falta de inmediatez en la presentación de la presente demanda, explicó que el último acto administrativo expedido por el ISS el 14 de septiembre de 2007, fue notificado el 9 de noviembre siguiente, interpuso la acción de nulidad el 29 de febrero de 2008 y la acción de tutela el 29 de junio del mismo año.

En relación con el tema de improcedencia del amparo porque existen otros medios de defensa judicial, el accionante manifestó que interpuso la acción constitucional como mecanismo transitorio porque demandó las Resoluciones 012574 del 29 de marzo de 2007 y 042083 del 14 septiembre del mismo año (la que le negó la pensión de vejez y la que confirmó esa decisión) en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Dijo que esa demanda correspondió al Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Villavicencio, donde actualmente se tramita.

Agregó que respecto a los requisitos de procedencia de la acción de tutela en aquellos casos en que el peticionario tenga a su alcance otro medio de defensa judicial, la Corte Constitucional ha explicado que si la situación fáctica da cuenta de que las condiciones materiales de la persona demuestran que someterla a los trámites de un proceso ordinario resulta demasiado gravoso, la acción de tutela debe entenderse procedente.

Prosigue entonces el impugnante tratando de demostrar que en su caso la negativa a concederle la pensión afecta su mínimo vital de subsistencia y para ello recuerda que es padre de tres hijas estudiantes, una de las cuales no pudo ser matriculada para el siguiente período por falta de recursos económicos, que desde hace varios años padece de diabetes mellitus y que la suma que actualmente devenga como producto de su actividad laboral es notoriamente insuficiente para atender a sus necesidades personales y familiares. Recalca que los trámites de un proceso contencioso duran varios años, durante los cuales se perpetuará la vulneración de derechos fundamentales en cabeza suya que fue admitida por el juez de primera instancia.

## 1. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

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

Dice el ad quem que en este caso no se discute que el demandante tiene a su disposición otro medio de defensa judicial para reclamar el reconocimiento de su pensión, del cual ya ha hecho uso ante los jueces administrativos. Por lo cual, lo que debe ser estudiado es si la acción de tutela puede ser concedida como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Al respecto, recuerda que conforme a decantada jurisprudencia constitucional, para que se entienda que existe amenaza de consumación de un perjuicio irremediable, es menester que el mismo se presente como "inminente", es decir que amenace acaecimiento inmediato, por lo cual las medidas que se requieran para conjurarlo han de ser "urgentes"; además, dicho perjuicio debe ser grave, es decir de gran intensidad en la esfera de derechos del afectado; así, esta gravedad e inminencia determinan la impostergabilidad de la acción de tutela, que resulta entonces procedente.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, el Tribunal concluye que ante la ausencia de un inminente perjuicio irremediable que justifique la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio, la acción ordinaria laboral, a la que ya ha acudido el demandante, es el mecanismo de defensa judicial adecuado, que desplaza la acción constitucional.

Finalmente, el Tribunal agrega que no obran en el expediente los documentos que demuestran el tiempo cotizado con base en el cual el accionante pretende que le sea reconocida su pensión.

## 1. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

## 1. COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

1. La Sala Sexta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de esta referencia. Además, procede la revisión en virtud de la selección realizada por la Sala correspondiente y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

1. El expediente de la referencia fue seleccionado y repartido al despacho del Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra, mediante auto del 9 de diciembre de 2008 de la Sala Doce de Selección. Al vencimiento del período del magistrado sustanciador, la Sala Plena de la Corte Constitucional designó en encargo a la doctora Cristina Pardo Schlesinger, quien mediante escrito del 6 de marzo de 2009 manifestó su impedimento para estudiar el asunto de la referencia por considerar que se configuraba la causal señalada en el numeral 1º del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal, pues tenía interés en la actuación procesal.

Posteriormente, el 3 de abril de 2009, se posesionó como Magistrado de la Corte Constitucional el doctor Jorge Ignacio Pretelt Chaljub en reemplazo del doctor Marco Gerardo Monroy Cabra, por lo que, mediante auto del 13 de abril de 2009, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional resolvió devolver el expediente al despacho del Magistrado que ahora actúa como ponente porque se presentó una sustracción de materia para decidir sobre el impedimento presentado.

Por esta razón, en la parte resolutive de esta sentencia, la Sala levantará los términos que se habían suspendido para tramitar el impedimento presentado por quien en su momento actuó como magistrado ponente en el asunto de la referencia.

## 1. PROBLEMA JURÍDICO

1. El señor Hernán Duarte Parrado interpone la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable y proteger sus derechos al debido proceso, a la igualdad, al mínimo vital, a la vida digna, al trabajo y la seguridad social, porque el ISS le negó la pensión de vejez a que cree tener derecho con base en el régimen favorable previsto para los trabajadores de la Rama Judicial y el Ministerio Público. A juicio del accionante, el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 es claro en establecer que quienes cumplen los requisitos allí previstos, pueden pensionarse con base en el régimen anterior más favorable, por lo que al haber cumplido el número de semanas de cotización, el tiempo de servicios en la Rama Judicial o en el Ministerio Público y la edad de 55 años, le hacen acreedor de los beneficios establecidos en el Decreto ley 546 de 1971.

El Instituto de Seguros Sociales negó la pensión de vejez solicitada porque considera que el accionante perdió los beneficios del régimen de transición al haber cotizado en el régimen de ahorro individual y, al regresar nuevamente al régimen de prima media con prestación definida, no cumplió los requisitos establecidos en el artículo 3º del Decreto 3800 de 2003. De manera específica, arguyó que la solicitud no cumplió con la condición prevista en el literal b) de dicho artículo, pues la rentabilidad del ahorro depositado en el fondo de pensiones PORVENIR no fue igual a la que hubiere obtenido en el Seguro Social, requisito sin el cual no es viable aplicar el régimen anterior favorable.

De esta forma, antes de detenerse a estudiar si dicha violación de derechos fundamentales efectivamente se dio, debe la Sala establecer la procedencia de la presente acción de tutela, es decir si en este caso se cumplen los presupuestos procesales que permiten acudir a este mecanismo de defensa judicial para reclamar el reconocimiento de pensiones. Si los requisitos de procedibilidad se cumplen, corresponde a esta Sala de decisión, entonces, establecer si al demandante le asiste un derecho a reclamar liquidación de su pensión según el régimen de transición.

## 1. PROCEDENCIA, JURISPRUDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA Y ESTUDIO DEL CASO CONCRETO

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

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

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

1. Respecto de la procedencia de la acción de tutela cuando es utilizada para lograr el reconocimiento o la reliquidación de la pensión, la Corte ha sentado una clara

línea jurisprudencial que atiende tanto a la idoneidad o eficacia de dicha acción administrativa como a la existencia de un perjuicio irremediable.

En efecto, en la Sentencia T-634 de 20026 la Corte decantó la línea jurisprudencial según la cual la acción de tutela en principio no procede para obtener el reconocimiento o la reliquidación de pensiones, a menos que exista un perjuicio irremediable, y fijó los requisitos para la procedencia excepcional de tal acción en estos casos, estimando que el amparo constitucional transitorio sólo es posible cuando se acredite:

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

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

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

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

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

“Se trata de las condiciones de salud del pensionado o beneficiario de la prestación, del grado de afectación del nivel de vida alcanzado por el afectado en función de la

proyección histórica del monto que el mismo tendría que devengar, al igual que de las actuaciones administrativas y judiciales realizadas por el interesado para acceder al reajuste, acompañadas, en todo caso, de la claridad de su derecho a ver realizada su pretensión.

“Siendo así, cuando el interesado devenga una pensión que le permite suplir sus necesidades de subsistencia y de contera acceder a la asistencia que presta el Régimen de Seguridad Social en Salud<sup>7</sup> y los hechos y pruebas presentadas no dan lugar a establecer “elementos fácticos que permitieran la concesión del amparo como un mecanismo transitorio con el fin de evitar un perjuicio irremediable”<sup>8</sup>, la avanzada edad por si sola no hace inminente y grave el perjuicio e impostergable el amparo constitucional.

“También, dentro de la línea jurisprudencial a que se hace mención, ante montos pensionales que impiden a sus beneficiarios satisfacer sus necesidades de manera adecuada al nivel de vida alcanzado y atender servicios complementarios de salud, dados sus padecimientos o el de personas dependientes de su cuidado, esta Corte ha dispuesto la reliquidación de la prestación, así el beneficiario de la medida “no sobrepase la edad que constituye el índice promedio de expectativa de vida de los colombianos<sup>9</sup>”.

“Como puede apreciarse, sin perjuicio de la improcedencia general de la acción de tutela para disponer el reconocimiento y reliquidación de prestaciones sociales, corresponde al juez de tutela evaluar las circunstancias sometidas a su consideración, con el fin de ponderar la inminencia e irreparabilidad del daño en el caso concreto, en función de la claridad del derecho, particularmente cuando la demora del afectado en acudir a las acciones ordinaria o contencioso administrativa, claramente indica que el afectado no atraviesa una situación apremiante, que haría impostergable el amparo constitucional.”<sup>10</sup>

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

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

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

1. El 18 de noviembre de 2004<sup>11</sup> el demandante elevó ante el ISS solicitud de reconocimiento y pago de su pensión de vejez, la cual fue respondida en forma negativa mediante la Resolución 032392 de octubre de 2005, “por no acreditar el tiempo mínimo requerido para acceder a la pensión”.<sup>12</sup> Contra este acto administrativo el solicitante interpuso recurso de reposición, alegando que no se le había tenido en cuenta el tiempo cotizado a PORVENIR; recurso que fue decidido mediante Resolución 014761 de 27 de abril de 2006, que confirmó la decisión administrativa<sup>13</sup>. Posteriormente, el ISS resolvió el recurso de apelación, mediante la Resolución 001328 del 5 de septiembre de 2006<sup>14</sup>, en el sentido de confirmar la decisión administrativa al estimar que el petente: (i) aunque se había devuelto del régimen de ahorro individual al de prima media, no cumplía con lo prescrito por el literal b) del artículo 3 del Decreto 3800 de 2003, pues “el saldo de la cuenta de ahorro individual ... es inferior al monto del aporte legal para el riesgo de vejez”; (ii) por lo anterior, el petente “ya no conservaría la transición en régimen de Prima Media con Prestación Definida Administrado por el ISS”; (iii) que “AL NO ESTAR EN EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN, el asegurado no cumple con lo establecido en la Ley 33 de 1985, el cual exige para el derecho a la pensión acreditar mínimo 20 años al servicio del Estado y 55 años de edad... únicamente cuenta tiempo laborado al Estado 19 años, 3 meses, 1 día” (sic); y (iv) que si se tratara de aplicar el régimen pensional general de la Ley 100 de 1993, debía tenerse en cuenta que la regla era que la pensión se adquiriría a los sesenta años en el caso de los hombres con un mínimo de mil semanas cotizadas en cualquier tiempo, pero que, con posterioridad a la expedición de la Ley 797 de 2003, los requisitos habían sido variados, imponiéndose que a partir del año 2005 el número de semanas se incrementaría en 50 y a partir de 2006 se incrementaría cada año en 25 más, hasta llegar a 1300 en el año 2015. En tal virtud, el petente no cumplía los requisitos para pensionarse por el régimen general.

1. Más adelante, el aquí demandante presentó una nueva solicitud de reconocimiento pensional, aportando las novedades registradas en su historia laboral.

En respuesta a esta nueva solicitud, el ISS profirió la Resolución 011574 de 29 de marzo de 2007<sup>15</sup>, en la que nuevamente volvió a negar la pensión al solicitante al estimar que aunque se encontraba en el régimen de transición, el haberse trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, cotizando para pensiones a la AFP PORVENIR, hacía que perdiera los beneficios de dicho régimen, aunque hubiera vuelto a trasladarse al ISS de conformidad con lo autorizado por el artículo 3° del Decreto 3800 de 2003, dado que no cumplía con la exigencia a que se refiere el literal b) de dicha disposición<sup>16</sup>, pues “la devolución efectuada por la AFP PORVENIR, es inferior a los rendimientos de dichos aportes en caso de haber permanecido en el régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS.<sup>17</sup>

Así las cosas, el ISS concluyó que era aplicable en su totalidad la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que exigía acreditar 60 años cumplidos y un mínimo de 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo, incrementándose a 1050 para el año 2005 y en 25 semanas adicionales por cada año a partir de enero de 2006 hasta llegar a 1300 en el año 2015. Ahora bien, dado que el solicitante acreditaba un total de 1027 semanas y no cumplía con el requisito de edad fijado por la Ley 100, la pensión debía ser negada.

1. Ante esta negativa, en ejercicio del derecho de petición el accionante ofreció consignar la diferencia del rendimiento de los aportes pensionales motivada por el tiempo en que cotizó para PORVENIR, señalada por el ISS en la suma ocho millones noventa mil setenta y tres pesos moneda corriente (\$8´090.073.00); además apeló la Resolución 011574 de 29 de marzo de 2007.

Mediante la Resolución 042083 de 14 de septiembre de 2007, el ISS confirmó la negativa al reconocimiento de la pensión, insistiendo en que el actuante había perdido los beneficios del régimen de transición, por lo cual debía pensionarse de conformidad con el

régimen general previsto en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003. Agregó que “los beneficios de la transición no se recuperan por el hecho que el asegurado consigne las diferencias entre los aportes y los rendimientos efectuados en el fondo privado... y los que le corresponde realizar en el Seguro Social.”

1. Visto lo anterior, la Sala no duda en estimar cumplido el primer requisito de procedencia de la acción de tutela cuando es intentada para lograr el reconocimiento o reliquidación de pensiones, relativo al agotamiento de los recursos en sede administrativa y la persistencia de la entidad en su decisión de no reconocer el derecho. En efecto, como se acaba de referir, el aquí demandante solicitó el reconocimiento de su pensión de vejez y ante la negativa del ISS de acceder a dicho reconocimiento, agotó la vía gubernativa mediante la interposición de los recursos de reposición y apelación, adversamente decididos a sus pretensiones. Más adelante, presentó una nueva solicitud de reconocimiento pensional, aportando las novedades registradas en su historia laboral, la cual fue nuevamente negada, ante lo cual otra vez agotó la vía gubernativa ante el ISS, Instituto que persistió en su posición de no acceder al reconocimiento pensional.

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

1. Según manifestación del aquí interesado, hecha en el momento de impugnar la sentencia de primera instancia, él interpuso ante los jueces administrativos del Circuito de Villavicencio acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de las Resoluciones 011574 de 29 de marzo de 2007 y 042083 de septiembre del mismo año, en las que el ISS denegó el reconocimiento pensional por él solicitado. Demanda repartida al Juzgado Cuarto Administrativo de ese Circuito, y radicada allí bajo el número 2008-00052, tomo 2 folio 446.

No obra en el expediente prueba alguna que demuestre que efectivamente

dicha acción fue incoada. No obstante, la afirmación que al respecto hizo el demandante no fue desvirtuada por su contraparte, por lo cual puede presumirse cierta. En efecto, según ha sido explicado por esta Corporación, “el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991 dispone que las informaciones suministradas al juez de tutela se tienen por ciertas, sin perjuicio del derecho de los accionados e intervinientes de contradecirlas y de las facultades oficiosas del fallador para comprobarlas”<sup>18</sup>

Como se ha dicho, lo actualmente exigido por la jurisprudencia constitucional es el haber acudido ante la jurisdicción contenciosa o estar en tiempo de hacerlo. En el presente caso, ante una primera negativa del ISS a reconocer la pensión solicitada, el accionante presentó una nueva solicitud de reconocimiento pensional, aportando las novedades registradas en su historia laboral. Nueva solicitud que motivó la expedición de un nuevo acto administrativo, otra vez adverso a sus pretensiones, el cual fue también discutido ante la administración mediante el agotamiento de la vía gubernativa y posteriormente demandado en tiempo ante la jurisdicción contenciosa administrativa. Ciertamente, es de destacarse que la última resolución proferida por el Seguro Social denegando el reconocimiento pensional (Resolución 042083 del 14 de septiembre de 2007) fue notificada al interesado el día 9 de noviembre del mismo año<sup>19</sup>, por lo cual puede estimarse que para cuando el aquí actor la demandó ante la jurisdicción contenciosa (29 de febrero de 2009) estaba en tiempo de hacerlo, de conformidad con lo prescrito por el numeral 2° del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.<sup>20</sup>

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

## 1. REQUISITO DE DEMOSTRAR LA AMENAZA DE UN PERJUICIO IRREMEDIABLE

1. El demandante, en el momento de interponer la demanda de tutela, tenía cincuenta y

ocho (58) años de edad. El juez de primera instancia estimó que esta circunstancia impedía catalogarlo como persona de la tercera edad, por lo cual este requisito jurisprudencial exigido para la procedencia de la acción de tutela no estaría cumplido.

Al respecto la Sala observa que prima facie le asistiría razón al a quo, toda vez que, en algunas oportunidades, la doctrina acogida por esta Corporación indica que la tercera edad se alcanza cumplidos los 71 años de edad. 21 Empero, esta no ha sido una postura continua, pues en ciertos casos se ha estimado que personas de menos de 71 años pertenecen a la tercera edad.22

Sin embargo, cabe advertir que esa discusión quedó zanjada con la expedición de la Ley 1276 de 2007, en cuyo artículo 7º, dejó en claro que las personas de la tercera edad o adultos mayores son las que tienen 60 años o más.

Con todo, la jurisprudencia también ha señalado que la circunstancia de no haber arribado a la tercera edad no es en sí misma un motivo que deba conducir a establecer la improcedencia de la acción de tutela, si se presentan otras circunstancias que lleven al juez constitucional a evidenciar que existe la amenaza de un perjuicio irremediable, y que someter al demandante a los trámites de un proceso ordinario resulta demasiado gravoso dada su situación. En efecto, en este sentido se han expuesto, por ejemplo, las siguientes consideraciones que en su oportunidad llevaron a considerar procedente la acción de tutela interpuesta para la reliquidación de una pensión:

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

“No obstante, está aquejado de múltiples enfermedades como consta de las numerosas pruebas allegadas a este proceso, tales como diabetes, hipertensión arterial y cáncer de próstata, tales dolencias además de afectar su patrimonio -como también se desprende de las pruebas aportadas al expediente- hacen que someterlo al trámite de un proceso ordinario haga más gravosa su situación personal. 23  
(Negrillas fuera el original)24

1. En el caso que ahora estudia la Sala, si bien el demandante no alcanza una edad que permita considerarlo como una persona de la “tercera edad”, pues para la fecha de este fallo tiene sólo 59 años cumplidos, tal y como en similares casos ha considerado la Corporación<sup>25</sup>, se trata también de un adulto mayor que se encuentra ya hacia el final de su vida laboral productiva, y que además está aquejado de un enfermedad crónica, pues obran en el expediente las pruebas que demuestran que padece de diabetes mellitus.<sup>26</sup> Además, es padre de familia y responde por tres hijas estudiantes, dos de nivel universitario y otra en el final del bachillerato<sup>27</sup>.

Ahora bien, según se desprende de la demanda y de otras pruebas obrantes en el plenario, el demandante trabajó para la Gobernación de Vaupés, para la Rama Judicial y para la Procuraduría General de la Nación; en esta entidad se desempeñó como procurador ante el Tribunal Superior de Villavicencio, siendo el último cargo público que ejerció y del cual fue desvinculado por ser una plaza de libre nombramiento y remoción. A partir de entonces ejerció como abogado independiente, pero la diabetes crónica que padece lo obligó a abandonar esa actividad. Entonces, para atender la educación de sus hijas y a las necesidades familiares, se vio obligado a vender su casa y su automóvil. Actualmente, el demandante cubre los diversos compromisos familiares con cargo a la asignación salarial que recibe por su trabajo como administrador de un hotel, correspondiente a la suma de ochocientos mil pesos (\$ 800.000) mensuales. Suma insuficiente para atender sus gastos personales y familiares, pues es padre de familia y responde por tres hijas estudiantes.

1. Así pues, el demandante ha expuesto ante el juez de tutela su situación económica y personal, demostrando la insuficiencia de los ingresos mensuales que actualmente recibe. Ahora bien, la jurisprudencia constitucional consideró que el concepto de “mínimo vital de subsistencia” no es meramente cuantitativo, sino que también posee una naturaleza cualitativa, “en la medida en que debe permitir llevar una vida acorde con el nivel de vida alcanzado por el trabajador durante su vida activa laboral”<sup>28</sup>, la Sala acepta que en la presente oportunidad el mínimo vital de subsistencia en condiciones

dignas del actor se encuentra comprometido con la negativa al reconocimiento pensional de que ha sido objeto. Por lo que considera que someterlo a los trámites de un proceso ordinario haría aun más gravosa su situación, y configuraría “per se” la consumación de un perjuicio irremediable, por la indebida prolongación en el tiempo de la misma.

Ciertamente, sobre lo que ha de entenderse como “mínimo vital de subsistencia” para efectos del reconocimiento o de la reliquidación de pensiones por la vía de la acción de tutela concebida como mecanismo transitorio, la Corte ha acudido al concepto de “mínimo vital cualitativo”, es decir, al conjunto de condiciones materiales necesarias para asegurar la congrua subsistencia de cada persona en particular. En este sentido ha explicado lo siguiente:

“De acuerdo con la Jurisprudencia de esta Corporación, el concepto de mínimo vital corresponde a aquellos requerimientos básicos de toda persona para asegurar la digna subsistencia, el cual depende en forma directa de la retribución salarial, pues de esta manera también se estará garantizando la vida, la salud, el trabajo y la seguridad social. Así entendido el derecho al mínimo vital, no puede ser restringido a la simple subsistencia biológica del ser humano, pues es lógico pretender la satisfacción de las aspiraciones, necesidades y obligaciones propias del demandante y su grupo familiar. Como desarrollo de lo anterior, la Corte ha explicado que el mínimo vital no equivale al salario mínimo, sino que depende de una valoración cualitativa que permita la satisfacción congrua de las necesidades, atendiendo las condiciones especiales en cada caso concreto.”<sup>29</sup>

En el caso presente, las condiciones actuales de vida del demandante, quien sólo cuenta con un ingreso de ochocientos mil pesos mensuales (\$ 800.000), no corresponden a aquellas que alcanzó durante el tiempo en que laboró para el Estado (durante más de diecinueve años), y que con posterioridad a su retiro y debido en parte a su enfermedad, ha visto desmejorar notoriamente. Ahora bien, el oportuno y justo reconocimiento de su pensión, que solicitó desde el año 2005, hubiera impedido este estado de desmejora continua; de manera que la prolongación indebida de esta situación le produce sin duda un perjuicio irremediable en la esfera de sus derechos fundamentales, al verse privado de una mesada pensional a la que puede aspirar.

No sobra recordar que esta Corporación ha definido que la independencia económica que garantiza el mínimo vital cualitativo, “no se configura por el simple hecho de que el beneficiario esté percibiendo una asignación mensual o un ingreso adicional<sup>30</sup>.”<sup>31</sup>

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

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

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

Ahora bien, el ad quem denegó la presente acción al estimar que el demandante había solicitado en una primera oportunidad el reconocimiento de pensión, solicitud que había sido despachada en forma negativa, por lo que entonces había agotado la vía gubernativa, que culminó ratificando la decisión negativa al reconocimiento pensional. Ante lo cual, en lugar de acudir inmediatamente ante la jurisdicción competente, “se limitó a solicitar de nuevo directamente ante el ISS ese reconocimiento que, por supuesto, se lo volvió a negar con los mismos argumentos...”. De donde el juez de segunda instancia dedujo la improcedencia de la presente acción de tutela, porque el comportamiento del actor probaría que no está de por medio la inminencia de consumación de un perjuicio irremediable, dado que “demorarse casi dos años para accionar habiendo ya agotado la vía gubernativa, pone de presente la inexistencia de un daño material o moral a suceder pronto...”

A juicio de la Sala, tal conclusión no es de recibo. En efecto, en materia pensional, la negativa al reconocimiento de un derecho no implica que el peticionario no pueda volver a solicitarlo más adelante, teniendo en cuenta que la situación laboral y de cotizaciones puede variar con el transcurso del tiempo. Lo cual permite que el interesado mediante el ejercicio del derecho de petición nuevamente provoque una respuesta de la entidad correspondiente, como sucede en este caso en el que el demandante presentó una nueva solicitud de reconocimiento pensional, aportando las novedades registradas en su historia laboral.

1. Establecida la procedencia de la presente acción de tutela, pasa la Corte a examinar si al demandante le asiste el derecho a reclamar liquidación de su pensión según el régimen de transición. Para esos efectos se referirá brevemente a la evolución de la jurisprudencia relativa al carácter del derecho a pensionarse según el llamado “régimen de transición”.

#### 1. LÍNEA JURISPRUDENCIAL RELATIVA AL CARÁCTER DEL DERECHO A PENSIONARSE SEGÚN EL LLAMADO “RÉGIMEN DE TRANSICIÓN”

1. El demandante alega que el artículo 53 de la Constitución consagra el principio de favorabilidad en materia laboral, así como la irrenunciabilidad de las garantías laborales mínimas y la imposibilidad de transigir respecto de ellas. Por ello, estima que no reconocerle el derecho a la pensión según el régimen de transición y las normas especiales consagradas para la Rama judicial y el Ministerio público constituye una vía de hecho por desconocimiento del principio de favorabilidad y de su derecho adquirido a la seguridad social.

La anterior consideración exige a la Sala estudiar si es cierto que el demandante tiene un derecho adquirido a pensionarse según el régimen de transición. Para dilucidar la situación a continuación se hará un breve recuento de la evolución de la jurisprudencia

relativa al carácter del derecho a pensionarse según el llamado “régimen de transición”.

Inicialmente, en la Sentencia C-596 de 199732, la Corte consideró que en materia pensional sólo podía hablarse de derechos adquiridos cuando se cumplen todos los requisitos legales para acceder a la pensión. Entretanto, sólo cabía hablar de expectativas de derecho. Así, respecto de la pensión, las personas cobijadas por el llamado régimen de transición sólo tenían una expectativa, más no un derecho adquirido. En efecto, al respecto en esa oportunidad, la Corte señaló lo siguiente:

“Justamente por cuanto los derechos a la seguridad social no se tienen por el simple hecho de ser persona humana, como si sucede con los derechos fundamentales o derechos de primera generación, para ser titular de ellos es necesario acreditar el cumplimiento de los requisitos que la ley, de manera general, impone para adquirirlos. Cuando, en vigencia de la ley que señala tales requisitos, estos llegan a cumplirse, se habla de derecho adquirido en materia de seguridad social. Cuando, por el contrario, durante el término de vigencia de la ley que prescribe tales condiciones, la persona que aspira a la titularidad de ellos está en vía de cumplirlas, se habla de expectativa de derecho. (...) Las consecuencias jurídicas en uno y otro supuesto son bien distintas: los derechos adquiridos, al tenor del artículo 58 la Carta Política, no pueden ser desconocidos por leyes posteriores; no así las simples expectativas de derecho.

Para el caso concreto de las personas a las que se refiere la norma demandada, esto es las personas beneficiarias del régimen de transición al que se ha hecho referencia en esta sentencia, resulta evidente que, por cuanto ellas, al momento de entrar a regir la Ley 100 de 1993 no habían cumplido aún con los requisitos exigidos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez por el régimen pensional al cual estuvieran afiliadas, no habían adquirido ningún derecho en tal sentido, y sólo tenían al respecto una expectativa de derecho.”

Posteriormente, en la Sentencia C-789 de 200233, aunque la Corte reiteró el criterio acogido en el fallo anterior avanzó al precisar que el régimen de transición, en sí mismo considerado, constituía una expectativa del derecho a la cual no se extendía la prohibición de renuncia a las garantías laborales mínimas. Véase:

“La creación de un régimen de transición constituye entonces un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse en el momento del tránsito legislativo.

En reiteradas ocasiones esta Corporación se ha pronunciado de manera general sobre el significado y el alcance de la protección constitucional a los derechos adquiridos y sobre las diferencias con la protección que reciben las expectativas legítimas. Así mismo, se ha referido a las diferencias entre estas dos instituciones jurídicas, en relación con la aplicación de los regímenes de pensiones a personas que antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no cumplían los requisitos para acceder a la pensión. Recogiendo criterios doctrinarios y jurisprudenciales comúnmente aceptados sobre la materia, ha estimado que derechos adquiridos presuponen la consolidación de una serie de condiciones contempladas en la ley, que permiten a su titular exigir el derecho en cualquier momento. Entre tanto, en las expectativas, tales presupuestos no se han consolidado conforme a la ley, pero resulta probable que lleguen a consolidarse en el futuro, si no se produce un cambio relevante en el ordenamiento jurídico.

Con todo, la Corte también ha sostenido que el legislador no está obligado a mantener en el tiempo las expectativas que tienen las personas conforme a las leyes vigentes en un momento determinado. Ello se debe a que, por encima de cualquier protección a estos intereses, prevalece su potestad configurativa, la cual le permite al legislador darle prioridad a otros intereses que permitan el adecuado cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho.<sup>34</sup>

Aun así, esta Corporación ha sostenido que cualquier tránsito legislativo debe consultar parámetros de justicia y equidad, y que, como toda actividad del Estado, está sujeta a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.<sup>35</sup>

En virtud de lo anterior, 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.

(...)

[E]n relación con las condiciones de edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, la protección constitucional a favor del trabajador, que le impide al legislador expedir normas que les permitan renunciar a ciertos beneficios considerados como mínimos no se refiere a las expectativas legítimas, sino a aquellos derechos que hayan sido adquiridos por sus titulares o a aquellas situaciones que se hayan consolidado definitivamente en cabeza de sus titulares.”<sup>36</sup>

Más adelante, en la Sentencia C-754 de 200437, la Corte aclaró algunos conceptos que generaron discusiones en la aplicación del régimen de transición a los casos concretos, al decir que las personas beneficiarias de las condiciones favorables a que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 tenían el derecho adquirido a dicho régimen mientras no renunciaran a él. Dijo entonces la Corporación:

“La Corte advierte en este sentido que al entrar en vigencia el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, las personas que a primero de abril de 1994 cumplían con los requisitos señalados en la norma adquirieron el derecho a pensionarse según el régimen de transición, -que por lo demás los indujo a permanecer en el Instituto de los Seguros Sociales en lugar de trasladarse a los Fondos creados por la Ley 100, así estos ofrecieran flexibilidad para graduar la pensión-. Ello por cuanto a esa fecha cumplían con los requisitos establecidos en el artículo 36, y consecuentemente incluyeron en su patrimonio el derecho a adquirir su pensión en los términos del régimen de transición.

“Ahora bien, cabe precisar que si bien la Corte en la Sentencia C-789 de 2003 (sic) señaló que no existe propiamente un derecho adquirido a ingresar al régimen de transición, -pues si el legislador cambia las condiciones en que se puede ingresar al régimen de

transición, únicamente modifica meras expectativas-, esto no significa que las condiciones para continuar en él sí puedan ser cambiadas una vez cumplidos los supuestos normativos en él señalados, -que es lo que se discute en relación con el artículo 4º de la Ley 860, pues las personas cobijadas por dicho régimen tienen derecho a que se les respeten las condiciones en él establecidas” (subrayas fuera del texto original).

Antes del fallo de constitucionalidad que acaba de comentarse, en sede de tutela esta Corporación había definido la irrenunciabilidad de los derechos adquiridos en materia laboral. En efecto, la Sentencia T-631 de 200238, expresó:

“Tratándose de la seguridad social, los derechos adquiridos se reafirman porque el derecho a la seguridad social es irrenunciable (artículo 48 C.P.). Este principio se reproduce en el artículo 3º de la ley 100 de 1993.

“La irrenunciabilidad significa que el aspirante a pensionado no puede renunciar a que se le otorgue su derecho, ni total ni parcialmente.<sup>39</sup>” (Negrillas y subrayas fuera del original)

Ahora bien, en la Sentencia T-818 de 200740, la Corte combinó las conclusiones contenidas en las dos últimas sentencias arriba comentadas, llegando a definir que el derecho al régimen de transición era per se un derecho adquirido de las personas que caían bajo uno de los dos supuestos a que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y que en tal virtud dicho derecho era irrenunciable. Lo que consecuentemente implicaba 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. Véanse las consideraciones vertidas al respecto en ese fallo:

“La Corte ha indicado en su jurisprudencia<sup>41</sup> que el régimen de transición fue reconocido únicamente para los trabajadores que estaban afiliados al régimen de prima media con prestación definida y que al entrar en vigencia el sistema de pensiones tenían 35 o más años, si eran mujeres, o 40 años o más, si se trataba de hombres, o llevaban 15 o más años de servicios cotizados. Estos requisitos son disyuntivos, por lo que basta con que en cabeza de una persona se configure alguna de las dos premisas anteriormente descritas para que frente al Estado Social de Derecho aquel ostente un

derecho adquirido al régimen de transición.

“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.” (Negrillas y subrayas fuera del original)

1. Así las cosas, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional que ahora se reitera, los aspirantes a pensionados no sólo tienen el derecho adquirido a gozar del régimen de transición autorizado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sino también pueden acudir a la acción de tutela cuando, en casos como el sub iúdice, requieren la protección inmediata del juez constitucional para exigir la aplicación del régimen pensional favorable<sup>42</sup>.

Con base en la conclusión anterior, se plantea a la Sala el siguiente interrogante que debe resolver: ¿cuáles son los requisitos exigidos por la ley para aplicar el régimen de

transición y de esa manera beneficiarse del régimen pensional anterior más favorable? Entra a resolver ese cuestionamiento.

## 1. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PARA EMPLEADOS DE LA RAMA JUDICIAL

1. El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 dispuso que para acceder a la pensión de vejez es necesario acreditar: i) 55 años de edad si es mujer o 60 años si es hombre y, ii) 1000 semanas de cotización en cualquier tiempo. Posteriormente, el artículo 9º de la Ley 797 de 2003 modificó esas condiciones porque, a partir del 1º de enero de 2014, la edad se incrementará en dos años y, a partir del 1º de enero de 2005, el número de semanas de cotización incrementará en el porcentaje allí establecido hasta llegar a 1300 semanas en el año 2015.

1. Sin embargo, desde el texto original de la Ley 100 de 1993 se estableció el régimen de transición como una regla de excepción a favor de quienes estaban próximos a cumplir los requisitos exigidos por las normas anteriores para obtener la pensión de vejez. Así, como lo ha explicado esta Corporación en varias oportunidades, esta excepción se justifica constitucionalmente a partir de la interpretación sistemática de cuatro principios superiores, a saber: i) el principio de favorabilidad en materia laboral, en tanto que el artículo 53 de la Carta exige al operador jurídico aplicar, en caso de duda o coexistencia de normas contradictorias, aquella que resulta más favorable al trabajador<sup>43</sup>; ii) el principio de progresividad previsto en el artículo 48 superior, según el cual es deber del Estado mejorar la efectividad de los derechos sociales en forma progresiva, por lo que los beneficios obtenidos en leyes previas únicamente pueden desmejorarse cuando existen causas imperiosas y urgentes que justifiquen la medida, iii) el principio de confianza legítima derivado del artículo 83 constitucional que impone la preservación del *statu quo* del trabajador a quien el ordenamiento jurídico le generó expectativas de vida legítimas y serias que están próximas a consolidarse y que por esa razón merecen especial protección<sup>44</sup> y, iv) el principio de proporcionalidad en la

afectación del derecho a la seguridad social, pues resulta desproporcionado que el legislador modifique, de un momento para otro, las expectativas legítimas de personas que después de una larga trayectoria laboral se habían preparado para obtener la pensión de vejez que les garantizaba la ley.

Por esas razones, se reitera, que desconocer sin razones suficientes el régimen de transición implica el desconocimiento de la Constitución y la posible afectación de derechos de rango fundamental que pueden ser protegidos por vía de la acción de tutela.

1. Ahora bien, en virtud de lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993<sup>45</sup>, que regula el régimen de transición en materia pensional, una persona puede obtener su pensión de vejez bajo el régimen legal anterior aplicable, si a la fecha de entrada en vigencia de esa ley, esto es, el 1º de abril de 1994, cumplía uno de los siguientes dos requisitos: i) tenía 35 años de edad si es mujer o 40 años si es hombre o, ii) tenía 15 años o más de servicios. Entonces, si el aspirante a pensionado cumplía uno de esas condiciones debía pensionarse bajo el régimen anterior más favorable que, para el caso de la Rama Judicial y el Ministerio Público, es el Decreto Ley 546 de 1971.

Y, en virtud de lo dispuesto en el artículo 6º del Decreto 546 de 1971<sup>46</sup>, una persona puede acceder a la pensión de vejez si demuestra los siguientes tres requisitos: i) 50 años de edad si es mujer y 55 años si es hombre, ii) 20 años de servicios continuos o discontinuos<sup>47</sup> y, iii) por lo menos 10 años de trabajo al servicio de la Rama Judicial o el Ministerio Público.

1. De otra parte, la reglamentación legal también es clara en indicar que la aplicación del régimen de transición para el reconocimiento anticipado de la pensión de vejez de los servidores de la Rama Judicial y el Ministerio Público corresponde a la caja, entidad o fondo de previsión al que se encuentre afiliado el aspirante a pensionado, pues el artículo 6º, literal a, del Decreto 813 de 1994 señala:

## “TRANSICIÓN DE LAS PENSIONES DE VEJEZ O JUBILACIÓN DE SERVIDORES PÚBLICOS.

Tratándose de servidores públicos afiliados a cajas, fondos o entidades de previsión social, para efectos de la aplicación del régimen de transición previsto en el artículo primero del presente Decreto, se seguirán las siguientes reglas.

a) Cuando a 1 de abril de 1994 el servidor público hubiese prestado 15 más años continuos o discontinuos de servicio al Estado, cualquiera sea su edad, o cuenta con 35 años o más de edad si es mujer o 40 años o más de edad si es hombre, tendrán derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación o vejez a cargo de la caja, fondo o entidad de previsión a la cual se encuentre afiliado, cuando cumpla con los requisitos establecidos en las disposiciones del régimen que se le venía aplicando” (subrayas no originales)

1. De la posición surge un cuestionamiento: ¿se pierde el derecho a pensionarse con el régimen de transición cuando una persona se cambia del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, cuyas condiciones para obtener la pensión de vejez se rigen por el monto del ahorro obtenido a la cuenta individual del trabajador y no por las cotizaciones efectuadas a un fondo común?.

La respuesta a ese interrogante ha sido explicada por la Corte Constitucional en varios pronunciamientos, pues ha concluido que los beneficiarios del régimen de transición que se hubiesen trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad tienen el derecho de regresar al régimen de prima media con prestación definida para preservar la intangibilidad de su derecho a pensionarse conforme al régimen pensional más favorable si se cumplen tres condiciones, a saber: i) que se trate de personas que a primero de abril de 1994 tenían 15 años de servicios, ii) que se traslade todo el ahorro efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad y, iii) que dicho ahorro no sea inferior al monto del aporte legal correspondiente, en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.

En cuanto a la primera condición, siguiendo lo dicho por la Sala Plena de la Corte Constitucional en sentencia C-789 de 2002, la sentencia T-168 de 2009, la explicó así:

“aunque la Corte consideró acordes con la Constitución las disposiciones que prescriben que la protección de régimen de transición se extingue cuando la persona escoge el régimen de ahorro individual o se traslada a él, aclaró que las normas expresamente circunscriben tal consecuencia a sólo dos de los tres grupos de personas que ampara el régimen de transición: (i) mujeres mayores de treinta y cinco y (ii) los hombres mayores de cuarenta.

Por tanto, (iii) las personas que contaban con quince años de servicios cotizados para el 1 de abril de 1994 no pierden los beneficios del régimen de transición al escoger el régimen de ahorro individual o al trasladarse al mismo, lo que se traduce en que, una vez hecho el traslado al régimen de prima media, pueden adquirir su derecho pensional de acuerdo a las normas anteriores a la ley 100 de 1993

Ahora bien, la Corte reconoce que resulta necesario señalar algunos requisitos para el evento en que las personas pertenecientes al grupo (iii) decidan trasladarse del régimen de ahorro individual al de prima media con el fin de pensionarse de acuerdo con el régimen de transición. Exigencias que también quedaron contenidas en la parte resolutive de la sentencia en comento. Señaló:

“Por lo tanto, las personas que hubieran cotizado durante 15 años o más al entrar en vigencia el sistema de pensiones, y se encuentren en el régimen de prima media con prestación definida, tendrán derecho a que se les apliquen las condiciones de tiempo de servicios, edad y monto de la pensión, consagradas en el régimen anterior, siempre y cuando:

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

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

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

En cuanto a la segunda y tercera condición para regresar al régimen de prima media cuando previamente se hubieren trasladado al régimen de ahorro individual, la sentencia C-789 de 200248 explicó con claridad que los requisitos surgen partir de la interpretación de los principios de favorabilidad y proporcionalidad, al señalar:

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

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

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 100 de 1993, conforme a lo dispuesto en el artículo 151 del mismo estatuto.

Por supuesto, esto no significa que las personas con más de 15 años cotizados, y que se encuentran en el sistema de ahorro individual con solidaridad, se les calcule su pensión conforme al régimen de prima media, pues estos dos regímenes son excluyentes. Como es lógico, el monto de la pensión se calculará conforme al sistema en el que se encuentre la persona.

Adicionalmente, resulta indispensable armonizar el interés en proteger la expectativa legítima de las personas que habían cumplido quince años o más cuando entró en vigencia el sistema, con el interés en que el régimen de prima media tenga los recursos suficientes para garantizar su viabilidad financiera. También resultaría contrario al principio de proporcionalidad, que quienes se trasladaron de este régimen al de ahorro individual, y después lo hicieron nuevamente al de prima media, reciban su pensión en las condiciones del régimen anterior, sin consideración del monto que hubieran cotizado (...)"

Precisamente, por esas razones, la Corte resolvió declarar 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".

En el mismo sentido, la sentencia C-1024 de 2004 declaró exequible el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 que estableció la prohibición de trasladarse de un régimen a otro cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez " ...bajo el entendido que las personas que 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". A juicio de la Corte Constitucional, las reglas previstas buscan armonizar, de un lado, los derechos del trabajador a obtener la pensión en condiciones de favorabilidad y a preservar sus expectativas legítimas y, de otro, el interés general que representan la estabilidad del sistema de seguridad social en pensiones (porque las medidas buscan evitar la descapitalización del fondo común poniendo en riesgo la pensión del

resto de cotizantes) y la equidad en el reconocimiento de las pensiones, en tanto que “se aparta del valor material de la justicia que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad a partir de los rendimientos producidos por la administración de los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiados del riesgo asumido por otros”<sup>49</sup>. De este modo, la pérdida del régimen de transición por el solo hecho de hacer cotizado un tiempo en el régimen de ahorro individual resulta desproporcionada e irrazonable, por lo que, el afiliado conserva su derecho a devolverse al régimen de prima media con prestación definida si traslada la totalidad del ahorro y las cotizaciones que correspondían de acuerdo con la ley.

1. Los requisitos a que hicieron referencia las sentencias en comentario fueron recogidos e interpretados por el artículo 3º del Decreto 3800 de 2003, al precisar:

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

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

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

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

Nótese que el segundo requisito referido por la Corte para gozar del régimen de transición, esto es, que “dicho ahorro no sea inferior al monto del aporte legal correspondiente, en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media”, fue interpretado por el decreto en el sentido de indicar que el concepto de ahorro incluye el monto total del aporte que exige la ley para pensionarse en el régimen de prima media más los rendimientos obtenidos. Sin embargo, ni la Corte Constitucional ni el Decreto 3800 de 2003 exigen que los aportes o los rendimientos necesariamente provengan de la utilidad o el manejo financiero de los fondos, pues no impiden que sean sufragados directamente por el afiliado.

1. En reciente oportunidad, la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante auto del 5 de marzo de 200950, resolvió decretar la suspensión provisional del artículo 3º del Decreto 3800 de 2003, con base en tres argumentos: i) la norma acusada establece nuevos requisitos o condiciones para ejercer el derecho a cambiar de régimen pensional, lo cual resulta contrario a la norma que reglamenta, esto es, al artículo 13 de la Ley 100 de 1993. En efecto, mientras que la ley señala que el único requisito para beneficiarse del régimen de transición cuando una persona estuvo afiliada a los dos regímenes pensionales era el de trasladar al Seguro Social los fondos que tenía en el fondo privado, la norma reglamentaria dispone condiciones adicionales para el efecto. En consecuencia, como la norma reglamentaria no puede restringir ni crear situaciones no previstas en la ley reglamentada es fácil concluir que el artículo acusado es ilegal; ii) las condiciones señaladas en el artículo estudiado desconocen los derechos adquiridos garantizados en el artículo 48 de la Constitución, en tanto que “al ser el derecho a pensionarse bajo los parámetros definidos en el régimen de transición un derecho adquirido, no es posible considerar que una norma posterior los afecte -como lo ha sostenido la jurisdicción constitucional-, hasta el punto de hacerlos nugatorios” y, iii) la disposición normativa impugnada también desatiende el artículo 48

superior desde la perspectiva de la garantía del derecho irrenunciable a la seguridad social, pues “si se aceptara el condicionamiento del decreto cuestionado se estaría obligando a una persona a no pensionarse cuando está facultada para hacerlo y por ende a renunciar a esa legítima prestación social, lo cual se reitera, es abiertamente inconstitucional”.

1. Lo visto muestra que, al momento en que se profiere esta sentencia, el artículo 3º del Decreto 3800 de 2003 ha perdido fuerza ejecutoria y, en consecuencia, ninguna autoridad judicial o administrativa puede aplicarlo. No obstante, para efectos de analizar si, en el caso concreto, el Seguro Social podía negar el régimen de transición a una persona que cotizó en el fondo PORVENIR y que posteriormente regresó al régimen de prima media con prestación definida por el hecho de que los rendimientos obtenidos en el régimen de ahorro individual fueron inferiores a los que hubiese logrado si continuaba en el Seguro Social, es pertinente considerar que la suspensión provisional adoptada por el máximo juez de lo contencioso administrativo no le era exigible, pues no tiene efectos retroactivos y, en consecuencia, es evidente que la norma en que se apoyó la entidad accionada estaba produciendo plenos efectos jurídicos.

1. Así las cosas, ahora a la Sala corresponde averiguar qué sucede con el régimen de transición si los rendimientos obtenidos por el ahorro depositado en el fondo de pensiones privado son inferiores a los que se hubieran obtenido si hubiese continuado en el régimen de prima media con prestación definida.

En el presente asunto, el Seguro Social consideró que se pierde el derecho al régimen de transición, pues el artículo 3º del Decreto 3800 de 2003 indica con claridad que uno de los requisitos para acceder al régimen pensional favorable es el de contar con aportes y rendimientos iguales a los que hubiese tenido si hubiere permanecido en el régimen de prima media con prestación definida, puesto que “los beneficios de la transición no se recuperan por el hecho que el asegurado consigne las diferencias entre los aportes y los rendimientos efectuados en el fondo privado... y los que le corresponde realizar en el Seguro Social”

A pesar de que dicha interpretación parecería derivar de la lectura literal de la norma a que se hace referencia, la hermenéutica integral de la misma y su análisis de contexto le permiten a la Sala concluir que, a la luz de los principios y derechos constitucionales que busca desarrollar, no es correcta ni adecuada. Por el contrario, la Sala encuentra que el derecho al régimen de transición no se pierde por el solo hecho de que los rendimientos financieros del ahorro depositado en la cuenta individual no sean iguales o superiores a los que el afiliado hubiere obtenido si no se hubiere trasladado, por las razones que pasan a explicarse:

1. La simple comparación entre los requisitos señalados por la Corte Constitucional al efectuar el control de constitucionalidad de los artículos 36, inciso 5º, de la Ley 100 de 1993 y 2º de la Ley 797 de 2003, evidencia que la condición de que los rendimientos obtenidos en el régimen de ahorro individual no sean inferiores al monto que hubiere obtenido si permanecía en el Seguro Social, fue introducida por un decreto reglamentario que modificó la ley e hizo más exigentes y gravosos los requisitos para obtener la pensión de jubilación mediante el régimen anterior favorable, con lo que se afectaron notoriamente los derechos constitucionales a la seguridad social y a la pensión de los afiliados.

1. Los requisitos para beneficiarse del régimen de transición a que hacía referencia el artículo 3º del Decreto 3800 de 2003 debían interpretarse en forma teleológica y en su contexto. No debe olvidarse que las condiciones para que a un trabajador le sea aplicable el régimen de transición cuando se hubiere cotizado en los dos regímenes pensionales surgen de la armonización entre los derechos y principios en tensión que realizó la Corte Constitucional en sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004. En efecto, las sentencias fueron claras en indicar que la pérdida automática del régimen pensional favorable por haber cotizado un tiempo en el régimen de ahorro individual resulta desproporcionada para las expectativas legítimas del afiliado, pero que, al mismo tiempo, es necesario garantizar la estabilidad económica del régimen de prima media con prestación definida. Luego, aún bajo los efectos del literal b) del artículo 3º del Decreto

3800 de 2003, la hermenéutica literal de la norma no resultaba suficiente ni totalmente satisfactoria para proteger los intereses constitucionales en juego, pues era necesario tener presente su finalidad y verdadero sentido.

1. Aceptar la interpretación del literal b) del artículo 3º del Decreto 3800 de 2003 que realiza el Seguro Social -en todo caso se pierde el régimen de transición cuando los rendimientos obtenidos en el fondo privado no son iguales a los que se lograron en el fondo común-, conduce al absurdo de dejar en manos de la suerte o del azar el derecho a pensionarse con el régimen de transición que se deriva de los principios superiores de favorabilidad, progresividad, eficacia de los derechos constitucionales y confianza legítima. En efecto, la rentabilidad futura de los fondos privado y público es un asunto que escapa del control del afiliado porque no sólo depende del buen manejo que hubiere tenido la administradora del fondo, sino también de la volatilidad y de las circunstancias macroeconómicas que rodean la situación financiera. En consecuencia, no podía someterse la efectividad del derecho a gozar de una pensión a la suerte del afiliado.

1. Como lo advirtió la Sala Primera de Revisión en sentencia T-818 de 2007, rechazar la eficacia del régimen de transición porque el monto del aporte efectuado ante la administradora privada es inferior al que hubiere obtenido si permanecía en el Seguro Social implica imponer una “exigencia de condiciones imposibles... no se puede condicionar la realización del derecho a la libre escogencia de régimen pensional mediante elementos que hagan imposible su ejercicio”. Así, resulta imposible para el afiliado conocer la rentabilidad futura de los fondos, por cuanto es una condición que escapa de la capacidad de decisión del cotizante no podría traducirse en un requisito que deja sin efectos el derecho a escoger el fondo administrador de pensiones y a gozar del derecho al régimen de transición.

1. Tal y como lo señaló la sentencia T-168 de 2009, el requisito previsto en el artículo 3º, literal b), del Decreto 3800 de 2003 resulta inaplicable porque es de imposible

cumplimiento a partir de la modificación introducida por el artículo 7 de la ley 797 de 2003. Así lo explicó la Sala Séptima de Revisión:

“...en el 2002, cuando se expidió la sentencia de constitucionalidad anteriormente mencionada, la distribución del aporte en los dos regímenes pensionales de la ley 100 de 1993 era igual: según la redacción original del artículo 20 la cotización se repartía en un 3.5% para pagar los gastos de administración y una prima para un seguro de pensión de invalidez y sobrevivientes y lo restante se destinaba para el pago de la pensión de vejez.

Posteriormente, el artículo 7 de la ley 797 de 2003 modificó el artículo 20 de la ley 100 de 1993 ya citado. La reforma no cambió la distribución del aporte en el régimen de prima media, pero sí lo hizo en el régimen de ahorro individual. A partir de la nueva ley, un 1.5% de la cotización va a un fondo de garantía de pensión mínima en el régimen de ahorro individual, mientras que en el régimen de prima media ese 1.5% se ocupa en financiar la pensión de vejez. Esto deriva en que siempre será mayor el porcentaje destinado para la pensión del vejez en el régimen de prima media que en el de ahorro individual.

22.- De anterior recuento, se puede concluir que según la jurisprudencia constitucional, algunas de las personas amparadas por el régimen de transición pueden regresar, en cualquier tiempo, al régimen de prima media cuando previamente hayan elegido el régimen de ahorro individual o se hayan trasladado a él, con el fin de pensionarse de acuerdo a las normas anteriores a la ley 100 de 1993. Estas personas son las que cumplan los siguientes requisitos:

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

i. Trasladar al régimen de prima media todo el ahorro que hayan efectuado en el régimen de ahorro individual, sin importar que dicho ahorro sea inferior al aporte legal correspondiente en caso de que hubieran permanecido en el régimen de prima media”.

1. Para efectos de preservar la confianza legítima del aspirante a pensionado es importante tener en cuenta que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 autorizó a los obligados a cotizar en pensiones a escoger libremente el régimen de seguridad social al que se afiliarán y el artículo 36 de la misma ley diseñó el régimen de transición para quienes tenían expectativas legítimas para obtener la pensión en las condiciones anteriores. Luego, en principio, no existían limitaciones legales para que el cotizante a un fondo privado regrese al régimen de prima media con prestación definida para efectos de que se le aplique el régimen pensional favorable. Así, con posterioridad a las sentencias de la Corte Constitucional y, en especial para el tema de los rendimientos del ahorro individual, fue el Decreto 3800 de 2003 el que impuso condiciones y requisitos para beneficiarse del régimen de transición, por lo que no puede exigírseles a los servidores favorecidos con el régimen de transición que tuviesen en cuenta las implicaciones del cambio de régimen con base en requisitos que no existían. Entonces, es necesario proteger la confianza legítima de los afiliados a quienes la reglamentación correspondiente les modificó las condiciones para acceder al régimen de transición que autorizó la Ley 100 de 1993.

1. En conclusión, el requisito señalado en el literal b) del artículo 3º del Decreto 3800 de 2003, según el cual sólo podía conservarse el régimen de transición si los rendimientos obtenidos en el régimen de ahorro individual no eran inferiores a los que hubiere obtenido en el Seguro Social, debía inaplicarse por resultar contrario a los artículos 48, 53 y 83 de la Constitución<sup>51</sup>. En tal virtud, una persona que cumple los requisitos para acceder a la pensión de vejez mediante el régimen anterior favorable porque le es aplicable el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puede regresar al régimen de prima media con prestación definida si: i) realiza el traslado del saldo de la cuenta de ahorro individual y, ii) el saldo corresponde al total del aporte legal correspondiente. En caso de que los rendimientos obtenidos en la cuenta individual sean inferiores, el afiliado de todas maneras conserva el derecho a pensionarse con base en el régimen de transición porque dicha condición debía inaplicarse por inconstitucional.

En consideración con todo lo expuesto, la Sala entra a estudiar si el señor Hernán Duarte Parrado puede pensionarse con los beneficios que el régimen de transición otorga a los trabajadores de la Rama Judicial y el Ministerio Público.

## 1. CASO CONCRETO

1. Conforme a los actos administrativos expedidos por el Seguro Social para negar la pensión de vejez solicitada por el señor Hernán Duarte Parrado se tiene lo siguiente:

- El accionante nació el 20 de octubre de 1949, por lo que, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 44 años y 6 meses de edad.

Cabe anotar que el Seguro Social nunca negó que el accionante hubiere cumplido las condiciones señaladas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, por ello, que podría ser beneficiario del régimen de transición, pues su argumento estuvo siempre dirigido a establecer que ese derecho se había perdido al no cumplir el requisito previsto en el literal b) del Decreto 3800 de 2003. Ello resulta evidente en los actos administrativos que negaron el reconocimiento de la pensión de vejez al accionante; por ejemplo, en la Resolución 001328 de 2006, dejó en claro que “si bien es cierto a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el asegurado acreditaba 15 años de servicios prestados, también lo es que el saldo de la cuenta de ahorro individual del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es inferior al monto del aporte legal para el riesgo de vejez al que hubiere obtenido de permanecer en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad” (folio 18 del cuaderno 2). Igualmente, la Resolución 011574 de 2007, dijo que “la asegurada (sic) se encuentra en el régimen de transición aludido”, pero como el monto trasladado “es inferior a los rendimientos de dichos aportes en caso de haber permanecido en el régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS, por lo que se concluye que el asegurado pierde el régimen de transición” (folio 23 del cuaderno 2).

- También se encuentra probado que el accionante cotizó 6.066 días en el Seguro

Social y en el régimen de ahorro individual –PORVENIR S.A.- cotizó 1.066 días más, pero que volvió a trasladarse al Seguro Social a partir del 1º de febrero de 2002. En consecuencia, es evidente que el problema del peticionario no es el impedimento para trasladarse de régimen de pensiones, pues ello se efectuó en el año 2002, sino la negativa a reconocerle la pensión con el argumento de que no cumple con lo dispuesto en el literal b) del artículo 3º del Decreto 3800 de 2003.

- El Seguro Social reconoció que el Fondo de Pensiones PORVENIR transfirió los aportes del señor Duarte Parrado en el mes de octubre de 2005 (por valor de \$41.481.007), los cuales corresponden al monto total del aporte legal para el riesgo de vejez, pero que los rendimientos que hubiera obtenido el Seguro Social en caso de que no se hubiere trasladado al régimen de ahorro individual son inferiores en un valor de \$8.090.073, razón por la cual el Seguro Social le negó la aplicación del régimen de transición.

1. Conforme a lo considerado en esta providencia, el señor Duarte Parrado no podía perder su derecho al régimen de transición por hechos que no dependían de su voluntad sino de circunstancias externas que él no podía prever. Nótese que el cálculo de los rendimientos de los aportes es un hecho sometido a la volatilidad de la economía y al manejo financiero del fondo privado que el accionante no podía visualizar con 6 años de anticipación (él se afilió a PORVERNIR en el año de 1997 y en el año de 2003 se impuso el requisito de la rentabilidad del ahorro para no perder el régimen de transición). De igual modo, es evidente que, al momento de afiliarse al régimen de ahorro individual, no existía el requisito exigido en el Decreto 3800 de 2003, lo cual le impedía prever las implicaciones de su traslado. De hecho, incluso, ya cuando el decreto se refirió a los rendimientos del ahorro como factor determinante para conservar el régimen de transición, el accionante se había devuelto al régimen de prima media con un año de anterioridad. Es claro, entonces, que tanto al afiliarse al régimen privado como al volver a cotizar en el régimen de prima media, el accionante tenía la confianza legítima de que la oportunidad y la continuidad de sus aportes le permitirían obtener la pensión de vejez conforme al régimen favorable que lo beneficiaba.

1. Pero, además de todo lo expuesto, para la Sala es claro que el requisito previsto en el literal b) del artículo 3º del Decreto 3800 de 2003 es inaplicable en el presente caso no sólo porque, como lo explicaron las sentencias T-818 de 2007 y T-168 de 2009, es una condición de imposible cumplimiento, sino también porque regula aspectos relativos al traslado de régimen individual al de prima media con prestación definida y no con el reconocimiento de la pensión de vejez.

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

Por esta razón esta Sala revocará las sentencias de instancia para conceder el amparo transitorio de los derechos fundamentales del accionante hasta tanto la jurisdicción contencioso administrativa se pronuncie en forma definitiva sobre el asunto. Para el efecto, ordenará a la entidad accionada que inicie el trámite pertinente para reconocer la pensión de vejez al señor Hernán Duarte Parrado y que, en un término no mayor a veinte (20) días contados a partir del día siguiente de la notificación de esta providencia, expida la resolución definitiva en la que reconozca la pensión de jubilación a que tiene derecho el accionante, en los términos señalados en esta sentencia.

## 1. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: LEVANTAR la suspensión de términos en este proceso, decretada para adelantar

el incidente de un impedimento presentado en el mismo.

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

TERCERO. ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales que, en el término de 48 horas a partir de la notificación de esta providencia, inicie el trámite pertinente para reconocer la pensión de vejez al señor Hernán Duarte Parrado, con base en los beneficios que le otorgaría el régimen de transición. Ese trámite deberá estar concluido con la expedición del acto administrativo correspondiente en un plazo no mayor a veinte (20) días siguientes a la fecha en que se notifique esta providencia.

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

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

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

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Esta suma corresponde a ocho millones noventa mil setenta y tres pesos moneda corriente (\$8´090.073 M/cte.)

2 Este Decreto regula el régimen pensional especial para la Rama Jurisdiccional y el Ministerio Público

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

4 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

5 Sentencia T-055 de 2006, M.P. Alfredo Beltrán Sierra

6 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

7 Sentencia T- 179 y 536 de 2003, M(s) P(s) Clara Inés Vargas Hernández y Jaime Araújo Rentería. En igual sentido Sentencias T-623 de 2006 y T- 484 de 2007 M. P. Alvaro Tafur Galvis, entre otras.

8 Sentencia T-199 de 2007 M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

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

10 Sentencia T-797 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

11 Ver folio 23 del expediente.

12 Cf. Parte considerativa de la Resolución 0013228 de 5 de septiembre de 2006,

obrante en el expediente al folio 16.

13 Cf. Ibidem

14 Ver folio 16 del expediente

15 Ver folios 21 a 23 del expediente.

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

17 Además, en esta Resolución el ISS desestimó el tiempo cotizado para el empleador “Carimagua”, en la medida en que no se había demostrado el pago de las cotizaciones para salud.

18 Sentencia T-944 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

19 Ver anverso del folio 15 del expediente.

20 C.C.A. ART. 136. Modificado por la Ley 446 de 1998, art. 44. “Caducidad de las acciones.

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

(...)”

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

22 En la Sentencia T-143 de 2008, M.P. Humberto sierra Porto, la Corte expresó lo

siguiente:

“En primer lugar, debe señalarse que el accionante es una persona de avanzada edad, pues en la actualidad cuenta con 61 años de edad (folio 10), perteneciente a la tercera edad que prácticamente bordea la etapa de productividad laboral y que se aproxima a los umbrales del tiempo de vida probable de los colombianos, lo cual lo hace sujeto de especial protección constitucional en los términos de lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional<sup>22</sup> y por los artículos 13 y 46 de la Carta Política.”

23 Sentencia T-1325 de 2005, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

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

25 Cf. Sentencias T-1325 de 2005 y T-603 de 2008

26 Ver expediente folios 32 a 35.

27 Ver expediente, folios 27 a 31.

28 Sentencia T-603 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

29 Sentencia T-1207 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería.

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

31 Sentencia C- 111 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

32 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

33 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

34 Sentencia C-613/96 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) F.J. No. 9.

35 En relación con la diferencia entre derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas y expectativas legítimas o expectativas de derecho, la Corte ha dicho: "Dicho principio está íntimamente ligado a los derechos adquiridos, que son aquellas situaciones individuales y subjetivas que se han creado y definido bajo el imperio de una ley y, por lo mismo, han instituido en favor de sus titulares un derecho subjetivo que debe ser respetado. De ahí que sea válido afirmar que una ley posterior no puede afectar lo que de manera legítima se ha obtenido bajo la vigencia de una ley anterior. Los derechos adquiridos se diferencian de las meras expectativas, que son aquellas esperanzas o probabilidades que tiene una persona de adquirir en el futuro un derecho que, por no haberse consolidado, puede ser regulado por el legislador según las conveniencias políticas que imperen en el momento, guiado por parámetros de justicia y de equidad que la Constitución le fija para el cumplimiento cabal de sus funciones". Sentencia C-926 de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz (resaltado y subrayado fuera de texto).

36 En este fallo, la corte agregó que si bien el régimen de transición no constituía en sí mismo un derecho adquirido, el valor constitucional del trabajo y la protección especial que la Carta le otorga a los trabajadores imponían al legislador atender criterios de razonabilidad y proporcionalidad a la hora de modificar las normas que determinaban el acceso a la pensión. De donde dedujo que resultaba contrario al principio de proporcionalidad y violatorio del reconocimiento constitucional al trabajo, que quienes hubiesen 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, terminarían perdiendo las condiciones en las que aspiraban a recibir su pensión con fundamento en los incisos acusados. Las expectativas próximas de estos trabajadores debían ser respetadas no por ser derechos adquiridos, sino por ser las limitaciones impuestas por el legislador en su caso manifiestamente desproporcionadas, por lo que se condicionó la exequibilidad de los incisos 4º y 5º del artículo 36 de

la Ley 100 de 1993, a que se entienda que tales 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 100 de 1993, conforme a lo dispuesto en el artículo 151 del mismo estatuto.

37 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

38 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

39 Ver T-470/02, M.P. Alfredo Beltrán Sierra

40 M.P. Jaime Araújo Rentería.

41Al respecto ver sentencia C-789 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil)

43 Respecto del principio de favorabilidad en el régimen de transición, recuérdase lo dicho por la Corte en sentencia C-663 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: “en lo que compete a la condición más favorable o más beneficiosa en el ámbito laboral y al no menoscabo por la ley de los derechos de los trabajadores (art. 53 C.P.), se reconoce que las nuevas normas de carácter laboral o pensional no puede disminuir las condiciones favorables consolidadas previamente para los trabajadores, en la medida en que las más beneficiosas para el trabajador, deben ser reconocidas y respetadas por las leyes posteriores. Sin embargo, la Corte ha explicado que el principio de favorabilidad en materia laboral previsto por el artículo 53 superior no impide per se la modificación de la normatividad existente, incluso si la nueva regulación resulta menos favorable al trabajador, ya que este principio tiene el sentido de asegurar el deber de los operadores jurídicos de aplicar, en caso de duda y de coexistencia de varias disposiciones, la fuente formal de derecho vigente más favorable al trabajador, o la interpretación de esas fuentes que le sea más favorable (in dubio pro operario), pero no necesariamente impedir las transformaciones legislativas cuando estén justificadas a luz de los criterios constitucionales que limitan el margen del legislador”

44 La sentencia C-314 de 2004; M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, explicó así la aplicación del principio de confianza legítima como sustento constitucional del régimen de transición: “...en diversos pronunciamientos de esta Corporación ha acogido la doctrina

según la cual el legislador, en respecto por el principio de buena fe, debe atender a la confianza legítima que el legislador en ciertos casos ha generado en los ciudadanos, respecto del régimen jurídico que será aplicado a determinada actividad. No se trata, por supuesto, de que esta confianza impida el tránsito de legislación, pues tal conclusión llevaría a la petrificación del orden jurídico, sino de la necesaria previsión de los efectos de ese tránsito respecto de las situaciones jurídicas concretas que, aunque no estén consolidadas ni hayan generado derechos adquiridos, si han determinado cierta expectativa válida, respecto de la permanencia de la regulación”

45 El texto completo de esa norma es: “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 más 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.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. (Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciera falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos).

INC. 4º. 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.

INC. 5º. Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad, decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

Quienes a la fecha de vigencia de la presente ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos.

PAR. Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1º) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio.”

Nota: El texto subrayado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-168 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

46 El texto completo de esa norma es: “funcionarios y empleados a que se refiere este decreto tendrán derecho, al llegar a los 55 años de edad si son hombres, y de 50 si son mujeres, y cumplir veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este decreto, de los cuales por lo menos diez lo hayan sido exclusivamente en la rama jurisdiccional o al Ministerio Público, o a ambas actividades, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicios en las actividades citadas”

47 Recordemos que, de acuerdo con la Corte Constitucional, en aplicación del principio de favorabilidad, los 20 años de servicios a que se refiere el artículo 6º del Decreto 546 de 1971, pueden ser prestados al sector público y al sector privado. Al respecto, la

sentencia T-711 de 2007, M.P. Humberto Sierra Porto, que reiteró lo expuesto en la sentencia T-806 de 2004, dijo: “En la decisión en comento, se argumentó que no existían argumentos legales que permitieran sostener que los veinte años de servicio a los que refiere el artículo 6º del Decreto 546 de 1971 debían ser cotizados exclusivamente en el sector público, ya que las únicas condiciones que, conforme a una interpretación objetiva y favorable al trabajador, resultaban exigibles para el reconocimiento y pago de la prestación en los términos del régimen especial de la Rama Judicial y el Ministerio Público son: (i) reunir los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición, (ii) cumplir con la edad para acceder a la prestación y, (iii) haber cotizado por veinte años, de los cuales al menos diez deben ser en la condición de servidor de la Rama Judicial o el Ministerio Público”

48 M.P. Rodrigo Escobar Gil

49 Sentencia C-1024 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil

50 El auto fue modificado por estado el 23 de abril de 2009.

51 No debe olvidarse que, como se dijo en precedencia, en la actualidad, el artículo 3º del Decreto 3800 de 2003 no puede aplicarse porque se encuentra suspendido provisionalmente por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.