

{p}

Sentencia T-489/10

TRASLADO DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL AL REGIMEN DE PRIMA MEDIA

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

Esta Sala se permite recoger y reiterar ahora, la trascendencia constitucional de los siguientes puntos relacionados con el régimen de transición que se aplicarán a la solución del caso concreto: Inicialmente, la Corte Constitucional en sentencia C-789-02 calificó el régimen de transición, no como un derecho adquirido, sino como una mera expectativa legal. Por esta razón se explica la posibilidad de que el derecho al mismo se pierda por el cambio de régimen. Posteriormente, en la sentencia C-1024 de 2004 reiteró su posición y consideró que el derecho al régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 del 93, es un derecho adquirido, para cuya consolidación en cabeza de una persona, basta con que se cumpla uno de los tres requisitos allí señalados. Existe plena libertad para que los afiliados se inscriban en cualquiera de los dos regímenes y para trasladarse del uno al otro. La única restricción acatada por la jurisprudencia constitucional, que se desprende del artículo 48 de la Constitución Nacional en el cual está sólidamente afincada, obliga al Estado a “garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional”. En virtud de esta disposición se explica la presencia de los incisos 4º y 5º del artículo 36 cuando establecen como excepción que: “Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen. Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida. Restricción que, como se vio, persigue evitar el detrimento económico a que, en particular, se ve sujeto el régimen de prima media. En este contexto económico financiero la Sala rescata y apoya las medidas de orden legal avaladas por la Corte Constitucional para garantizar la solidez financiera del sistema

pensional como son: El cumplimiento en un 75% de las cotizaciones, hasta completar los 15 años. La posibilidad de retornar al régimen de Prima Media con Prestación Definida, pero con la obligación de llevar a él la totalidad del ahorro realizado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), sin que este ahorro sea inferior al que se hubiera alcanzado al permanecer en el de Prima Media con Prestación Definida. La prohibición de cambiarse de régimen para personas a quienes les falten diez (10) años o menos para alcanzar la edad de pensión de vejez. La obligación de permanecer en el régimen que se escoja, durante cinco (5) años y no tres (3), como lo autorizaba el artículo 13 de la Ley 100, antes de cambiarse de régimen, por una sola vez. (Ley 797-03, art. 2º).

DERECHO FUNDAMENTAL A LA PENSION DE VEJEZ Y CAMBIO DE REGIMEN

Para el caso en cuestión, el problema jurídico debe centrarse en el cambio de régimen por su relación con el derecho fundamental a la seguridad social, en cuanto involucra el goce por parte de la solicitante a disfrutar de su derecho fundamental a la pensión de vejez en las mejores condiciones. Tal como quedó señalado, cuando se trata de personas amparadas por el régimen de transición, el traslado entre regímenes pensionales repercute en forma sustantiva en el derecho a la pensión de vejez, por cuanto hace más exigentes las condiciones para acceder a esta prestación. En concepto de esta Sala, compartido con otras, el traslado deja de ser una simple cuestión legal y adquiere una relevancia constitucional innegable, al involucrar el acceso a un derecho fundamental. Por esta razón, aunque su solicitud de cambio de régimen reviste, "prima facie", un carácter legal, su estrecha vinculación con la pensión de vejez lo torna, por asociación, en un derecho fundamental tutelable

PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA PENSIONAL Y CAMBIO DE REGIMEN-
Caso en que la demandante no cumplió con las previsiones legales y constitucionales necesarias

La demandante, dentro de las opciones que le brindaba la ley, escogió libremente afiliarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) en el Fondo de Pensiones PROTECCIÓN S.A. y como beneficiaria del régimen de transición, por haber contado con más de 35 años el 1º de abril de 1994 a la entrada en vigencia de la Ley 100/93, podría haber adquirido, el derecho a trasladarse nuevamente al régimen de prima Media con Prestación definida,

siempre y cuando hubiera observado las previsiones legales y constitucionales relacionadas con la equivalencia de los aportes y el cumplimiento de las cotizaciones necesarias para preservar, tanto la equidad social, como la sostenibilidad económica y financiera del sistema pensional. Como evidentemente no cumplió con estas previsiones, necesariamente se habrá de fallar negativamente su caso. Por otra parte, el fallo está respaldado por todas las decisiones examinadas que coinciden en declarar que la accionante no cumple con los requisitos, porque a más de faltarle menos de diez años para acceder a la edad pensional, no alcanza los 15 años de cotización, porque según la prueba aportada (folio 14 expediente 2ª instancia) sólo cotizó 683 semanas, con las cuales sólo cubre un lapso de 13 años, 1 mes y 16 días, es decir, algo menos de 14 años, sin alcanzar lo 15 exigidos. Además, en estas condiciones por razones de equidad, para que no se beneficie de un fondo constituido por aportes de otras personas, y al cual ella misma no ha aportado la totalidad de las cotizaciones requeridas, entonces, se le negará su traslado al mismo. Pero especialmente se encuentra esta Sala de la Corte ante las serias motivaciones establecidas por la jurisprudencia constitucional (sentencias C-1024-04 y C-789-02), asentadas sobre la sólida base del inciso 7º del artículo 48 de la Carta Suprema donde se ordena al Estado “garantizar...la sostenibilidad financiera del sistema pensional...”. Motivaciones que se verían afectadas, si se concediera a la actora, contrariando elementales criterios de equidad, su traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS – al de Prima Media con Prestación Definida. En conclusión, por todas estas razones, de la mayor trascendencia constitucional, particularmente ante la necesidad de mantener, la equidad y la sostenibilidad financiera del sistema proclamada por la Corte Constitucional, esta Sala se abstendrá de conceder a la accionante los derechos invocados por ella en vía tutelar

Referencia: expediente T-2.473.088

Acción de Tutela instaurada por Deisy Jaramillo Bernal contra EL FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN S. A. y EL DEPARTAMENTO NACIONAL DE AFILIACIÓN Y REGISTRO DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – ISS

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., dieciséis (16) de junio de dos mil diez (2010)

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, Humberto Antonio Sierra Porto y Luis Ernesto Vargas Silva 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

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 dos de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

En los términos del artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la Sentencia correspondiente.

1. SOLICITUD DE TUTELA

La señora Deisy Jaramillo Bernal, obrando en nombre propio, el 3 de septiembre de 2009 solicitó ante el juez de tutela, la protección de sus derechos fundamentales de petición y a la seguridad social que se encuentran presuntamente amenazados por la falta de respuesta del DEPARTAMENTO NACIONAL DE AFILIACIÓN Y REGISTRO DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - ISS - para permitirle su ingreso al “Régimen de Prima Media con Prestación Definida” y por la negativa del FONDO DE PENSIONES DE PROTECCIÓN S.A. a permitirle el traslado a dicho régimen, saliendo del “régimen de Ahorro Individual con solidaridad”, al cual se encuentra actualmente vinculada a través de PROTECCIÓN S.A. Sustenta su solicitud en los siguientes hechos y argumentos de derecho.

1. Hechos

1. La señora Deisy Jaramillo Bernal, el día el 23 de junio de 2009, presentó Derecho de Petición en interés particular ante el Fondo de Pensiones del ISS, solicitando autorizar su traslado del Régimen de Ahorro individual al de Prima Media con prestación definida que maneja ese Seguro, aduciendo que la cobija el “régimen de transición”, consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

1. El Seguro Social, seccional de Armenia, en comunicación SQ-DC-0379 del 25 de junio del mismo año, manifestó que su solicitud sería “analizada por el nivel nacional” y precisó que para el estudio y la aprobación del traslado se necesita la intervención de la entidad Administradora de Pensiones de Ahorro Individual (PROTECCIÓN). Sin embargo en la comunicación no resolvió de fondo la solicitud y no se pronunció sobre la autorización para el traslado de régimen.

1. Doña Deisy, el 22 de julio de 2009, extendió solicitud en idéntico sentido al Fondo de Pensiones PROTECCIÓN .S. A, para que autorizara su traslado del Régimen de Ahorro Individual en esa entidad, al de Prima Media con Prestación Definida en el Seguro Social.

1. El Fondo de Pensiones PROTECCIÓN S. A., en su respuesta inicial, se limitó a remitir una copia de su historia laboral pero sin resolver tampoco el fondo de su solicitud de traslado de régimen pensional. Se constatará como en respuesta muy posterior, fechada el 8 de septiembre de 2009, cuando ya ella había interpuesto la tutela, el Fondo le comunicó extemporáneamente el rechazo de su solicitud, no dentro de los 15 días siguientes, sino quince días después de vencido el plazo para absolver la petición. En esta oportunidad el Fondo fundamentó el rechazo “en la falta de los requisitos legales y jurisprudenciales...”, especialmente, el faltarle menos de 10 años para la pensión de vejez y el no cumplir con el

requisito de los 15 años de servicio (folio 35-43 expediente 2ª instancia).

1. En Derecho la accionante apoya su solicitud tutelar en:

1. La Constitución Nacional: artículo 86 que regula la tutela y el artículo 48 sobre la seguridad social.

1. En el Decreto 2591 de 1991 regulador de la tutela.

1. En los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la Ley 100-93 que regula el “régimen de transición”.

1. De la normatividad internacional aplicable a su caso aduce, el artículo 16º de la “Declaración Americana de los Derechos de la Persona”, y el art. 9º del “Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de derechos Económicos, Sociales y Culturales”.

1. Sustenta su alegato tutelar en la jurisprudencia constitucional, especialmente en las sentencias. C-789-2002, C-1024-2004, T-818-2007 y T-168-2009.

1. PRUEBAS DOCUMENTALES

En el expediente obran como pruebas, entre otros, los siguientes documentos:

1. Copia del derecho de petición al Seguro Social

1. Copia del oficio SQ-DC-0379 del Seguro Social en respuesta al derecho de petición.

1. Copia del oficio SQ-DC-0378 del mismo Seguro, también como respuesta al derecho de petición.

1. Copia del formulario de intención del traslado de fondo de pensiones.

1. Copia del derecho de petición ante PROTECCIÓN S. A. datada el 23 de julio de 2009, pero con constancia de recibido por la entidad el 22 de julio de 2009 (fol. 12).

1. Copia de la historia laboral remitida por PROTECCIÓN S. A.

1. Respuesta de PROTECCIÓN S. A. al derecho de petición, fechada el 7 de septiembre de 2009 (fol. 32).

1. Original del alegato de PROTECCIÓN S.A. ante el fallador de primera instancia Juzgado Primero Penal del Circuito

1. Fotocopia ampliada de la cédula de ciudadanía

1. RESPUESTAS DE LAS ENTIDADES DEMANDADAS A LA TUTELA INSTAURADA

Inicialmente, ni el Fondo de Pensiones PROTECCIÓN S. A., ni el ISS se pronunciaron de fondo al responder la tutela en cuestión pues se limitaron a remitir la historia laboral de la accionante, la primera, y a informarle el envío de la misma al nivel nacional, el segundo. Como se observó (1.1.4), sólo hasta el 7 de septiembre de 2009, ya instaurada la tutela, el Fondo le comunicó extemporáneamente el rechazo de su solicitud.

1. INSTANCIAS JUDICIALES

1. PRIMERA INSTANCIA - EL JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE ARMENIA CONCEDIÓ LA TUTELA, EN LOS SIGUIENTES TÉRMINOS.

1. Admite la existencia de un perjuicio irremediable porque su derecho a pensionarse, ya próximo, puede verse afectado por una innecesaria prolongación en el tiempo ante la negativa de las accionadas. En especial de A.F.P. PROTECCIÓN SOCIAL S. A. a autorizar el cambio de régimen.

1. Porque de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, para beneficiarse del régimen de transición, basta con que la accionante cumpla con uno de los dos requisitos previstos en el art. 36 de la Ley 100/93: o la edad o los 15 años de cotización: como se trata de condiciones alternativas, y la afiliada cumple uno de ellos, en este caso el de contar con más de 35 años, según el fallador es beneficiaria del régimen de transición.

1. La decisión es contra AFP PROTECCIÓN S.A, porque es ella, y no la AFP del Seguro Social,

la que se opone al tránsito del fondo de ahorro individual, al de prima media con prestación definida administrado por el Seguro.

1. Igualmente consideró el fallador de instancia, que el hecho de haberse limitado las accionadas a remitir la historia laboral de la accionante, el Fondo de Protección Social, y a informarle el envío de la misma al nivel nacional el ISS, debe considerarse como una negativa a resolver el fondo del asunto.

1. Impugnación del fallo de primera instancia.

AFP. PROTECCIÓN S.A. impugnó el fallo del Juzgado Primero Penal del Circuito de Armenia que tuteló los derechos fundamentales de doña Deisy Jaramillo Bernal por no cumplir, a 1º de abril de 1994, con ninguno de los dos requisitos exigidos.

1. Por otro lado, al 1º de abril de 1994, no cumplía con los 15 años cotizados de servicio.

1. SEGUNDA INSTANCIA

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia - Sala Penal, atendió la impugnación y REVOCÓ la sentencia de primera instancia con base en las siguientes consideraciones:

1. En cuanto a los HECHOS consideró como básico la propia solicitud, mediante derecho de petición, de la accionante, para retirarse del “régimen de ahorro individual”, en PROTECCIÓN .SA, y para que se le permitiera regresar al “régimen de prima media” en el ISS, como

beneficiaria del régimen de transición regulado por el artículo 36 de la Ley 100-93.

1. Como estas entidades, al no responder el fondo del asunto, resultaron negando su solicitud y vulneraron, además, sus derechos fundamentales de petición y a la seguridad social, la actora procedió a instaurar la ACCIÓN DE TUTELA para ordenar a PROTECCIÓN S. A. autorizar el traslado y al ISS aceptarlo.

1. El Tribunal rememora que en primera instancia conoció del asunto el Juzgado Primero Penal del Circuito de Armenia, el cual tuvo en cuenta que en su contestación el Fondo PROTECCIÓN S.A. alegó contra las pretensiones de doña Deisy que el traslado de régimen le fue negado porque:

1. A la solicitante, según el literal e) del art. 13 L.100/93 modificado por el art.2º de la L. 797-1993 le faltan menos de diez (10) años para cumplir la edad para acceder a su pensión de vejez, razón por la cual, en los términos de lo normado, ya no podrá trasladarse de régimen.

1. Tampoco llena el requisito de 15 años de servicio cotizados previsto en el art. 36 de la misma Ley 100.

1. Considera la accionada PROTECCIÓN S.A. que respondió al derecho de petición en forma clara, amplia y profunda y que por tanto, por este aspecto, la tutela carece de objeto. El ISS, por su parte, señaló la seccional competente a nivel nacional y en Risaralda para resolver la petición, pero no se ha pronunciado sobre la tutela.

1. La NORMATIVA en la cual el Tribunal fundamenta las CONSIDERACIONES DE SU FALLO, la integran:

1. Ante todo el artículo 86 de la Carta sobre la tutela y el artículo 1º del decreto 2591-91 reglamentario de la misma, donde se señalan su naturaleza , sus propósitos y sus características, en particular la de “subsidiariedad, y su relación con las de la violación: inminencia e inmediatez .

1. Recuerda el artículo 23 de la Carta Política relacionado con el derecho de petición y allega la jurisprudencia constitucional sobre el tópico, en particular la sentencia T-377 -2000 que ofrece a los operadores jurídicos los criterios aplicables en el manejo de esta garantía fundamental, en cuanto se trata de un derecho fundamental que requiere presteza y respuesta adecuada y oportuna.

1. Para el tratamiento del caso concreto recurre a los artículos 13 y 33 de la ley 100-93, así como al artículo 2º de la Ley 97 de 2003 y 1º y 3º del Decreto 3800 de 2003 reglamentarios de la ley y de la materia.

1. Solución del caso concreto por parte del Tribunal

1. En cuanto al quebrantamiento del derecho de petición el Tribunal considera que las dos entidades accionadas atendieron las peticiones de la Señora Jaramillo Bernal. El Seguro Social le hizo saber la necesidad de la participación de AFP PROTECCIÓN, según lo dispuesto en el art. 3º del Dec. 3800-03. La entidad de protección social hizo tal precisión, en comunicación del 7 de septiembre de 2009, donde le informó sobre la improcedencia de su traslado.

1. El Tribunal NEGÓ a la accionante el traslado del régimen de ahorro individual al de prima media, con apoyo en la jurisprudencia constitucional de la anulada sentencia T-168 de 2009, subsumida por las sentencias T-818 DE 2007 y SU-062 de 2010.

Concluye, con base en esta jurisprudencia que algunas de las personas amparadas por el régimen de transición pueden regresar, en cualquier tiempo, al régimen de prima media, si antes se habían trasladado al de ahorro individual o lo habían elegido como primera opción. Recalca el Tribunal que tales personas deben cumplir los siguientes requisitos:

1. Haber cotizado, a 15 de abril 15 años de servicios.

1. Trasladar al régimen de prima media todo el ahorro efectuado en el régimen de ahorro individual, sin interesar que tal ahorro sea inferior al aporte legal correspondiente en caso de que hubieran permanecido en el régimen de prima media.

El Tribunal concluye que la accionante no cumple con el primer requisito, porque como sólo le certificaron 683 semanas cotizadas, alcanza a cubrir 13 años, 1 mes y 16 días de tiempo cotizado; por esta razón, tampoco puede cumplir con el segundo de trasladar, como mecanismo de compensación, todo el ahorro efectuado en el RAIS, porque aún no ha alcanzado el 75% del total de lo requerido por cotizar para satisfacer económicamente al sistema.

1. Solicitud de insistencia del Defensor del Pueblo para la revisión del Fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia.

El señor Defensor del Pueblo insistió ante la Corte Constitucional en la necesidad de revisar la tutela en cuestión porque contiene asuntos de alta relevancia constitucional en los cuales la Corte tiene el deber de profundizar como son:

La existencia de dos interpretaciones diferentes en dos salas de Revisión de la Corte Constitucional, en relación con las condiciones para el cambio de régimen.

El señor Defensor insiste en la necesidad de garantizar la efectividad de los derechos, evitar la arbitrariedad y buscar la realización de la justicia material razón por la cual precisa compaginar posiciones jurisprudenciales en tema de tanta trascendencia.

1. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Sala Séptima 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 y en el Decreto 2591 de 1991, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de esta referencia.

1. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con lo expuesto esta Sala analizará si están siendo afectados, sí o no, los derechos fundamentales de la señora Deisy Jaramillo Bernal, en especial su derecho fundamental de petición y a la seguridad social por la negativa del FONDO DE PENSIONES AFP PROTECCIÓN S.A.- a permitirle el traslado al “Régimen de Prima Media con Prestación Definida” que maneja EL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - ISS “por no cumplir, a 1º de abril de 1994 quince años cotizados”, en los términos de las sentencias C-789-2002 y C-1024-2004.

Para resolver la controversia la Sala Séptima de Revisión examinará como se acostumbra en estos casos: (i) la seguridad social como derecho constitucional fundamental y la procedencia de su protección a través de la acción de tutela, (ii) generalidades de los regímenes pensionales creados por la ley 100 de 1993, (iii) el régimen de transición del artículo 36 de la ley 100-93 y sus nexos con el derecho a la seguridad social; (iv) la jurisprudencia constitucional sobre el traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media

en el caso de los beneficiarios del régimen de transición; (v) profundizará en las razones socio económicas para amparar el Régimen de Prima Media.; (vi) análisis del caso concreto.

En la exposición de las cuestiones enunciadas esta Sala seguirá la línea trazada por las sentencias T-326 del 20091 con ponencia del Magistrado Jorge Pretelt y la SU 0622 del 2010 del Dr. Humberto Antonio Sierra donde se analizaron casos análogos.

1. La protección tutelar de la seguridad social como derecho constitucional fundamental.

4.- La seguridad social se erige en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho constitucional a cuyo cumplimiento se compromete el Estado, según se sigue de la lectura del artículo 48 superior, el cual prescribe lo siguiente: “Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social”³.

La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho a la seguridad social se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional pues son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social⁴. El artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona afirma que:

“Artículo XVI. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.

De manera similar, el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prescribe:

“Artículo 9. Derecho a la Seguridad Social. 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes”.

De la lectura de las normas transcritas se deduce que el derecho a la seguridad social protege a las personas que están en imposibilidad física o mental para obtener los medios de subsistencia que le permitan llevar una vida digna a causa de la vejez, del desempleo o de una enfermedad o incapacidad laboral. El derecho a la pensión de vejez es uno de los mecanismos que, en virtud del derecho a la seguridad social, protege a las personas cuando su vejez produce una esperable disminución de la producción laboral lo que les dificulta o impide obtener los recursos para disfrutar de una vida digna⁵.

5.- Como se puede apreciar, el derecho a la seguridad social demanda el diseño de una estructura básica que, en primer lugar, establezca las instituciones encargadas de la prestación del servicio y precise, además, los procedimientos bajo los cuales éste debe ocurrir. En segundo término, debe definir el sistema a tener en cuenta para asegurar la provisión de fondos que garanticen su buen funcionamiento. En este punto cobra especial importancia la labor del Estado, el cual, por medio de asignaciones de sus recursos fiscales, tiene la obligación constitucional de brindar las condiciones necesarias para asegurar el goce del derecho irrenunciable a la seguridad social⁶.

6.- De acuerdo a la clasificación ampliamente difundida en la doctrina que se ha ocupado de los derechos fundamentales, la cual toma como base el proceso histórico de surgimiento de estas garantías como parámetro de consulta para establecer la naturaleza de tales derechos, la seguridad social es un derecho que se inscribe en la categoría de los derechos de segunda generación -igualmente conocidos como derechos sociales o de contenido económico, social y cultural-.

En el ordenamiento jurídico colombiano y, durante un amplio lapso, la doctrina constitucional - incluida la jurisprudencia de la Corte Constitucional -, acogió la distinción teórica entre derechos civiles y políticos, de una parte, y derechos sociales, económicos y culturales, de otra. Los primeros generadores de obligaciones negativas o de abstención y por ello reconocidos en su calidad de derechos fundamentales y susceptibles de protección directa por vía de tutela. Los segundos, desprovistos de carácter fundamental por ser fuente de prestaciones u obligaciones positivas, frente a los cuales, por ésta misma razón, la acción de tutela resultaba, en principio, improcedente.

Sin embargo, desde muy temprano, el Tribunal Constitucional colombiano admitió que los

derechos sociales, económicos y culturales, llamados también de segunda generación, podían ser amparados por vía de tutela cuando se lograba demostrar un nexo inescindible entre estos derechos de orden prestacional y un derecho fundamental, lo que se denominó “tesis de la conexidad” 7.

7.- Otra corriente doctrinal ha mostrado, entretanto, que los derechos civiles y políticos así como los derechos sociales, económicos y culturales son derechos fundamentales que implican obligaciones de carácter negativo como de índole positiva⁸. El Estado ha de abstenerse de realizar acciones orientadas a desconocer estos derechos (deberes negativos del Estado) y con el fin de lograr la plena realización en la práctica de todos estos derechos – políticos, civiles, sociales, económicos y culturales – es preciso, también, que el Estado adopte un conjunto de medidas y despliegue actividades que implican exigencias de orden prestacional (deberes positivos del Estado).

Según esta óptica, la implementación práctica de todos los derechos constitucionales fundamentales siempre dependerá de una mayor o menor erogación presupuestaria, de forma tal que despojar a los derechos sociales – como el derecho a la salud, a la educación, a la vivienda, al acceso al agua potable entre otros – de su carácter de derechos fundamentales por ésta razón resultaría no sólo confuso sino contradictorio.

8.- Es por ello que en pronunciamientos más recientes esta Corte ha señalado que todos los derechos constitucionales son fundamentales⁹ pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención). Significan, de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios – económicos y educativos – indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar. De ahí el matiz activo del papel del Estado en la consecución de un mayor grado de libertad, en especial, a favor de aquellas personas ubicadas en una situación de desventaja social, económica y educativa. Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter

positivo o de acción).

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

Existen facetas prestacionales de los derechos fundamentales - sean éstos civiles, políticos, económicos, sociales o culturales -, como el derecho a la pensión de vejez, cuya implementación política, legislativa, económica y técnica es más exigente que la de otras y depende de fuertes erogaciones económicas en un contexto de escasez de recursos. Esto supone que algunas veces sea necesario adoptar políticas legislativas y/o reglamentarias para determinar específicamente las prestaciones exigibles y las condiciones para acceder a las mismas, las instituciones obligadas a brindarlas y su forma de financiación, teniendo en cuenta que se debe atender, de modo prioritario, a quienes más lo necesitan. Sobra decir que, en esta tarea, el legislador y la administración deben respetar los mandatos constitucionales y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad, para lo cual deben tener en cuenta las interpretaciones que los órganos autorizados han hecho sobre el alcance de los derechos que reconocen estas normas¹⁰.

La necesidad del desarrollo político, reglamentario y técnico no determina que estos derechos pierdan su carácter fundamental, pero sí tiene repercusiones en la posibilidad de protegerlos mediante la acción de tutela pues la indeterminación de algunas de sus facetas prestacionales dificulta establecer con exactitud, en un caso concreto, quien es el sujeto obligado, quien es el titular y cual es el contenido prestacional constitucionalmente determinado.

En este sentido, la Corte ha señalado que sólo una vez adoptadas las medidas de orden legislativo y reglamentario, si se cumplen los requisitos previstos en estos escenarios, las personas pueden, sin excepción, acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de estos derechos fundamentales cuando quiera que este se encuentre amenazado de vulneración o haya sido conculcado¹¹, previo análisis de los requisitos de procedibilidad de este mecanismo constitucional.

La anterior regla tiene una excepción, pues también ha indicado la Corte que ante la renuencia de las instancias políticas y administrativas competentes en adoptar e

implementar medidas orientadas a realizar estos derechos fundamentales en la práctica, los jueces pueden hacer efectivo su ejercicio por vía de tutela cuando la omisión de las autoridades públicas termina por desconocer por entero la conexión existente entre la falta de protección de los derechos fundamentales y la posibilidad de llevar una vida digna y de calidad, especialmente de sujetos de especial protección o, en general, de personas colocadas en situación evidente de indefensión¹².

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

1. Aspectos generales sobre los regímenes pensionales creados por la ley 100 de 1993

11.- A través de la ley 100 de 1993, el legislador creó el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y estableció dos regímenes de pensiones excluyentes que coexisten: el régimen solidario de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad¹³. Aunque la afiliación a cualquiera de estos regímenes es obligatoria, la selección de uno de estos sistemas es libre¹⁴ y, una vez hecha la selección inicial, los afiliados tienen la posibilidad de trasladarse de un régimen pensional a otro, con el cumplimiento de las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993¹⁵.

12.- Según el artículo 31 de la Ley 100 de 1993 el régimen solidario de prima media con prestación definida es “aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas”. En este régimen los aportes de los afiliados y sus rendimientos constituyen “un fondo común de naturaleza pública”, que garantiza el pago de las prestaciones a quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la ley¹⁶. Las personas afiliadas a este régimen obtendrán el derecho a la pensión de vejez, previamente establecida por la ley, cuando cumplan con los requisitos legales de edad y semanas de cotización.

Su administración corresponde al Instituto de Seguros Sociales y a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado existentes al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 mientras subsistan¹⁷.

13.- A su turno, de conformidad con el inciso primero del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el régimen de ahorro individual con solidaridad “es el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados”. En este régimen los aportes no ingresan a un fondo común como en el régimen de prima media, sino que son depositados en una cuenta individual de ahorro pensional constituida a título personal¹⁸. Por lo anterior, existe una relación directa entre el capital ahorrado en la cuenta individual de los afiliados y la pensión, lo cual determina que el valor de la pensión sea variable y no previamente definido como en el régimen de prima media. El sistema garantiza la pensión de vejez únicamente a condición de haber reunido en la cuenta individual el capital necesario para financiarla, sin que sea necesario el cumplimiento de una edad determinada o de un número mínimo de semanas de cotización, requisitos propios del sistema de prima media con prestación definida¹⁹.

El conjunto de cuentas de ahorro pensional conforman un fondo de pensiones que es administrado por entidades privadas especializadas que hacen parte del sistema financiero, y que están sometidas a inspección y vigilancia del Estado²⁰.

14.- La ley 100 de 1993, al crear un sistema de pensiones con pretensión de generalidad, derogó, en su mayoría, los diversos regímenes pensionales existentes, los cuales contemplan los requisitos de edad y/o tiempo de servicio o semanas de cotización que debían cumplir las personas para acceder a la pensión de vejez. Sin embargo, tales regímenes se siguen aplicando para las personas amparadas por el denominado régimen de transición, como se verá a continuación.

1. El régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993 y su relación con el derecho a la seguridad social

15.- El artículo 36 de la ley 100 de 1993 previó un régimen de transición para aquéllas

personas que en el momento de su entrada en vigencia estaban próximas a cumplir los requisitos de la pensión de vejez. Este consiste en que se les permite pensionarse con el cumplimiento de los requisitos que prescribían las normas anteriores a la ley 100 de 1993. El régimen de transición tiene entonces el fin de no frustrarles a estas personas la expectativa de adquirir la pensión de vejez, pues la ley 100 de 1993 exige mayores requisitos para acceder a tal derecho.

16.- El legislador previó el régimen de transición en favor de tres categorías de trabajadores. En primer lugar, los hombres que tuvieran más de cuarenta años; en segundo lugar, las mujeres mayores de treinta y cinco y; en tercer lugar, los hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados; requisitos que debían cumplir al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones (1 de abril de 1994). Concretamente, dice el artículo 36 de la ley 100 de 1993:

“A partir de la fecha de vigencia de la presente ley y hasta el 31 de diciembre del año 2007, la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez, de las personas que el 1º de abril de 1994 tuviesen 35 años o más de edad si son mujeres o cuarenta años de edad o más si son hombres ó 15 años o más de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados a esa fecha. A partir del 1º de enero del 2008, a las personas que cumplan las condiciones establecidas en el presente inciso se les reconocerá la pensión con el requisito de edad del régimen anterior al cual se encontraban afiliados. Las demás condiciones y requisitos de pensión aplicables a estas personas serán los consagrados en el Sistema General de Pensiones (...)”.

Explicadas las características generales de los dos regímenes pensionales creados por la ley 100 de 1993 y el régimen de transición, es preciso señalar, a continuación, las normas que regulan la posibilidad de traslado entre regímenes, específicamente en el caso de las personas que cumplen los requisitos del régimen de transición, pues los hechos que originan la presente acción de tutela se refieren, precisamente, al deseo de un beneficiario de este régimen de hacer uso de tal facultad.

1. Jurisprudencia constitucional sobre el traslado del régimen de ahorro individual al régimen

de prima media, en el caso de los beneficiarios del régimen de transición

En la citada Sentencia T-326 de 2009, esta Corporación encaró el siguiente problema jurídico: “¿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 las regula el monto del ahorro aportado a la cuenta individual del trabajador y no las cotizaciones efectuadas a un fondo común?”. La providencia estableció:

“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 200221 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 la Sentencia SU-062 de 2010 la Corporación agregó:

“21.- En la sentencia T-818 de 2007, la Corte abordó, por tercera vez, el tema que se ha venido tratando.

Como se vio, la sentencia C-789 de 2002 señaló que al cambiarse al régimen de prima media, las personas debían trasladar todo el ahorro que habían efectuado en el régimen de ahorro individual con solidaridad y que dicho ahorro “no podía ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media”. Precisamente en el cumplimiento de éste último requisito reside uno de los problemas jurídicos de la sentencia T-818 de 2007, pues en ella se sostuvo que debido a un cambio de legislación tal exigencia devino en imposible de cumplir.

En efecto, 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 si 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 de vejez en el régimen de prima media que en el de ahorro individual.

Ante esta situación, la Corte afirmó, en la sentencia T-818 de 2007, que “la exigencia de condiciones imposibles (...) para ejercer el derecho de las personas que, pueden cambiar de régimen aún faltándoles menos de diez años para obtener el derecho de pensión, es a todas luces inconstitucional. No se puede condicionar la realización del derecho a la libre escogencia de régimen pensional mediante elementos que hagan imposible su ejercicio”. Con base en esta argumentación, se reconoció, en el caso concreto, el derecho del peticionario a trasladarse de régimen, aun en ausencia del cumplimiento de uno de los requisitos que había señalado la sentencia C-789 de 2002.

22.- Observa la Sala que el problema detectado en la sentencia T-818 de 2007, consistente en la imposibilidad de cumplir con el requisito de la equivalencia del ahorro impuesto por la Sala Plena en la sentencia C-789 de 2002 a raíz de la reforma introducida por la ley 797 de 2003, ha sido solucionado por el decreto reglamentario 3995 expedido el 16 de octubre de 2008. En otras palabras, con posterioridad a la sentencia T-818 de 2007, se introdujo una norma que hizo que la distribución del aporte contenida en la ley 797 de 2003 no sea un impedimento para satisfacer la exigencia mencionada.”

1. Profundización en las razones de orden económico financiero y de equidad social para proteger el Régimen de Prima Media.

En el trasfondo de las consideraciones de la jurisprudencia constitucional existen este tipo de motivaciones socioeconómicas de mayor calado para restringir el traslado de quienes inscritos inicialmente, o por traslado posterior al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS -, solicitan, después, su inscripción o su retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Es evidente que, más allá de constatar el hecho de que las condiciones para acceder al régimen de prima media se hagan más exigentes, es importante desentrañar las razones de este hecho. No basta afirmar que, en el caso de las personas amparadas por el régimen de transición, el efecto del traslado tiene importantes repercusiones en el goce del derecho a la pensión de vejez y, por tanto, en el derecho fundamental a la seguridad social, se trata de averiguar por qué las condiciones para acceder a la prestación referida se hacen más exigentes y el cambio de régimen deja de ser una mera cuestión legal para investirse de una

relevancia constitucional insoslayable , al resultar afectado un derecho fundamental: el derecho a gozar de la pensión de vejez.

En concepto de esta Sala se debe ahondar en dos razones relacionadas, una, con la naturaleza jurídica del Régimen de Ahorro Individual con solidaridad y, la otra, con la misma naturaleza y la necesidad de proteger la sostenibilidad financiera del Régimen de Prima Media.

1. En relación con la naturaleza jurídica del RAIS esta se deduce del análisis de los artículos 59, 60 literal “d” y 97 de la Ley 100/93. Como su misma denominación lo da a entender, el fondo de este régimen adquiere un carácter individual y particular, donde se privilegia lo singular sobre lo comunal o social. Se trata específicamente de una cuenta individual donde los aportes se depositan a título personal en un fondo de carácter privado. En este régimen, en definitiva, el monto de la pensión de vejez se sujeta al esfuerzo individual del ahorro y por esta razón su valor varía de acuerdo con lo ahorrado, y no está sujeto, para retirarlo, al cumplimiento de una edad, ni a la necesidad de cotizar un número determinado de semanas. Se trata de fondos conformados por las cuentas individuales del RAIS, que constituyen un patrimonio autónomo privado, propiedad de los afiliados y sometido a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria. Esta situación difiere totalmente del régimen solidario de prima media donde los aportes ingresan a un fondo común de naturaleza pública constituido por el ahorro y sus rendimientos. Las administradoras deben garantizar una rentabilidad mínima.

Sobre la naturaleza de los dos regímenes ya había inquirido la sentencia C-030-0923

1. La protección de la sostenibilidad financiera del régimen de prima media persigue primordialmente:

... evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han

contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez²⁴

1. La evolución constitucional del asunto dentro de esta perspectiva económico financiera: La Corte ha emitido una secuencia de varias sentencias donde se aprecia la forma como ha ido precisando sus conceptos sobre esta situación. En aras de la claridad y de la unificación del tema esta Sala intentará una reflexión sobre el desarrollo conceptual y cronológico de este proceso.

1) La primera vez en la cual se pronunció al respecto fue en la sentencia C-789 de 200225. Aquí se planteó que el derecho a obtener una pensión de acuerdo con el régimen de transición no es un derecho adquirido sino “apenas una expectativa legítima, a la cual decidieron renunciar voluntaria y autónomamente, para trasladarse al sistema de ahorro individual con solidaridad”. La Corte asumió esta posición en defensa de la exequibilidad de los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la Ley 100 que facultan a las mujeres de más de 35 años de edad y a los hombres de más de 40 para trasladarse voluntariamente al régimen de ahorro individual con solidaridad, con el costo de perder el derecho al régimen de transición y a sujetarse a todas las condiciones previstas en el régimen al cual acceden. También renuncian al régimen de transición quienes en un acto deliberativo impregnado de libertad, “...habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida”.

La Corte enfatizó además en esta sentencia que, en virtud del principio “pro operario”, el legislador no puede legislar para permitir al trabajador renunciar a ciertos beneficios, que ya no son simples expectativas, sino que al considerarse definitivamente radicados en cabeza del mismo se conciben como derechos adquiridos.

De acuerdo con la Ley 100 lo dispuesto en el artículo 36 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 se aplicará cuando estas

personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen. Tampoco será aplicable, según el inciso 5º del mismo, para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

2) La sentencia C-789-02 declaró constitucionales 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, porque, aclaró: las normas expresamente circunscriben que tal extinción sólo se extienda a los dos primeros grupos de trabajadores amparados por el régimen de transición: (i) mujeres mayores de treinta y cinco y (ii) los hombres mayores de cuarenta. En conclusión, de esta protección siguen gozando los trabajadores del tercer (iii) grupo, con más de 15 años de cotizaciones.

Por tanto, las personas que contaban con quince años de servicios cotizados para el 1 de abril de 1994, es decir las pertenecientes al grupo tres (iii), que cuentan con quince años de servicios cotizados, es decir, quienes a la entrada en vigencia del nuevo sistema (art. 151 Ley 100/93), han cumplido con el 75% o más del tiempo de trabajo, 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.

Dentro de esta perspectiva de protección financiera al sistema pensional, se trata de una previsión lógica, pues por el hecho de haber cotizado un 75% del tiempo laborado ya no existe preocupación alguna por la protección de la sostenibilidad económica del régimen, el cual con el alto porcentaje cotizado aparece adecuadamente garantizado y permite el cambio de régimen.

Sin embargo, en la sentencia la Corte señaló para los integrantes del grupo (iii) dos requisitos adicionales que refuerzan la intención de amparar la estabilidad financiera del sistema, si después de inscritos o trasladados al régimen de ahorro individual desean retornar al de prima media con el fin de pensionarse de acuerdo con el régimen de transición. Exigencias contenidas en la parte resolutoria de la sentencia en comento. Son los siguientes: 1- Llevar al régimen de prima media TODO el ahorro realizado en el régimen de ahorro individual, 2- sin

que este ahorro sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente, en caso de haber permanecido en el régimen de prima media con prestación definida. Fácilmente se advierte la intencionalidad económico financiera de una y otra condición.

3) En la sentencia C-1024-200426, la Corte Constitucional examinó por segunda oportunidad el tema del traslado entre regímenes pensionales para las personas beneficiadas con el régimen de transición.

a. Abordó indirectamente el tema del traslado de régimen al declarar la constitucionalidad del art. 2º de la Ley 797-03, el cual extendió a cinco (5) años el periodo de tres (3) autorizado originalmente por la Ley 100 (art.13) para trasladarse de régimen, por una sola vez, cada tres años.

a. En esta declaración de constitucionalidad se advirtió que “las personas del grupo (iii) que lleven quince (15) años cotizados son las únicas de los tres grupos que no pierden los beneficios del régimen de transición, como pensionarse con el régimen anterior en condiciones más favorables.

a. Esta norma cuya constitucionalidad se proclamó, incluyó la siguiente prohibición: “el afiliado no podrá cambiarse de régimen cuando le falten diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez...”.

Al profundizar las razones de la Corte para declarar la constitucionalidad de esta norma, la Sala encuentra fundamentalmente dos: la de las consideraciones económicas... y la de considerar el derecho al régimen de transición como un derecho adquirido (infra 3.5.2.3. 1)

1. Las consideraciones económicas.

“evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de prima Media con

Prestación Definida que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez.... Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95).... el período de permanencia previsto en la ley, de igual manera permite defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues como previamente se expuso, 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 (C.P. preámbulo y art. 1°), o eventualmente, subsidiados a costa de los recursos ahorrados con fundamento en el aporte obligatorio que deben realizar los afiliados al Régimen de Ahorro Individual..." (negritas y subrayas fuera de texto)

En esta cita la Sala se permite destacar dos ideas, relacionadas ambas con la sostenibilidad económica del sistema pensional. Ellas son: a- La primera tiene que ver con la protección del capital pensional. No se puede permitir "la descapitalización del fondo", si personas que no contribuyeron a su formación, vienen a último momento, cuando les faltan ya menos de 10 años para concretar su pensión de vejez, a beneficiarse de un ahorro comunitario accediendo a una pensión, cuyo pago desfinancia el sistema. b- En segundo término, desde una perspectiva social se contraría la equidad y se abandona el valor de la justicia material, al permitir a personas que no han contribuido a los rendimientos de los fondos pensionales, entren a beneficiarse y a subsidiarse a costa de las cotizaciones y los riesgos asumidos por otras y no por ellas mismas.

1. Los mecanismos de compensación

Surge entonces la necesidad de buscar y aplicar mecanismos de compensación para establecer la desproporción de las cargas que con el cambio de régimen pueden afectar el

sistema.

a- En ese contexto han de entenderse las dos condiciones impuestas por la sentencia C-789/02 a los solicitantes de traslado de llevar al régimen de prima media TODO el ahorro realizado en el régimen de ahorro individual, sin que tal ahorro sea INFERIOR al valor de todo el aporte legal correspondiente, en caso de haber permanecido en el régimen de prima media. Evidentemente se trata de una medida destinada a proteger el capital común de este régimen.

b-En el mismo sentido se entienden las restricciones del artículo 2º de la Ley 797-03, declarado constitucional en esta sentencia, de extender de tres (3) a cinco (5) años el lapso requerido para trasladarse de régimen, por una parte y , por otra, la prohibición para trasladarse, cuando al solicitante le faltaren diez (10) años o menos para la edad de la pensión de vejez. Con tales restricciones se busca intencionalmente proteger la estabilidad económica del sistema al garantizar, durante más tiempo, en ambos casos, la permanencia de los afiliados en los distintos regímenes y por consiguiente garantizar también la continuidad de las cotizaciones.

c- El artículo 20 de la Ley 100-93 asignaba un porcentaje del 3.5% a las tasas de cotización, igual, tanto para el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS -, como para el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. En el mismo contexto de protección financiera del fondo, el artículo 7º de la Ley 797, modificó el artículo anterior y cambió la distribución de manera que ahora el 1.5% destinado al RAIS va “a un fondo de garantías de pensión mínima”, mientras otro 1.5% se destina en el Régimen de Prima Media exclusivamente para la pensión de vejez. Por esta razón se creó un desequilibrio entre los dos sistemas porque la exclusividad del 1.5% para la pensión de vejez, en el de prima media, conduce a que en este régimen la proporción de este porcentaje siempre resultará mayor que el destinado a la misma pensión en el régimen de ahorro individual. Por tal razón esta descompensación se debe salvar y se ha de buscar la equivalencia, cuando se hace el tránsito de uno a otro régimen, en especial cuando se pasa del de ahorro individual al de prima media, por la razón explicada.

1. La sentencia T-818-0728 , (folios 27-28), enfrentó el problema jurídico planteado por este

desequilibrio y que surgía porque en relación con el requisito de que el ahorro realizado en el RAIS no podía ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente, en caso de haber permanecido en el régimen de prima media.

a) En primer término la sentencia T-818-07 consideró que la normatividad introducida por la ley 797 de 2003 establecía un requisito imposible de cumplir. Por esta razón la Corte declaró inconstitucional que los beneficiarios del régimen de transición que se hubieran trasladado al Régimen de Ahorro Individual pudieran regresar en cualquier tiempo y antes de pensionarse, al Régimen de Prima Media, con la única condición de llevar al de Prima Media, todo lo ahorrado en el Fondo de Ahorro individual, sin importar que les faltaran menos de diez (10) años para obtener el derecho a pensión. La inconstitucionalidad estriba, entonces en la exigencia de una condición imposible de cumplir por “la existencia de la desproporción detectada, siempre por un mayor valor, a favor del régimen de prima media que no permite el intercambio puro y simple entre uno y otro régimen. Siempre aparecerá, por esta razón, la imposibilidad de cumplir las dos condiciones impuestas a los solicitantes por la sentencia C-789/02, en su parte resolutive, de regresar con TODO EL AHORRO realizado en el régimen de ahorro individual y que el monto de este ahorro NO SEA INFERIOR al valor de todo el aporte legal correspondiente, en caso de haber permanecido en el régimen de prima media. En definitiva, al fallar la constitucionalidad del referido artículo 2º de la Ley 797-03, modificadorio del literal e), art.13 de la Ley 100/93, la Corte abordó nuevamente el tema del traslado entre regímenes pensionales para las personas beneficiadas con el régimen de transición.

b) Posteriormente la sentencia SU-062-2010 analizó y aclaró el problema al fijar la jurisprudencia sobre el tema y al establecer que las sentencias C-789-02 y C-1024-04 coinciden en señalar que “algunas personas amparadas por el régimen de transición pueden regresar en cualquier tiempo al régimen de prima media...”, si cumplen con los siguientes tres requerimientos:

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.

(iii) Que el ahorro hecho en el régimen de ahorro individual no sea inferior al monto total de del aporte legal correspondiente en caso de que hubieren permanecido en el régimen de prima media”.

5) Finalmente, esta Sala resalta los méritos de La Sentencia SU-062-2010 que analizó y aclaró el problema planteado en la sentencia T-818-07, sobre la imposibilidad de cumplir con las condiciones de la equivalencia del ahorro impuestas en la parte resolutive de la sentencia C-789-02 de la Corte Constitucional, a raíz de los porcentajes de distribución de los aportes ordenados por el artículo 7º de la Ley 797 de 2003.

En esta sentencia la Corte consideró que con la expedición del Decreto reglamentario 3995 de 2008 se solucionó el problema planteado, porque al regular la distribución porcentual del aporte de la ley 797/03, evita que este siga siendo un impedimento para satisfacer la exigencia de la sentencia C-789/02. Veamos como se solucionó el problema:

Aunque el Decreto fue expedido para atender el problema de la multi afiliación de personas, dado que no se permite la afiliación simultánea a los dos regímenes existentes, sin embargo, de contera, el Decreto 3995 solucionó el problema en dos instancias:

- En el artículo 7º, el de la equivalencia, al ordenar que cuando se realice el traslado del régimen de ahorro individual al de prima media, dicho traslado incluya la totalidad de los aportes realizados, por supuesto con sus respectivos rendimientos, al Fondo de Pensión Mínima, al cual en el régimen de ahorro individual, el afiliado destina el 1.5% de su cotización mensual (art. 7º Ley 797/03). Con la totalidad de este traslado se obvia la dificultad de cumplir la exigencia de la sent. C-789/02 de la Sala Plena.

- En el artículo 12 el del tránsito de las personas a quienes falten menos de diez (10) años para llegar a la edad de pensión, a las cuales la norma autorizó el traslado y pueden recuperar el régimen de transición si cumplen con los requerimientos establecidos en las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 1004 a las cuales se ha venido haciendo referencia.

En relación con la cuestión de si se debe negar de plano a los beneficiarios del régimen de transición el tránsito del régimen de ahorro individual al de prima media, por no cumplirse alguno de los requisitos señalados, la Sentencia SU-062-2010 hace un aporte de la mayor trascendencia para solucionar el problema:

Evoca lo estatuido en la sentencia C-030-0929 en el tratamiento de un asunto similar, y plantea la posibilidad de que “el interesado aporte voluntariamente los recursos adicionales faltantes en el evento de que su ahorro en el régimen de ahorro individual sea inferior al monto del aporte legal correspondientes...” en caso de haber permanecido en el régimen de prima media. Posición jurisprudencial de la Corte enteramente consecuente con lo dispuesto en el artículo 66 de la ley 100/93.- donde se prevé que “quienes a las edades previstas en el artículo anterior no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho”. Artículo declarado exequible en sentencia 86-2002 de la Corte Constitucional.

En consecuencia, de acuerdo con el conjunto de lo considerado, estima esta Sala que no se puede negar a los beneficiarios del régimen de transición, el tránsito del régimen de ahorro individual al régimen de prima media por el incumplimiento de la equivalencia del ahorro, sin brindarles la oportunidad de allegar, en un plazo razonable, los montos correspondientes a la diferencia entre lo ahorrado en el RAIS y el monto resultante del cálculo de su permanencia hipotética en el Régimen de Prima Media.

CONCLUSIÓN:

Para concluir este acápite número 3 sobre consideraciones de orden jurídico constitucional, esta Sala se permite recoger y reiterar ahora, la trascendencia constitucional de los siguientes puntos relacionados con el régimen de transición que se aplicarán a la solución del caso concreto:

1. Posteriormente, en la sentencia C-1024 de 2004 reiteró su posición y consideró que el derecho al régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 del 93, es un derecho adquirido, para cuya consolidación en cabeza de una persona, basta con que se cumpla uno de los tres requisitos allí señalados.

1. Existe plena libertad para que los afiliados se inscriban en cualquiera de los dos regímenes y para trasladarse del uno al otro.

1. La única restricción acatada por la jurisprudencia constitucional, que se desprende del artículo 48 de la Constitución Nacional en el cual está sólidamente afincada, obliga al Estado a “garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional”. En virtud de esta disposición se explica la presencia de los incisos 4º y 5º del artículo 36 cuando establecen como excepción que:

“Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

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

Restricción que, como se vio, persigue evitar el detrimento económico a que, en particular, se ve sujeto el régimen de prima media.

1. En este contexto económico financiero la Sala rescata y apoya las medidas de orden legal avaladas por la Corte Constitucional para garantizar la solidez financiera del sistema

pensional como son:

- a. El cumplimiento en un 75% de las cotizaciones, hasta completar los 15 años.
- b. La posibilidad de retornar al régimen de Prima Media con Prestación Definida, pero con la obligación de llevar a él la totalidad del ahorro realizado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), sin que este ahorro sea inferior al que se hubiera alcanzado al permanecer en el de Prima Media con Prestación Definida.
- c. La prohibición de cambiarse de régimen para personas a quienes les falten diez (10) años o menos para alcanzar la edad de pensión de vejez.
- d. La obligación de permanecer en el régimen que se escoja, durante cinco (5) años y no tres (3), como lo autorizaba el artículo 13 de la Ley 100, antes de cambiarse de régimen, por una sola vez. (Ley 797-03, art. 2º).

4. CONSIDERACIONES SOBRE EL CASO CONCRETO

Con base en las consideraciones precedentes se dispone la Sala a resolver el caso concreto.

1. En el presente asunto, la señora Deisy Jaramillo Bernal considera vulnerados sus derechos fundamentales “de petición” y a “la seguridad social” por EL FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN S.A. y por el Instituto de Seguros Sociales, entidades que, según ella, se negaron a autorizarle el traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad, al régimen de prima media con prestación definida.

1. En cuanto al derecho de petición, esta Sala considera que efectivamente fue quebrantado, teniendo en cuenta la falta de respuesta rápida y oportuna a las peticiones de la accionante. En efecto ella recibió respuesta de PROTECCIÓN S.A. sólo hasta el 7 de septiembre de 2009, fecha muy posterior al plazo legal, cuando ya ella había interpuesto la tutela. Se infiere entonces, que el Fondo le comunicó el rechazo a su solicitud, no dentro de los 15 días

siguientes, sino extemporáneamente, quince días después de vencido el plazo para absolver la petición. Sin embargo, de acuerdo con reciente jurisprudencia de la Sala Séptima de esta Corte³⁰, se trata de “un hecho superado”, por cuanto la entidad, aunque extemporáneamente, respondió de fondo la solicitud, durante el trámite de la tutela ante el Juez Primero Penal de Circuito de Armenia (exped. 2ª instancia, folio 35)

1. Por la razón anterior esta Sala considera que el asunto del derecho de petición no debe considerarse, y, para el caso en cuestión, el problema jurídico debe centrarse en el cambio de régimen por su relación con el derecho fundamental a la seguridad social, en cuanto involucra el goce por parte de la solicitante a disfrutar de su derecho fundamental a la pensión de vejez en las mejores condiciones. Tal como quedó señalado, cuando se trata de personas amparadas por el régimen de transición, el traslado entre regímenes pensionales repercute en forma sustantiva en el derecho a la pensión de vejez, por cuanto hace más exigentes las condiciones para acceder a esta prestación. En concepto de esta Sala, compartido con otras, el traslado deja de ser una simple cuestión legal y adquiere una relevancia constitucional innegable, al involucrar el acceso a un derecho fundamental. Por esta razón, aunque su solicitud de cambio de régimen reviste, “prima facie”, un carácter legal, su estrecha vinculación con la pensión de vejez lo torna, por asociación, en un derecho fundamental tutelable.

1. En principio para este caso concreto, a la tutelante se le deben aplicar las restricciones el art. 2º de la Ley 797-93, según el cual:” las personas a las cuales, a 28 de enero de 2004 les faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez podrán trasladarse por única vez en tres años el R. de P.M. con P. D. y el RAIS hasta dicha fecha. En consecuencia, por esta razón la señora Deisy habrá de perder el derecho al cambio de régimen.

1. Igualmente se negará la tutela a la accionante, por cuanto no cumple con la condición de “tener a 1 de abril de 1994 15 años de servicios cotizados”, por no completar el 75% de las

cotizaciones, hasta alcanzar los 15 años de cotización, requisito que no tiene propósito distinto de garantizar en el contexto económico financiero analizado la solidez financiera del sistema cuya protección y sostenibilidad exige la propia Constitución (art. 48).

1. Para el caso concreto como la señora Deisy Jaramillo Bernal, dentro de las opciones que le brindaba la ley, escogió libremente afiliarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) en el Fondo de Pensiones PROTECCIÓN S.A. y como beneficiaria del régimen de transición, por haber contado con más de 35 años el 1º de abril de 1994 a la entrada en vigencia de la Ley 100/93, podría haber adquirido, el derecho a trasladarse nuevamente al régimen de prima Media con Prestación definida, siempre y cuando hubiera observado las previsiones legales y constitucionales relacionadas con la equivalencia de los aportes y el cumplimiento de las cotizaciones necesarias para preservar, tanto la equidad social, como la sostenibilidad económica y financiera del sistema pensional. Como evidentemente no cumplió con estas previsiones, necesariamente se habrá de fallar negativamente su caso. Por otra parte, el fallo está respaldado por todas las decisiones examinadas que coinciden en declarar que doña Deisy no cumple con los requisitos, porque a más de faltarle menos de diez años para acceder a la edad pensional, no alcanza los 15 años de cotización, porque según la prueba aportada (folio 14 expediente 2ª instancia) sólo cotizó 683 semanas, con las cuales sólo cubre un lapso de 13 años, 1 mes y 16 días, es decir, algo menos de 14 años, sin alcanzar lo 15 exigidos. Además, en estas condiciones por razones de equidad, para que no se beneficie de un fondo constituido por aportes de otras personas, y al cual ella misma no ha aportado la totalidad de las cotizaciones requeridas, entonces, a doña Deisy se le negará su traslado al mismo.

Pero especialmente se encuentra esta Sala de la Corte ante las serias motivaciones establecidas por la jurisprudencia constitucional (sentencias C-1024-04 y C-789-02), asentadas sobre la sólida base del inciso 7º del artículo 48 de la Carta Suprema donde se ordena al Estado “garantizar...la sostenibilidad financiera del sistema pensional...”. Motivaciones que se verían afectadas, si se concediera a la señora Jaramillo Bernal, contrariando elementales criterios de equidad, su traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS - al de Prima Media con Prestación Definida.

En conclusión, por todas estas razones, de la mayor trascendencia constitucional, particularmente ante la necesidad de mantener, la equidad y la sostenibilidad financiera del sistema proclamada por la Corte Constitucional, esta Sala se abstendrá de conceder a la accionante los derechos invocados por ella en vía tutelar y, en consecuencia,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR el fallo proferido, el día 9 de octubre de 2009 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia – Sala Penal de Decisión – que, a su vez, revocó la sentencia del 16 de septiembre de 2009 emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Armenia que tuteló indebidamente los derechos fundamentales invocados por la señora Deisy Jaramillo Bernal contra A. F. P. PROTECCIÓN y el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO.- NO CONCEDER a la señora Jaramillo Bernal, por las razones y en los términos expuestos en esta sentencia, el amparo solicitado para su derecho fundamental a la Seguridad Social, ni la posibilidad de trasladarse del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

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

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado Ponente

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con aclaración de voto

Con salvamento parcial de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO Y

ACLARACIÓN DEL MAGISTRADO

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

A LA SENTENCIA T-489/10

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Corte, me permito presentar las razones por las cuales anuncié salvamento parcial del voto y aclaración frente a la presente decisión:

Lo primero obedece a que si bien las entidades accionantes no desconocieron el derecho a la seguridad social de la actora, pues de las pruebas reseñadas en el fallo se desprende que no cumplía con los requisitos para el traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, también es cierto que Protección S.A no respondió oportunamente y de fondo la solicitud de traslado que la accionante elevó. Pese a ello, la sentencia desconoció esta conclusión, a la que ella misma llega en sus consideraciones, y obvió el hecho de que la accionante también instauró la tutela respecto del derecho de petición. Solo se limitó a declarar que ninguna de las entidades accionadas vulneró los derechos de la accionante. En mi concepto, para dar una respuesta que satisficiera plenamente el derecho de la actora a acceder a la administración de justicia, era imprescindible declarar la existencia de esta última violación y darle la misma entidad que al otro problema jurídico examinado.

De otra parte, debo manifestar que desde junio de 2010 recibí el proyecto de fallo de la referencia. En ese momento presenté las inquietudes planteadas en el párrafo anterior, pero sostuve mi acuerdo con el sentido general de la sentencia. Sin embargo, terminé recibiendo el texto final del fallo dos años más tarde. Esta dilación es injustificada si se tiene en cuenta

el contenido de la decisión y el acuerdo que la rodeó desde el primer momento. Además amenaza con desnaturalizar el propósito de la acción de tutela y su contenido protector del derecho a la administración de justicia.

Fecha ut supra.

Magistrado

1 Sentencia T-326 -2009 M. P. Jorge Pretelt Chaljub

2 Sentencia SU-062-2010 M. P. Humberto Antonio Sierra Porto

3 Sobre el alcance de la seguridad social como derecho protegido a la luz del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en su observación general número XX el Comité hizo las siguientes precisiones: “26. El artículo 9 del Pacto prevé de manera general que los Estados Partes “reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso el seguro social”, sin precisar la índole ni el nivel de la protección que debe garantizarse. Sin embargo, en el término “seguro social” quedan incluidos de forma implícita todos los riesgos que ocasionen la pérdida de los medios de subsistencia por circunstancias ajenas a la voluntad de las personas. 27. De conformidad con el artículo 9 del Pacto y con las disposiciones de aplicación de los Convenios de la OIT sobre seguridad social -Convenio Nº 102, relativo a la norma mínima de la seguridad social (1952) y Convenio Nº 128 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes (1967)- los Estados Partes deben tomar las medidas adecuadas para establecer, con carácter general, sistemas de seguros de vejez obligatorios, a percibir a partir de una edad determinada, prescrita por las legislaciones nacionales” (...) 30. Finalmente, para dar pleno cumplimiento al mandato del artículo 9 del Pacto, como ya se ha señalado en los párrafos 20 y 22, los Estados Partes deberán establecer, dentro de los recursos disponibles, prestaciones de vejez no contributivas u otras ayudas, para todas las personas mayores que, al cumplir la edad prescrita fijada en la legislación nacional, por no haber trabajado o no tener cubiertos los períodos mínimos de cotización exigidos, no tengan derecho a disfrutar de una pensión de vejez o de otra ayuda o prestación de la seguridad social y carezcan de cualquier otra fuente de ingresos”.

4 (i) artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Artículo 22. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”; (ii) artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “Artículo 9 Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”; (iii) artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona: “Artículo XVI. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”; (iv) artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “Artículo 9. Derecho a la Seguridad Social. 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes”; y (v) el artículo 11, numeral 1, literal “e” de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: Artículo 11 || 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular: e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas;

5 Sentencia T-284-07.

6 Sentencia C-623 de 2004

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

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

9 Ver las sentencias T-016-07 sobre el derecho a la salud, T-585-08 sobre el derecho a la

vivienda y T-580-07 sobre el derecho a la seguridad social.

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

11 Sentencia T-016-07.

12 Ibídem.

13 Ley 100 de 1993, Artículo 12.

14 Ley 100 de 1993, Artículo 13, literal b.

15 Originalmente, tal norma prescribía que los afiliados sólo podían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres años, contados a partir de la selección inicial. Posteriormente, el artículo 2 de la ley 797 de 2003 modificó la disposición citada y aumentó el período que deben esperar los afiliados para cambiarse de régimen pensional a cinco años. Además, incluyó una prohibición: el afiliado no podrá trasladarse cuando le falten diez años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. Prohibición que empezó a regir un año después de la entrada en vigencia de la ley 797 de 2003.

16 Ley 100 de 1993, Artículo 32.

17 Ley 100 de 1993, Artículo 52.

18 Ley 100 de 1993, Artículos 60, literal d y 97.

19 Conforme al artículo 64 de la Ley 100 de 1993, los afiliados tendrán derecho a retirarse a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta les permita obtener una pensión superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente.

21 Sentencia C-7892002 M. P. Rodrigo Escobar Gil

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

23 Sent. C-030, M. P. Manuel José Cepeda Espinoza . Sobre el RAIS expresó: Por su parte, el denominado Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es administrado por particulares,

a través de Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones. En este régimen los afiliados tienen una cuenta individual de naturaleza privada en donde se depositan las cotizaciones obligatorias y voluntarias, los bonos pensionales y los subsidios del Estado - si a ellos hubiere lugar -,²³ para acceder a una pensión de vejez, invalidez o de sobrevivientes, cuando el monto acumulado de capital y sus correspondientes rendimientos permitan proceder a su reconocimiento, teniendo en cuenta la edad a la cual decida retirarse el afiliado, la modalidad de la pensión, así como de las semanas cotizadas y la rentabilidad de los ahorros acumulados.²³

En sentencia C-841 de 2003 se dijo lo siguiente, en referencia al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad:

“Como sistema de capitalización que es, garantiza la pensión de vejez únicamente a condición de haber reunido en la cuenta individual el capital necesario para financiarla, sin que sea necesario el cumplimiento de una edad determinada o de un número mínimo de semanas de cotización, requisitos propios del sistema de prima media con prestación definida. Conforme al artículo 64 de la Ley 100 de 1993, los afiliados tendrán derecho a retirarse a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta les permita obtener una pensión superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente”.

24 Sentencia C-1024-2004 M. P. Rodrigo Escobar Gil

25 Sentencia C-789-2002, M. P. Rodrigo Escobar Gil

26 Sentencia C-1024-2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil

27 Ibidem

28 Sentencia T-818-2007, M. P. Jaime Araujo Rentería

29 Sentencia C-030-2009, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. La sentencia expresa en concreto:

“Uno de estos obstáculos es precisamente impedir que el interesado aporte voluntariamente los recursos adicionales en el evento de que su ahorro en el régimen de ahorro individual sea inferior al monto del aporte legal correspondiente en caso de que hubiere permanecido en el

régimen de prima media con prestación definida. Esta barrera es salvable si el interesado aporta los recursos necesarios para evitar que el monto de su ahorro, al ser inferior en razón a rendimientos diferentes o a otras causas, sea inferior al exigido. Esto no sólo es necesario dentro del régimen general, sino también en los regímenes especiales con el fin de conciliar el ejercicio del derecho del interesado en acceder a la pensión y el objetivo constitucional de asegurar la sostenibilidad del sistema pensional”. Negrillas fuera de texto.

30 Sentencia T-0087 15-02 2010, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub