

Sentencia T-798/12

## EXPECTATIVA LEGITIMA EN REGIMEN DE TRANSICION EN PENSIONES-Protección

La Corte precisó que los regímenes de transición se establecen con el fin de mitigar el impacto que puede tener un tránsito legislativo de normas que establecen los requisitos para obtener un derecho social, económico o cultural, en personas que aunque no tenían un derecho consolidado en vigencia del régimen anterior, sí tenían una expectativa legítima de adquirir ese derecho, “por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionares en el momento del tránsito legislativo.”

PENSION DE VEJEZ-Caso en que el ISS niega reconocimiento y pago de la pensión de vejez porque considera que el actor dejó de ser beneficiario del régimen de transición establecido

Acción de tutela presentada por Apolonides Garcés Rodríguez contra el Instituto de Seguros Sociales.

Magistrada Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., once (11) de octubre de dos mil doce (2012)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y previo el cumplimiento de los requisitos y trámites legales y reglamentarios, ha proferido la siguiente

### SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia proferida, en única instancia, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Montería, Córdoba, el 21 de marzo de 2012.1

#### I. ANTECEDENTES

El señor Apolonides Garcés Rodríguez interpuso acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales, solicitando la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a

la dignidad humana, a la vida y a la protección especial a las personas de la tercera edad, los cuales considera vulnerados por la entidad accionada al no reconocerle la pensión de vejez, prestación a la cual considera que tiene derecho, porque, en su concepto, es beneficiario del régimen de transición y cumple con los requisitos legales establecidos en el Decreto 758 de 1990 para acceder al derecho.

A continuación se exponen los fundamentos de la demanda:

## 1. Hechos.

1. Apolonides Garcés Rodríguez tiene setenta y cuatro (74) años de edad.<sup>2</sup> Está afiliado al Instituto de Seguros Sociales desde el 1° de agosto de 19803 y ha cotizado mil nueve (1.009) semanas al Sistema General de Pensiones.

1. El 16 de noviembre de 2004 solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez al Instituto de Seguros Sociales, petición que fue negada mediante Resolución No. 002610 del 26 de abril de 2005, porque no había cotizados las semanas necesarias para obtener el derecho, ya que para esa fecha contaba con seiscientos setenta (670) semanas aportadas al Sistema, de las cuales, doscientas ochenta y cuatro (284) fueron cotizadas en los veinte (20) años anteriores al cumplimiento de la edad mínima para pensionarse.<sup>4</sup>

1. El actor continuó aportando al Sistema General de Pensiones hasta completar más de mil (1000) semanas de cotización, momento en el cual solicitó nuevamente el reconocimiento del derecho pensional. Mediante Resolución No. 000012218 del 27 de septiembre de 2011, el Instituto de Seguros Sociales negó el reconocimiento del derecho. Para fundamentar esta decisión, la entidad accionada reconoció que el actor había aportado mil nueve semanas (1009) semanas, no obstante, encontró que las semanas cotizadas no eran suficientes para adquirir el derecho, ya que el señor Garcés Rodríguez no es beneficiario del régimen de

transición, pues no cumple con el requisito establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005 de haber cotizado setecientas cincuenta (750) semanas al 25 de julio de 2005, para continuar siendo beneficiario del régimen de transición hasta el 2014.5

1. Manifiesta que no tiene empleo, bienes, ni una fuente de ingresos propia que le permita garantizarse una vida en condiciones dignas, y que depende de la ayuda económica que le brindan sus hijos. Por estas razones solicita que se protejan sus derechos al mínimo vital y a la vida digna, por medio de una orden al Instituto de Seguros Sociales para que le reconozca y cancele la pensión de vejez.

1. Respuesta de la entidad accionada.

El Instituto de Seguros Sociales no se pronunció sobre los hechos y pretensiones de la acción de tutela.

1. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Montería, Córdoba, profirió sentencia el 21 de marzo del año en curso, por medio de la cual declaró la improcedencia de la acción de tutela por no cumplir con el requisito de subsidiariedad, ya que en concepto del juez de instancia, el actor cuenta con los mecanismos judiciales ordinarios para la protección de sus derechos fundamentales. Esta decisión no fue impugnada.

I. Consideraciones y fundamentos

1. Competencia.

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

#### 1. Formulación del problema jurídico.

Con fundamento en los antecedentes expuestos, la Sala de Revisión deberá resolver el siguiente problema jurídico:

¿Vulnera el Instituto de Seguros Sociales, Seccional Atlántico, el derecho fundamental a la seguridad social de una persona de setenta y cuatro (74) años de edad (Apolonides Garcés Rodríguez), quien manifiesta que no cuenta con una fuente de ingresos propia y que su subsistencia depende de la ayuda económica que le brindan sus hijos, al negarle el reconocimiento y pago de la pensión de vejez con base en los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por medio del Decreto 758 de 1990, porque considera que el actor dejó de ser beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 a partir del 31 de julio de 2010, ya que al momento de entrar en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005 (25 de julio de 2005), éste no contaba con más de setecientas cincuenta (750) cotizadas al sistema general de pensiones?

Para resolver el problema jurídico propuesto, se deberá establecer la procedencia de la acción de tutela en el caso concreto, y de encontrarse procedente, se hará referencia a la modificación al régimen de transición de la Ley 100 de 1993, introducida por medio del Acto Legislativo 01 de 2005, para aplicarla al caso objeto de estudio.

#### 1. Procedencia de la acción de tutela.

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la jurisprudencia constitucional, y los artículos concordantes del Decreto 2591 de 1991 por el cual se regulan el trámite de la acción de tutela, esta sólo procede (i) cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial; (ii) cuando existiendo, ese medio carece de idoneidad o eficacia

para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales, en las circunstancias del caso concreto; o (iii) cuando se interpone para evitar la consumación de un perjuicio irremediable en un derecho fundamental, evento en el que el amparo procede de manera transitoria; es decir, mientras se produce una decisión definitiva por parte del juez natural de cada proceso.

En el caso objeto estudio, la Sala de Revisión encuentra que la acción de tutela fue interpuesta en representación de una persona de setenta y cuatro (74) años de edad, quien afirma que no cuenta con una fuente de ingresos propia para suplir sus necesidades básicas. Con su interposición, la parte accionante pretende controvertir la decisión del Instituto de Seguros Sociales de negarle el reconocimiento de la pensión de vejez. Al respecto, es necesario indicar que el actor cuenta con las acciones judiciales ordinarias para controvertir esta decisión.

Sin embargo, la Sala de Revisión considera que los medios judiciales ordinarios carecen de eficacia para una persona con una edad cercana a la expectativa promedio de vida de la población colombiana, de lo cual se deriva que la acción de tutela, por su celeridad, sea un medio judicial procedente para resolver la controversia que se plantea en el presente caso. Por lo tanto, la acción cumple las condiciones formales de procedibilidad del amparo.<sup>6</sup>

#### 1. Régimen de transición y expectativas legítimas (sentencia C-663 de 2007).

El Instituto de Seguros Sociales le negó la pensión de vejez al señor Apolonides Garcés Rodríguez, porque no cumplió con los requisitos para pensionarse establecidos en el Decreto 758 de 1997 antes del 31 de julio de 2010, fecha establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005<sup>8</sup> como límite temporal para beneficiarse del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.<sup>9</sup> Esta decisión implica que para obtener la pensión de vejez, el señor Garcés Rodríguez debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, es decir, tener más de sesenta (60) años de edad y 1200 semanas de cotización al momento en que presentó la solicitud de reconocimiento del derecho pensional.<sup>10</sup>

Por lo tanto, debe la Corte establecer si la decisión de la entidad accionada, tomada con

fundamento en una norma constitucional que modificó el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, vulnera el derecho fundamental a la seguridad social del señor Apolonides Garcés Rodríguez. Con este fin, se hará una breve reseña de la jurisprudencia de la Corte sobre el derecho a la seguridad social, su naturaleza fundamental y la posibilidad de ser protegido por medio de la acción de tutela.

La Corte Constitucional ha reconocido que la seguridad social tiene una doble naturaleza, ya que es un derecho fundamental irrenunciable y a su vez es un servicio público de carácter obligatorio, el cual debe garantizarse a todos los habitantes del territorio nacional.<sup>11</sup> Ahora bien, a pesar de tratarse de un derecho fundamental, la garantía de este derecho debe ser definida a través de políticas públicas adoptadas por las autoridades elegidas democráticamente, ya que su satisfacción implica la inversión de recursos escasos. Por lo tanto, a pesar de que el derecho a la seguridad social es fundamental, la exigibilidad de este derecho a través de la acción de tutela es limitada.

En este sentido, en la sentencia T-730 de 2008<sup>12</sup> la Corte definió los eventos en los cuales se puede hacer exigible el derecho a la seguridad social por medio del ejercicio de la acción de tutela. Para lograrlo, la Corte reiteró que este derecho, al igual que los demás derechos económicos, sociales y culturales, tiene una faceta de abstención o defensa y otra de prestación. Respecto de la faceta de abstención, definida por la jurisprudencia como la facultad de defender el derecho frente a injerencias arbitrarias de las autoridades estatales o de particulares, se consideró que esta protección puede ser reclamada por medio de la acción de tutela.

Respecto de la faceta de prestación del derecho a la seguridad social, la Corte indicó que su exigibilidad por medio de la acción de amparo, estaba condicionada, en principio, “por la definición de derechos subjetivos que traduzcan prestaciones concretas a favor de las personas que alegan su vulneración”. Esta condición se conoce como la transmutación del derecho, es decir, aquella situación en la que, una vez definidas las políticas públicas de distribución de los recursos, los criterios de asignación, y los requisitos y procedimientos para el reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales, se constituyen derechos subjetivos que pueden ser exigidos en sede de tutela, cuando se constate en los casos concretos que los mecanismos para la protección de estos derechos no son idóneos, o que con el ejercicio de la acción de amparo se busca evitar la consumación de un perjuicio

irremediable.

Adicionalmente, la Corte señaló algunos eventos excepcionales en los que la intervención del juez constitucional se hace necesaria pese a que el actor no cumpla con todas los requisitos legales y reglamentarios para que se le reconozca el derecho a la seguridad social. Al respecto, manifestó que existen casos particulares en los que la normatividad legal y reglamentaria no contempla una protección o brinda una protección deficiente a sujetos en circunstancias de debilidad manifiesta que han sido tradicionalmente discriminados o marginados en razón de sus condiciones económicas, físicas o mentales. En estos casos, y con el fin de proteger el derecho fundamental a la igualdad real y efectiva de estos sujetos y de garantizarles el contenido mínimo de sus derechos, se hace necesaria la intervención del juez constitucional a la luz de la normatividad internacional.

En resumen, la Corte sintetizó los criterios descritos en los siguientes términos:

“[...] el amparo constitucional sólo será procedente en esta materia cuando se trate de (i) hipótesis referidas a la faceta de abstención o derecho de defensa de la seguridad social siempre que los mecanismos ordinarios de defensa no sean idóneos para procurar la protección del derecho o cuando con el amparo se pretenda evitar un perjuicio irremediable, (ii) pretensiones relativas al respeto de derechos subjetivos previstos en el marco de desarrollos legales o reglamentarios que conlleven a superar la indeterminación inicial en cuanto al contenido normativo propio del derecho a la seguridad social siempre que, como en el evento anterior, los mecanismos de defensa se adviertan ineficaces o se requiera conjurar un perjuicio irremediable y (iii) situaciones en las cuales las circunstancias de debilidad manifiesta en las que se encuentran los sujetos considerados de especial protección constitucional, a la luz de las normas superiores y de la jurisprudencia de esta Corporación, tornan imperiosa la intervención del juez de tutela con miras a la adopción de medidas que permitan garantizar a estas personas el contenido mínimo de sus derechos fundamentales exigible a la luz de la normatividad internacional.”<sup>13</sup>

Ahora bien, en el caso objeto de estudio el señor Apolonides Garcés Rodríguez considera que cumple con los requisitos legales para obtener la pensión de vejez y, a pesar de ello, el Instituto de Seguros Sociales le está negando el reconocimiento de su derecho. De lo anterior se concluye que la protección invocada por el actor está relacionada con la faceta

prestacional del derecho a la seguridad social. Por lo tanto, y en desarrollo de la jurisprudencia de esta Corporación, debe analizarse las normas legales y reglamentarias que han establecido las condiciones para reconocer la pensión de vejez reclamada por el actor.

Con este fin, debe resaltarse que el actor solicita el reconocimiento de su derecho con base en los requisitos establecidos en el Decreto 758 de 1990 “por el cual se aprueba el Acuerdo número 049 de febrero 1 de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios”, teniendo en cuenta que ese era el régimen pensional al que se encontraba afiliado antes de entrar en vigencia el sistema general de pensiones establecido en la Ley 100 de 1993<sup>14</sup>. Es decir, el actor considera que tiene derecho a la pensión de vejez porque tiene más de sesenta (60) años de edad y cotizó al sistema más de mil (1.000) semanas.<sup>15</sup>

En concepto del actor, el reconocimiento de su derecho debe hacerse con base en el Decreto 758 de 1990,<sup>16</sup> porque cumple con los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993<sup>17</sup>, ya que al momento de entrar en vigencia el sistema general de pensiones (1° de abril de 1994)<sup>18</sup>, tenía más de cuarenta (40) años de edad.

Al respecto, resulta pertinente reiterar los argumentos planteados por la Corte en la sentencia C-789 de 2002.<sup>19</sup> En esa oportunidad se estudió una demanda de inconstitucionalidad contra los incisos 4 y 5 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en los cuales se establece que el derecho a beneficiarse del régimen de transición de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema general de pensiones tenían 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, se pierde si estas personas se afilian al régimen de ahorro individual con solidaridad. El actor argumentó que estas disposiciones eran inconstitucionales, entre otras razones, porque eran contrarias al principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales, ya que el régimen de transición constituía un derecho adquirido y no una mera expectativa.

Para resolver la controversia que el caso le planteaba, la Corte precisó que los regímenes de transición se establecen con el fin de mitigar el impacto que puede tener un tránsito legislativo de normas que establecen los requisitos para obtener un derecho social, económico o cultural, en personas que aunque no tenían un derecho consolidado en vigencia del régimen anterior, sí tenían una expectativa legítima de adquirir ese derecho, “por estar

próximos a cumplir los requisitos para pensionares en el momento del tránsito legislativo.”<sup>20</sup>

Asimismo, señaló que aunque el Legislador nacional tiene una amplia facultad de configuración normativa en materias como los derechos laborales y las prestaciones sociales, en virtud de la protección especial que la Carta le brinda a los trabajadores, el legislador debe consultar parámetros de justicia y equidad, y actuar con base en los principios de razonabilidad y proporcionalidad, al momento de establecer un tránsito normativo respecto de prestaciones con las que se busca garantizar el derecho a la seguridad social.

Con base en los argumentos expuestos, consideró que la modificación de las expectativas legítimas de aquellas personas que hayan cumplido con el setenta y cinco por ciento (75%) del tiempo de trabajo necesario para acceder a la pensión de vejez establecido en el régimen modificado, y que por razón del tránsito normativo, se hicieran más gravosos los requisitos para acceder al derecho, constituía una medida desproporcionada, contraria a la protección constitucional especial a los trabajadores.

Por las razones expuestas, la Corte declaró la exequibilidad condicionada de las normas demandadas, bajo el entendido de que esas disposiciones no se aplican a las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema general de pensiones tuvieran 15 o más años de servicios cotizados, y que, si estas personas se afiliaron al régimen de ahorro individual con solidaridad, tienen derecho a regresar al régimen de prima media y beneficiarse del régimen de transición, siempre y cuando trasladen todo el ahorro que hicieron en dicho régimen, y que ese ahorro no sea inferior al monto del aporte legal correspondiente, en caso de haber permanecido en el régimen de prima media.

De los argumentos expuestos en la sentencia citada se puede extraer que el Legislador Nacional tiene la facultad de modificar las condiciones para obtener derechos laborales o prestacionales, que estas modificaciones no pueden afectar los derechos adquiridos de las personas y, respecto de las expectativas legítimas, que la facultad de configuración normativa debe ejercerse con fundamento en los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Ahora bien, el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993<sup>21</sup> fue modificado por medio del párrafo transitorio 4° del artículo 1° del Acto Legislativo 01

de 200522. En la reforma constitucional, el constituyente derivado limitó la vigencia del régimen de transición hasta el 31 de julio de 2010, y como medida para proteger las expectativas legítimas de quienes estuvieran próximos a pensionarse, consagró que las personas que cumplan con los requisitos para beneficiarse del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y que al momento de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 (25 de julio de 2005), tuvieran cotizadas al menos setecientas cincuenta 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios, tendrán derecho a beneficiarse de dicho régimen hasta el año 2014.

Con fundamento en los argumentos expuestos, se estudiará si la decisión del Instituto de Seguros Sociales de negar la pensión de vejez al señor Apolonides Garcés Rodríguez vulneró su derecho a la seguridad social, o si por el contrario, está acorde con las normas constitucionales, legales y reglamentarias que regulan el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y los requisitos para obtener la pensión de vejez, y si es respetuosa de las expectativas legítimas del actor.

#### 1. Caso objeto de estudio.

Como ya se indicó, el señor Apolonides Garcés Rodríguez solicitó al Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento de la pensión de vejez, con fundamento en los requisitos establecidos en el Decreto 758 de 1990, los cuales cumple porque tiene más de sesenta (60) años de edad y ha cotizado más de mil (1.000) semanas al régimen de prima media con prestación definida.

No obstante, el Instituto de Seguros Sociales negó el reconocimiento del derecho, porque el actor no cumplió con los requisitos antes del 31 de julio de 2010, fecha establecida en el parágrafo transitorio 4° del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005 como límite temporal de vigencia del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Por lo tanto, consideró que el estudio de la solicitud pensional debe hacerse con base en los requisitos establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, los cuales, para el año 2011, consisten en haber cumplido 60 años de edad y haber cotizado mil doscientas (1.200) semanas.<sup>23</sup> Por lo anterior, y teniendo en cuenta que el actor sólo acreditó mil nueve (1.009) semanas de cotización al momento de solicitar el reconocimiento de la pensión de vejez,

concluyó que el actor no tiene derecho a la prestación reclamada porque aún no ha cumplido con los requisitos legales para obtener el derecho.

Al respecto, la Sala de Revisión encuentra que existen dos posibilidades para que el señor Garcés Rodríguez se pueda pensionar con base en los requisitos establecidos en el Decreto 758 de 1990.<sup>24</sup> La primera de ellas, es que el actor hubiera cumplido esos requisitos antes del 31 de julio de 2010. En efecto, a la fecha de entrar en vigencia el sistema general de pensiones (1° de abril de 1994), el señor Garcés Rodríguez tenía más de cuarenta (40) años de edad, situación que lo hace beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993. Por lo tanto, teniendo en cuenta que cumplió con la edad mínima para pensionarse el 23 de agosto de 1997,<sup>25</sup> si el actor cotizó más de mil semanas antes del 31 de julio de 2010, tiene un derecho consolidado a beneficiarse del régimen de transición mediante el reconocimiento de la pensión de vejez con base en los requisitos establecidos en el régimen pensional al que estaba afiliado antes de entrar en vigencia el sistema general de pensiones, faceta prestacional del derecho a la seguridad social que puede ser garantizada por medio de la acción de tutela.

No obstante, del análisis de los documentos que obran en el expediente, la Sala de Revisión no encuentra acreditado que el actor hubiera cotizado más de mil (1.000) semanas antes de la fecha indicada. En efecto, en los reportes de semanas cotizadas por el señor Garcés Rodríguez expedido por el Instituto de Seguros Sociales, se evidencia que hasta el 31 de diciembre de 1994, el actor cotizó ciento sesenta y un (161) semanas aproximadamente,<sup>26</sup> y desde esa fecha hasta el 31 de julio de 2010, cotizó setecientos noventa y dos (792) semanas.<sup>27</sup> En conclusión, en el expediente están acreditadas novecientos cincuenta y tres (953) semanas cotizadas por el señor Apolonides Garcés Rodríguez hasta el 31 de julio de 2010, cifra inferior a las mil semanas (1.000) requeridas para pensionarse con base en el Acuerdo 049 de 1990.

Ahora bien, aunque en el expediente no está acreditado que el actor hubiera cumplido con los requisitos para pensionarse consagrados en el Acuerdo 049 de 1990 antes del 31 de julio de 2010, existe la posibilidad de que ese siga siendo su régimen pensional hasta el año 2014. Para ese efecto, debe acreditar setecientos cincuenta (750) semanas cotizadas al 25 de julio de 2005. Sin embargo, en el reporte de semanas cotizadas tan sólo se evidencia el aporte de seiscientos noventa y seis (696) semanas hasta la fecha señalada en el Acto Legislativo 01

de 2005. Por esta razón, debe concluirse que no está acreditado que el actor continúe beneficiándose del régimen de transición.

Para la Corte es claro que el señor Garcés Rodríguez tiene la expectativa de pensionarse con base en los requisitos del régimen al cual se encontraba afiliado antes de entrar en vigencia el sistema general de pensiones, sin embargo, por la cláusula general de competencia, el Congreso, en democracia, tiene la facultad de modificar los requisitos para acceder a las prestaciones pensionales, siempre que lo haga mediante actuaciones debidamente justificadas, siguiendo los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Para establecer las razones que llevaron al Constituyente a aprobar el Acto Legislativo 01 de 2005, debemos remitirnos a la exposición de motivos de los proyectos de acto legislativo por medio de los cuales el Gobierno Nacional presentó al Congreso de la República las propuestas de adición al artículo 48 de la Constitución Política.<sup>28</sup> En ellas, los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social manifestaron la necesidad de introducir las reformas constitucionales, por el déficit operacional que presentaba el sistema general de pensiones en esos momentos, originado en factores demográficos como la disminución en las tasas de natalidad, fecundidad y mortalidad, y el aumento en la expectativa de vida de la población colombiana; en el proceso de maduración del régimen de prima media con prestación definida, por el cual, ha habido un aumento en la tasa de dependencia, definida como la relación entre el número de pensionados y de afiliados cotizantes; y las fases recesivas de la economía colombiana durante las cuales se aumenta el desempleo, lo que ocasiona una disminución en los aportes de los afiliados al sistema.

El Gobierno Nacional manifestó que el déficit operacional del Sistema General de Pensiones estaba generando una situación económica insostenible, que ponía en peligro los pagos pensionales actuales y futuros, y que afectaba la estabilidad macroeconómica y fiscal del país. Con las reformas introducidas en los proyectos de acto legislativo, se buscó solucionar parcialmente esos problemas, introduciendo medidas con las que se pretende garantizar que los afiliados que ingresen al sistema a partir de la expedición de la Ley 797 de 2003 no aumenten el déficit operacional, es decir, garantizar la sostenibilidad financiera del sistema. Textualmente, el Gobierno indicó:

“Así las cosas, con posterioridad a la Ley 100 de 1993 se produce una situación insostenible

porque se estaba generando una transferencia intergeneracional de pasivos, en la medida en que serían los actuales y futuros contribuyentes, con sus aportes de impuestos y de cotizaciones, los que deberían financiar, no solo la deuda así causada que corresponde a las pensiones corrientes, sino además su propio gasto social y sus propias futuras pensiones.

El déficit operacional en materia de pensiones agravaba la difícil situación económica que venía atravesando el país, la cual repercutía negativamente en el empleo, en los ingresos tributarios y de cotizaciones. En efecto, para financiar el gasto social de pensiones, de acuerdo con las obligaciones constitucionales, durante los últimos diez años, la Nación ha utilizado recursos que de otra forma hubieran estado destinados a otros fines y objetivos esenciales del Estado. Como consecuencia, la Nación ha debido recurrir a un creciente endeudamiento interno y externo para financiar entre ellas la creciente inversión social en salud y educación.

El déficit operacional por pasivos pensionales de los últimos 12 años, ascendía antes de la Ley 797 de 2003 al 30.5% del PIB, es decir que equivalía el 60% de la deuda pública total, lo cual era insostenible macroeconómica y fiscalmente. La carga sobre la generación actual y las futuras no era consistente con los ingresos de las mismas.”<sup>29</sup>

Los argumentos citados constituyen las razones de las modificaciones introducidas por el Acto Legislativo 01 de 2005 a la seguridad social. Ahora bien, como ya se indicó anteriormente, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que las modificaciones a los requisitos para obtener derechos sociales, económicos y culturales, deben estar acordes con los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Respecto de las modificaciones al régimen de transición del sistema general de pensiones, la Sala de Revisión encuentra que en el Acto Legislativo 01 de 2005 se establecieron medidas con el fin de mitigar el impacto de esas modificaciones sobre las personas próximas a pensionarse con base en requisitos de regímenes anteriores al sistema general de pensiones.

En efecto, en el párrafo transitorio 4° del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, se estableció que el régimen de transición no podría extenderse más allá del 31 de julio de 2010. Sin embargo, para los beneficiarios del régimen de transición que estaban próximas a pensionarse con base en los requisitos de los regímenes a los que se encontraban afiliados antes de entrar en vigencia el sistema general de pensiones, la norma estableció como

excepción que a estas personas se les mantendrán esos beneficios hasta el año 2014. Esta decisión hace diáfano el interés del Constituyente derivado de proteger las expectativas legítimas de los beneficiarios del régimen de transición.

Los argumentos expuestos evidencian que además de que el límite a la aplicación del régimen de transición del sistema general de pensiones fue implementado por medio de una reforma constitucional, esa decisión se muestra, en principio, justificada y acorde con los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Ahora bien, como se indicó con anterioridad, la protección por medio de la acción de tutela al derecho a la seguridad social en su faceta prestacional, está condicionada a la verificación del cumplimiento de los requisitos legales y constitucionales. Por lo anterior, y teniendo en cuenta que en el expediente no está acreditado que el señor Garcés Rodríguez cumplió con los requisitos para pensionarse con base en el Acuerdo 049 de 1990 antes del 31 de julio de 2010, como tampoco que hubiera aportado setecientas cincuenta (750) semanas antes del 25 de julio de 2005, es decir, no está acreditado que se encuentre dentro de las personas a quienes se extendió el régimen de transición hasta el año 2014, la Sala de Revisión no puede acceder a la pretensión de tutelar el derecho a la seguridad social del actor mediante una orden de reconocimiento de la pensión de vejez.

En consecuencia, la Sala de Revisión debe concluir que el Instituto de Seguros Sociales no vulneró el derecho fundamental a la seguridad social del señor Apolonides Garcés Rodríguez al negarle el reconocimiento del derecho a la pensión de vejez, ya que este no logró demostrar que cumplió con los requisitos para pensionarse con base en los requisitos establecidos en el Decreto 758 de 1990 antes del 31 de julio de 2010. Sin embargo, si el actor considera que cumplió con esos requisitos antes del 31 de julio de 2010, tiene la opción de acudir a la jurisdicción ordinaria para solicitar el reconocimiento de ese derecho.

Por otra parte, es pertinente indicarle al señor Garcés Rodríguez que en el evento en que no logre acreditar que cotizó más de mil (1.000) semanas antes del 31 de julio de 2010, y si considera que no tiene la capacidad de seguir cotizando al sistema general de pensiones hasta alcanzar el número de semanas requeridas en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, puede optar por solicitar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, a que se refiere el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, la que deberá liquidarse

conforme a la regla establecida en ese mismo artículo.32

Por las razones expuestas, en la parte resolutive de esta sentencia, la Sala Primera de Revisión revocará la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Montería, Córdoba, en la cual se declaró la improcedencia de la acción de tutela, y en su lugar, negará el amparo al derecho fundamental a la seguridad social del señor Apolonides Garcés Rodríguez.

### III. DECISIÓN

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

#### RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Montería, Córdoba, el 21 de marzo de 2012, que declaró la improcedencia de la acción de tutela, para en su lugar, NEGAR la tutela del derecho a la seguridad social del señor Apolonides Garcés Rodríguez.

Segundo.- Por Secretaría General de la Corte, LÍBRENSE las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

Magistrada

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 El expediente de la referencia fue escogido para revisión por medio del Auto del catorce (14) de junio de dos mil doce (2012), proferido por la Sala de Selección Número Seis.

2 Como documento anexo al escrito de tutela se aportó copia de la cédula de ciudadanía del señor Apolonides Garcés Rodríguez, en la que consta que el actor nació el 23 de agosto de 1937. (Folio 31, del cuaderno principal. En adelante, cuando se haga referencia a un folio debe entenderse que hace parte del cuaderno principal, a menos que expresamente se diga otra cosa).

3 En el expediente obra copia del reporte de semanas cotizadas por el señor Apolonides Garcés Rodríguez al Instituto de Seguros Sociales entre el período de 1967 a 1994, en el que consta que el actor se afilió al ISS desde el 1° de agosto de 1980 (folio 24).

4 En el expediente obra copia de la Resolución No. 002610 de 2005 proferida por el Instituto de Seguros Sociales, Seccional Atlántico (folio 29).

5 En el expediente obra copia de la Resolución No. 0000122118 del 27 de septiembre de 2011, proferida por el Instituto de Seguros Sociales, Seccional Atlántico (folio 26).

7 “Por el cual se aprueba el Acuerdo número 049 de febrero 1 de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios”.

8 Acto Legislativo 01 de 2005 “Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política.” Artículo 1°. Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política: // [...] Parágrafo transitorio 4o. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014. [...].”

9 Ley 100 de 1993, “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”. Artículo 36. “Régimen de transición. “La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los

hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres. // La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o mas años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley. [...].”

10 Ley 100 de 1993, “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”. Artículo 33. “Requisitos para obtener la pensión de vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones: // 1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años si es mujer o sesenta (60) años si es hombre. // A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre. // 2. Haber cotizado un mínimo de mil (1.000) semanas en cualquier tiempo. // A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015. [...].”

11 Constitución Política de Colombia. Artículo 48. “La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. // Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. // El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. [...].”

12 Sentencia T-730 de 2008 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto). En esta sentencia, la Corte estudió una acción de tutela promovida por la madre de un docente que laboró durante más de diecinueve (19) años en planteles oficiales, que no dejó beneficiarios con mejor derecho, pero a quien se le negó la pensión de sobrevivientes argumentando que, con base en las normas que regulan el régimen especial de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los padres no son beneficiarios de la denominada pensión post -

mortem. En esa oportunidad, se consideró que el régimen especial de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es más exigente en el reconocimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, razón por la cual, debía analizarse si ese trato diferencial era discriminatorio, concluyéndose que sí lo era porque, i) la pensión de sobrevivientes tenía un carácter autónomo, ii) las condiciones del régimen especial para acceder a la pensión de sobrevivientes eran indudablemente más exigentes a las del régimen general, y iii) en el régimen especial no se establecía otra prestación que permitiera compensar la desigualdad frente al Sistema General de Pensiones. En consecuencia, esta Corporación consideró que el trato diferenciado no estaba justificado constitucionalmente, inaplicando por tanto los requisitos del régimen especial del magisterio para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y aplicando en su lugar los requisitos del régimen general establecido en la Ley 100 de 1993.

13 Sentencia T-730 de 2008 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto).

14 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”.

15 Decreto 758 de 1990 “Por el cual se aprueba el Acuerdo número 049 de febrero 1 de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios” // Artículo 1°. “Apruébase el Acuerdo número 049 de febrero 1 de 1990, emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, cuyo texto es el siguiente: // Acuerdo 049 de 1990 ‘por el cual se expide el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte.’ // [...] Artículo 12. Requisitos de la pensión por vejez. Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos: // a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más de edad, si se es mujer y, // b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo. [...]”

16 “Por el cual se aprueba el Acuerdo número 049 de febrero 1 de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios”.

17 Ley 100 de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”. Artículo 36. (Antes citado).

18 Ley 100 de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”. Artículo 151. “Vigencia del sistema general de pensiones. El Sistema General de Pensiones previsto en la presente Ley, regirá a partir del 1° de abril de 1994. No obstante, el Gobierno podrá autorizar el funcionamiento de las administradoras de los fondos de pensiones y de cesantía con sujeción a las disposiciones contempladas en la presente Ley, a partir de la vigencia de la misma. [...]”

19 MP. Rodrigo Escobar Gil, unánime.

20 Sentencia C-789 de 2002 (MP. Rodrigo Escobar Gil, unánime). En esta sentencia se estudió una demanda de inconstitucionalidad contra los incisos 4 y 5 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en los cuales se establece que el derecho a beneficiarse del régimen de transición de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema general de pensiones tienen 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, se pierde si estas personas se afilian al régimen de ahorro individual con solidaridad. El actor argumentó que estas disposiciones eran inconstitucionales, entre otras razones, porque eran contrarias al principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales, ya que el régimen de transición constituía un derecho adquirido y no una mera expectativa. La Corte, definió la naturaleza de los regímenes de transición y señaló que la posibilidad de beneficiarse de estos no constituyen un derecho adquirido sino una expectativa legítima, razón por la cual, las modificaciones introducidas por el legislador debían ser razonables y proporcionadas. Con base en los argumentos expuestos, en la parte resolutive de la sentencia se declaró la exequibilidad condicionada de las normas demandadas, bajo el entendido de que esas disposiciones no se aplicarían a las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema general de pensiones tuvieran más de 15 o más años de servicios cotizados, y que, si estas personas se afiliaron al régimen de ahorro individual con solidaridad, tienen derecho a regresar al régimen de prima media y beneficiarse del régimen de transición, siempre y cuando trasladen todo el ahorro que hicieron en dicho régimen, y que ese ahorro no sea inferior al monto del aporte legal correspondiente, en caso de haber permanecido en el régimen de prima media.

21 Ob, cit. Página 5, nota al pie número 9.

22 Ob, cit. Página 5, nota al pie número 8.

23 Ob, cit. Página 5, nota al pie número 10.

24 “Por el cual se aprueba el Acuerdo número 049 de febrero 1 de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios”.

25 En el expediente obra copia de la cédula de ciudadanía del actor, documento en el que se verifica que el actor nació el 23 de agosto de 1937. (Folio 31).

26 Folios 24 y 25.

27 Folios 16 - 21.

28 En el año 2004 los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social, presentaron los proyectos de acto legislativo números 34 y 127 de la Cámara de Representantes, los cuales fueron publicados en las Gacetas del Congreso Nos. 385 del 23 de julio 2004 y 452 del 20 de agosto de 2 004, respectivamente.

29 Gaceta del Congreso No. 452, Bogotá, D.C., viernes 20 de agosto de 2004, página 3.

31 El artículo 37 de la Ley 100 de 1993, consagra a propósito de la indemnización sustitutiva: “Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.”

32 Ibídem.