

Sentencia T-933/10

ACCION DE TUTELA CONTRA EL ISS Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS-Caso en que se alega vulneración de derechos fundamentales por negativa de traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Fundamental/DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-
Procedencia excepcional de tutela

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

ACCION DE TUTELA-Improcedencia por cuanto no cumple con el requisito de tener cotizados 15 años o más de servicios al 1 de abril de 1994

Referencia: expediente T-2756928

Acción de tutela instaurada por Rafael Antonio Ospina García contra el Instituto de Seguro Social y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil diez (2010).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, MARÍA VICTORIA CALLE CORREA y MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo dictado por Juzgado Dieciséis Civil del Circuito de Bogotá, que resolvió la acción de tutela promovida por Rafael Antonio Ospina García contra el

Instituto de Seguro Social y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

I. ANTECEDENTES

El 18 de junio de 2010, Rafael Antonio Ospina García interpuso acción de tutela ante el Juzgado Dieciséis Civil del Circuito de Bogotá contra el Instituto de Seguro Social y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., por considerar que esas entidades vulneraron sus derechos fundamentales a la igualdad y a la seguridad social.

Fundamentó su acción en los siguientes:

1. Hechos:

1.1 El accionante indica que nació el día 23 de diciembre de 1948.

1.2 Señala que cotizó al sistema de pensiones por medio del Instituto de Seguro Social en calidad de trabajador dependiente.

1.3 Manifiesta que para la fecha en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, es decir, para el 1° de abril de 1994, tenía más de 40 años de edad y más de 15 años de aportes al sistema de pensiones.

1.4 Sostiene que el 1° de marzo de 1999, de manera voluntaria efectuó su traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, se afilió al fondo de pensiones administrado por Porvenir S.A.

1.5 Precisa que desde noviembre de 2008 ha solicitado de manera infructuosa su afiliación ante el Instituto de Seguro Social.

1.6 Afirma que la negativa del Instituto de Seguro Social se debe a que, en criterio de esa entidad, él no satisface los requisitos exigidos para obtener la aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

2. Solicitud de tutela

2.1 Por lo anterior, el accionante solicita ante el juez de tutela ordenar al Instituto de Seguro Social autorizar su afiliación al régimen de prima media con prestación definida.

2.2 En ese sentido, el actor argumenta: “la decisión del Instituto de Seguro Social de negarme la posibilidad de trasladarme a esa institución, genera un alto grado de afectación de mis derechos fundamentales, en particular del derecho a escoger el régimen pensional con el que quiero pensionarme, para asegurar mi digna subsistencia y la de mi familia, en especial de mi hija menor de edad, cuando la vejez llegue y no pueda valerme por mi mismo.”

3. Trámite de instancia

3.1 La acción de tutela fue tramitada ante el Juzgado Dieciséis Civil del Circuito de Bogotá, el cual mediante auto del 23 de junio de 2010 ordenó su notificación al Instituto de Seguro Social y a Porvenir S.A.

Respuesta de Porvenir S.A.

3.2 En escrito dirigido al juez de instancia el 7 de julio de 2010, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. solicita declarar la improcedencia de la acción interpuesta.

3.3 Para fundamentar su solicitud, señala que de conformidad con la jurisprudencia constitucional, los afiliados al sistema de pensiones que al 1° de abril de 1994 no tenían 15 años de aportes al sistema de pensiones, no pueden trasladarse en cualquier tiempo del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida.

3.4 Al respecto, precisa que si bien mediante la sentencia T-818 de 2007 la Corte Constitucional admitió el traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media sin sujeción al requisito en comento, “mediante reciente sentencia (T-168 de marzo de 2009) disipó cualquier duda, recogió toda la jurisprudencia sobre el particular (incluida la T-818 de 2007) e insistió en la improcedencia para casos como el sub examine.”

3.5 En consecuencia, sostiene: “en el caso que nos ocupa, el accionante no tenía 15 años de servicios al 1° de abril de 1994; y de ello se colige necesariamente que no está facultado para trasladarse en cualquier tiempo al Instituto de Seguro Social.”

3.6 Por su parte, el Instituto de Seguro Social guardó silencio sobre los hechos y consideraciones que fundamentan la presente acción de tutela.

4. Prueba que obra en el expediente

4.1 Copia de la cédula de ciudadanía de Rafael Antonio Ospina García (folio 1, cuaderno 2).

5. Pruebas practicadas por la Corte Constitucional

5.1 Por encontrar necesario practicar algunas pruebas con el fin de contar con mayores elementos de juicio al momento de proferir el fallo, mediante auto del día 11 de noviembre de 2010 el magistrado sustanciador dispuso solicitar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y al Instituto de Seguro Social información sobre: (i) el número total de semanas cotizadas por el accionante ante el régimen de prima media con prestación definida y de ahorro individual con solidaridad; y (ii) el número de semanas cotizadas por el accionante al sistema de pensiones desde la fecha de su afiliación hasta el día 1° de abril de 1994.

5.2 En escrito dirigido a esta Corporación el día 19 de noviembre de 2010, Porvenir S.A. reiteró su solicitud de denegar el amparo invocado por el ciudadano Rafael Antonio Ospina García.

En su comunicación, Porvenir informó:

“1) El número total de semanas en el Régimen de Ahorro Individual según nuestras bases de información ascienden a 637.17. Se destaca que dicho número de semanas no incluye los aportes anteriores al 1 de abril de 1994, por lo que se concluye que esa información no guarda ninguna relación con la solicitud de traslado invocada por el accionante.

2) El número de semanas hasta el 1° de abril de 1994 corresponde a 250.57 días según la información reportada vía interactivo¹ por la OBP [Oficina de Bonos Pensionales] del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Esta información sí tiene connotación legal dado que es la necesaria para verificar la posibilidad de que el accionante se traslade (...).”

De esta manera, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. concluyó: “el accionante NO acredita la exigencia de 15 años al 1° de abril de 1994 y en

CONSECUENCIA NO PUEDE TRASLADARSE AL ISS.”

5.3 Por su parte, el Instituto de Seguro Social no remitió la información solicitada por esta Corporación.

II. LA SENTENCIA QUE SE REVISA

Mediante sentencia del día 7 de julio de 2010, el Juzgado Dieciséis Civil del Circuito de Bogotá negó la solicitud de tutela.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y con la selección y el reparto efectuados el 25 de agosto de 2010, esta Sala es competente para revisar la decisión judicial mencionada.

2. Problema jurídico

2.1 De acuerdo con los hechos expuestos y las pruebas que obran en el expediente, corresponde a la Corte Constitucional determinar si el Instituto de Seguro Social y Porvenir S.A. vulneraron los derechos fundamentales de Rafael Antonio Ospina García, al negar su traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida.

2.2 Para dar solución al problema jurídico planteado, la Sala se pronunciará sobre los siguientes temas: (i) el carácter fundamental del derecho a la seguridad social y la procedencia de la acción de tutela para garantizar su protección; y (ii) las condiciones legales y jurisprudenciales para el traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima medida en el caso de los beneficiarios del régimen de transición.

2.3 Con base en lo anterior, esta Sala de Revisión estimará si se debe conceder la acción de tutela interpuesta por Rafael Antonio Ospina García y, en consecuencia, revocar la sentencia de tutela proferida el 7 de julio de 2010 por el Juzgado Dieciséis Civil del Circuito de Bogotá.

3. Carácter fundamental del derecho a la seguridad social. Procedencia de la acción de tutela

para garantizar su protección. Reiteración de jurisprudencia

3.1 De conformidad con el texto de la Constitución Política, la seguridad social como bien jurídico objeto de protección en el ordenamiento colombiano tiene una doble configuración. En primer lugar, de acuerdo con su artículo 48, es un servicio público “de carácter obligatorio” que se presta con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, bajo la dirección, coordinación y vigilancia del Estado². En segundo lugar, en concordancia con el inciso segundo del artículo en cita, es un “derecho irrenunciable” en cabeza de todos los habitantes del territorio nacional³, que adquiere especial importancia y deriva en obligaciones puntuales para el Estado en el caso de las mujeres durante el embarazo y después del parto (Art. 43), los niños (Art. 44), las personas de la tercera edad (Art. 46), los trabajadores (Art. 53) y las personas discapacitadas (Art. 54).

3.2 Estas disposiciones se ven reforzadas con lo definido en el preámbulo y en los artículos 3 y 4 de la Ley 100 de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”. En efecto, de acuerdo con lo allí previsto, la seguridad social en su condición de sistema que comprende “el conjunto de instituciones, normas y procedimientos” orientados a garantizar “la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica de los habitantes del territorio nacional”, pretende garantizar “el bienestar individual y la integración de la comunidad.” En igual sentido, de los artículos en comento, se desprende que la seguridad social en su condición de derecho irrenunciable y servicio público, “es esencial en lo relacionado con el Sistema General de Seguridad Social en Salud” y “en aquellas actividades directamente vinculadas con el reconocimiento y pago de las pensiones.”

3.3 Ahora bien, en virtud del artículo 93 de la Constitución, dada la aprobación y ratificación de múltiples convenios y tratados internacionales, el Estado colombiano ha asumido la obligación de garantizar el derecho humano a la seguridad social y de interpretar el ordenamiento jurídico interno que desarrolla la materia a la luz del derecho internacional.

En efecto, de acuerdo con el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, incorporado al ordenamiento jurídico colombiano mediante la ley 74 de 1968, el Estado reconoce “el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.” Igualmente, mediante el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención

Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, incorporado al ordenamiento interno mediante la Ley 319 de 1996, toda persona tiene derecho a la seguridad social como mecanismo de protección frente a las consecuencias de la vejez y de la incapacidad física o mental, a fin de “obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa.”

3.4 En este sentido, para interpretar adecuadamente el contenido del derecho a la seguridad social, es preciso tener en cuenta que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), órgano encargado de supervisar la aplicación del Pacto, emitió la Observación General No. 19 sobre “El derecho a la seguridad social (artículo 9)6”. En esa oportunidad, el Comité destacó que “El derecho a la seguridad social es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana cuando hacen frente a circunstancias que les privan de su capacidad para ejercer plenamente los derechos reconocidos en el Pacto.”

De acuerdo con dicha Observación, el derecho a la seguridad social comprende los siguientes elementos mínimos exigibles al Estado: (1) la existencia de un sistema que garantice las prestaciones y servicios sociales correspondientes a la atención en salud, las consecuencias derivadas de la vejez, la incapacidad para trabajar, el desempleo, los accidentes y enfermedades profesionales, así como la atención especial y prioritaria a los niños, las mujeres en estado de embarazo, los discapacitados y los “sobrevivientes y huérfanos”; (2) la razonabilidad, proporcionalidad y suficiencia de las prestaciones en relación con las contingencias que busquen atender; (3) la accesibilidad al sistema, específicamente, la garantía de cobertura plena, la razonabilidad, proporcionalidad y transparencia de las condiciones para obtener los beneficios y prestaciones, la participación ciudadana en su administración y el reconocimiento oportuno de las prestaciones.

De manera específica, y bajo la advertencia de que el Estado tiene la obligación de asegurar la “satisfacción mínima indispensable” del derecho a la seguridad social, la Observación en comento indica que dicha obligación se concreta en:

“a) Asegurar el acceso a un sistema de seguridad social que ofrezca a todas las personas y familias un nivel mínimo indispensable de prestaciones que les permita obtener por lo menos atención de salud esencial, alojamiento y vivienda básicos, agua y saneamiento, alimentos y

las formas más elementales de educación. (...)

b) Asegurar el derecho de acceso a los sistemas o planes de seguridad social sin discriminación alguna, en especial para las personas y los grupos desfavorecidos y marginados;

c) Respetar y proteger los regímenes de seguridad social existentes de injerencias injustificadas;

d) Adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales en materia de seguridad social;

e) Adoptar medidas para aplicar planes de seguridad social, en particular los destinados a proteger a las personas y los grupos desfavorecidos y marginados;

f) Vigilar hasta qué punto se ejerce el derecho a la seguridad social.”

3.5 Así, con base en la lectura sistemática de las normas constitucionales señaladas, lo dispuesto en los convenios y tratados internacionales que desarrollan el contenido del derecho a la seguridad social y la Observación General No. 19 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Corte Constitucional ha afirmado que el derecho a la seguridad social es un derecho de rango fundamental⁷.

En efecto, luego de considerar diferentes posiciones frente a la naturaleza del derecho a la seguridad social⁸, en la sentencia T-016 de 2007 la Corte sostuvo que la distinción entre los derechos fundamentales y los derechos económicos, sociales y culturales resulta equivocada pues “los Pactos Internacionales de Derechos Humanos aprobados y ratificados por Colombia tienden a resaltar el carácter fundamental de todos los derechos”, de manera que “la fundamentalidad de los derechos no depende -ni puede depender- de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica.” En este orden de ideas, la Corte agregó:

“Los derechos todos son fundamentales 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 un 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).”

En apoyo a esta tesis, en la citada sentencia se indicó que a diferencia de la postura según la cual un criterio de distinción entre los derechos sociales y los derechos fundamentales es el tipo de obligaciones del Estado respecto de su protección y satisfacción, lo cierto es que todos los derechos implican obligaciones de dar, hacer y no hacer. Así, se destacó que frente a todos los derechos, “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).”

Adicionalmente, se precisó que contrariamente a lo sostenido por la jurisprudencia hasta entonces -es decir, la aplicación de los argumentos de procedibilidad relativos a la transmutación, la conexidad y los sujetos de especial protección constitucional-, el carácter fundamental de un derecho no puede confundirse con su aptitud de hacerse efectivo o con la procedibilidad de la acción de tutela para garantizar su protección⁹. En este sentido, se explicó que aunque un derecho tenga la calidad de fundamental, sólo a partir del análisis de las circunstancias del caso concreto se podrá determinar si a la luz de su naturaleza constitucional y los requisitos legales y jurisprudenciales definidos para el efecto, la acción de tutela es procedente y debe prosperar. De esta manera, se dijo que se debe tener en cuenta que la protección del derecho a la seguridad social por vía de tutela sólo tiene lugar cuando adquiere los rasgos de un verdadero derecho subjetivo¹⁰, es decir, cuando existe una norma que prevé la prestación que se solicita y la posición jurídica de su titular¹¹, así como el responsable del cumplimiento de la obligación objeto de protección.

3.6 No sólo el criterio jurisprudencial anterior refuerza la caracterización del derecho a la seguridad social como derecho fundamental. En efecto, como se señaló al comienzo, de conformidad con el artículo 48 de la Constitución, la seguridad social como sistema de protección y asistencia social, entre otros, se soporta sobre el principio de universalidad¹². De ahí que el argumento expuesto en la sentencia C-436 de 2008 sobre el carácter fundamental del derecho a la salud a partir del contenido de dicho principio, también pueda predicarse del derecho a la seguridad social:

“Del principio de universalidad en materia de salud se deriva primordialmente el entendimiento de esta Corte del derecho a la salud como un derecho fundamental, en cuanto el rasgo primordial de la fundamentabilidad de un derecho es su exigencia de universalidad, esto es, el hecho de ser un derecho predicable y reconocido para todas las personas sin excepción, en su calidad de tales, de seres humanos con dignidad.¹³”

3.7 Ahora bien, esta Corporación ha precisado que de conformidad con el artículo 86 de la Constitución y el numeral 1° del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, en virtud del principio de subsidiariedad¹⁴, la acción de tutela es improcedente para proteger el derecho fundamental a la seguridad social cuando su afectación se circunscribe al reconocimiento de prestaciones derivadas del sistema de pensiones¹⁵. Bajo este criterio, la jurisprudencia ha entendido que la acción de tutela no puede ser tramitada para decidir conflictos en esa materia¹⁶, pues con ese propósito el legislador dispuso los medios y recursos judiciales adecuados, así como las autoridades y jueces competentes. De ahí que, ante la existencia de medios ordinarios de defensa judicial, se debe concluir prima facie que no resulta imperiosa la intervención del juez constitucional¹⁷.

3.8 Sin embargo, desde sus primeras sentencias, la Corte ha estimado que dada la necesidad de garantizar la prevalencia de los derechos fundamentales, es posible identificar algunas excepciones a la subregla de la improcedencia¹⁸. En la sentencia T-414 de 2009, dichas excepciones fueron resumidas así:

“4.2.1 En primer lugar, la acción de tutela será procedente si no existe otro medio judicial de protección. Como se indicó, en principio, respecto de las prestaciones que se derivan del derecho a la seguridad social el legislador dispuso los medios y recursos judiciales adecuados, así como las autoridades y jueces competentes. Sin embargo, puede ocurrir que

aunque dicho medio exista, luego de analizar las circunstancias especiales que fundamentan el caso concreto se concluya que éste no es idóneo o eficaz para garantizar la protección constitucional reclamada, comprobación que da lugar a que la acción de tutela sea concedida como mecanismo definitivo¹⁹.

(...)

4.2.2 En segundo lugar, la jurisprudencia ha sostenido que la acción de tutela es procedente cuando a pesar de existir un medio ordinario de protección idóneo y eficaz, se hace necesario evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales del actor. En estos casos, dicha comprobación da lugar a que la acción de tutela sea concedida como mecanismo transitorio hasta tanto la jurisdicción competente resuelva el litigio²⁰. En todo caso, se debe tener en cuenta que “la Corte ha señalado que no existe la obligación de iniciar el proceso ordinario antes de acudir a la acción de tutela, basta que dicha posibilidad esté abierta al interponer la demanda de tutela, pues si el accionante ha dejado vencer la oportunidad para iniciar el trámite del proceso ordinario, la tutela no procede como mecanismo transitorio.²¹”²².

Al respecto, es menester considerar que las circunstancias especiales que dan lugar a la configuración de un perjuicio irremediable deben ser analizadas por el juez de tutela a la luz de las especificidades del caso concreto. Sin embargo, en concordancia con la jurisprudencia, el perjuicio irremediable debe ser inminente y grave y, en consecuencia, la protección invocada debe concederse de manera urgente e impostergable²³.

4.2.3 En tercer lugar, la Corte ha sostenido que para que la acción de tutela interpuesta con el objeto de obtener el reconocimiento de una pensión sea procedente y deba prosperar, “es necesario que la controversia planteada suponga un problema de relevancia constitucional”²⁴, es decir, que trascienda del ámbito de un conflicto del orden legal y tenga relación directa con el contenido normativo superior²⁵. De conformidad con la jurisprudencia, el reconocimiento de una pensión adquiere relevancia constitucional cuando: (i) del conjunto de condiciones objetivas en las cuales se encuentra el accionante, por ejemplo, su edad avanzada²⁶, su estado de salud, su precaria situación económica²⁷, se concluye que se encuentra en una circunstancia de debilidad manifiesta²⁸. En este punto, la relevancia constitucional se deriva de la necesidad de garantizar la efectividad del derecho a

la igualdad y el acceso al Sistema de Seguridad Social sin ningún tipo de discriminación²⁹; (ii) se verifica la grave afectación de otros de derechos fundamentales como la vida digna, la salud, el mínimo vital y el debido proceso³⁰. Sobra advertir que este criterio no puede ser confundido con el requisito de la conexidad, pues a la luz del carácter fundamental del derecho a la seguridad social, la comprobación de la afectación de otros derechos fundamentales refuerza la necesidad de conceder la protección invocada, más no constituye un criterio para examinar la procedibilidad de la acción de tutela. Por el contrario, este requisito debe ser entendido “en tanto enlace estrecho entre un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la acción de tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental.³¹”; y (iii) se constata la afectación de principios constitucionales como el principio de favorabilidad en la interpretación y aplicación de la ley, el principio de primacía de lo sustancial sobre lo formal y el principio de irrenunciabilidad de las prestaciones establecidas en las normas que dan contenido al derecho a la seguridad social³².

(...)

4.2.4 En cuarto lugar, esta Corporación ha afirmado que la acción de tutela procede cuando se encuentra debidamente probado que el accionante tiene derecho al reconocimiento de la pensión y, sin embargo, la entidad encargada, luego de la solicitud respectiva, no ha actuado en consecuencia³³. Así, para admitir la procedibilidad de la acción de tutela en estos casos, quien alega una vulneración de este derecho como consecuencia de la falta de reconocimiento de su pensión, debe acompañar su afirmación de alguna prueba, al menos sumaria, de la titularidad del derecho exigido y de que ha desplegado cierta actividad administrativa o judicial tendiente a obtener la protección de sus derechos -salvo que haya resultado imposible hacerlo por motivos ajenos a su voluntad-³⁴.” (Negrilla fuera del texto original).

3.9 En suma, el derecho a la seguridad es un derecho fundamental cuya efectividad y garantía se deriva de (i) su carácter irrenunciable, (ii) su reconocimiento como tal en los convenios y tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano en la materia y (iii) de su prestación como servicio público en concordancia con el principio de universalidad. Sin embargo, el carácter fundamental del derecho a la seguridad social no puede ser confundido con su aptitud de hacerse efectivo a través de la acción de tutela. En este sentido, la

protección del derecho fundamental a la seguridad social por vía de tutela solo tiene lugar cuando adquiere los rasgos de un derecho subjetivo; y cuando la acción satisface los requisitos de procedibilidad definidos por esta Corporación para el efecto.

4. Condiciones legales y jurisprudenciales para el traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima medida en el caso de los beneficiarios del régimen de transición.
Reiteración de jurisprudencia

4.1 En virtud de la Ley 100 de 1993, el sistema de pensiones en Colombia está constituido por dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten: el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad. En consideración del artículo 13 de dicha Ley, de manera general, el sistema en comento se caracteriza por la afiliación obligatoria para trabajadores dependientes e independientes; la elección libre y voluntaria de uno cualquiera de los regímenes indicados y la posibilidad de traslado entre ellos; el reconocimiento y pago de las pensiones de invalidez, de vejez y de sobrevivientes; y el deber de los trabajadores y empleadores de efectuar sus aportes.

4.2 Ahora bien, en atención a lo dispuesto en el artículo 31 de la citada Ley, en el régimen de prima media con prestación definida “Los aportes de los afiliados y sus rendimientos, constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas, (...)” Además, por expreso mandato legal, dicho régimen es administrado por el Instituto de Seguro Social³⁵, entidad que tiene bajo su responsabilidad el reconocimiento de las pensiones de invalidez, vejez y sobrevivientes, de conformidad con la edad y el número de semanas de cotización exigidas por la Ley para el efecto. Igualmente, tienen la administración de ese régimen “Las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, (...) respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquéllos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en esta Ley.³⁶”

Por su parte, el régimen de ahorro individual con solidaridad “está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros, la solidaridad a través de garantías de pensión mínima y aportes al Fondo de Solidaridad, y propende por la competencia entre las diferentes entidades administradoras del sector privado, sector

público y sector social solidario, que libremente escojan los afiliados.³⁷” Bajo este régimen, los afiliados acceden al reconocimiento y pago de las pensiones de vejez, de invalidez y de sobrevivientes, según los aportes realizados por ellos y sus empleadores, los rendimientos financieros del fondo, y de los subsidios del Estado, cuando a ellos hubiere lugar³⁸. Con ese propósito, una parte de dichos aportes “se capitalizará en la cuenta individual de ahorro pensional de cada afiliado, Otra parte se destinará al pago de primas de seguros para atender las pensiones de invalidez y de sobrevivientes y la asesoría para la contratación de la renta vitalicia, financiar el Fondo de Solidaridad Pensional y cubrir el costo de administración del Régimen.”

De esta manera, en el régimen de ahorro individual con solidaridad, dado que existe una relación directa entre el capital ahorrado y el monto de la pensión, a diferencia de lo que ocurre en el régimen de prima media, el valor de la pensión es variable y, particularmente para el caso de la pensión de vejez, su monto depende “de haber reunido en la cuenta individual el capital necesario para financiarla, sin que sea necesario el cumplimiento de una edad determinado o de un número mínimo de semanas cotizadas, (...).³⁹”

4.3 Con fundamento en lo expuesto, en varias oportunidades esta Corporación se ha pronunciado sobre el traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima medida en el caso de los beneficiarios del régimen de transición⁴⁰. Al respecto, ha precisado que en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, los requisitos relativos a la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio y el monto de la pensión de las personas que al 1° de abril de 1994 -fecha en que entró en vigencia el Sistema de Pensiones- tenían 35 o más años de edad en el caso de las mujeres, o 40 o más años de edad en el caso de los hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, serán los establecidos en el régimen anterior al previsto en la Ley 100 al cual se encuentren afiliados⁴¹.

4.4 En este sentido, esta Corporación ha sostenido que “existe vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y seguridad social, cuando, en perjuicio del principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, en un caso de reconocimiento de pensión de jubilación se desconocen, inaplican o se aplican parcialmente las normas del régimen que ampara a un trabajador que se encuentra cobijado por los supuestos de hecho que dispone el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.⁴²” En criterio de la Corte, el régimen de transición en

pensiones contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se fundamenta en la necesidad de garantizar la efectividad del principio de favorabilidad en la interpretación y aplicación de la ley laboral durante los cambios legislativos que se susciten en materia de seguridad social⁴³.

4.5 Sin embargo, en la sentencia T-618 de 2010, esta Corporación recordó que si bien los beneficiarios del régimen de transición tienen derecho a elegir el régimen pensional al cual desean afiliarse, así como a trasladarse entre ellos, “no puede perderse de vista que la escogencia del régimen de ahorro individual o el traslado que hagan al mismo, trae para ellos la consecuencia que consagra los incisos 4°⁴⁴ y 5°⁴⁵ del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, la pérdida de la protección del régimen de transición. Ello implica entonces que, para obtener el derecho a la pensión de vejez deben acreditar los requisitos que establece la Ley 100 de 1993 y no los de las normas anteriores, a pesar de ser más favorables para aquellos.”

En consecuencia, en la citada sentencia se advirtió que en el caso de las personas beneficiarias del régimen de transición, el traslado entre regímenes tiene importantes efectos sobre el disfrute del derecho a la pensión de vejez, ya que implica mayores exigencias para acceder al reconocimiento de esa prestación. Así, “El traslado deja de ser entonces una simple cuestión legal y adquiere una relevancia constitucional innegable por estar en juego un derecho fundamental.⁴⁶”

4.6 Bajo la comprensión del problema constitucional referido, a continuación se expone brevemente la manera en que esta Corporación ha abordado el tema del traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima medida en el caso de los beneficiarios del régimen de transición:

4.6.1 Mediante la sentencia C-789 de 2002, la Sala Plena de esta Corporación estudió la exequibilidad de los incisos 4 y 5 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que prevén la pérdida de los beneficios del régimen de transición en caso de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y de éste al de prima media con prestación definida.

Al resolver el problema jurídico planteado en los siguientes términos: “¿Es admisible constitucionalmente que el legislador imponga como requisito para aplicar el régimen de transición que las personas no renuncien al sistema de prima media con prestación

definida?"; esta Corporación afirmó que el derecho a obtener una pensión bajo la aplicación del régimen de transición no es un derecho adquirido sino una expectativa legítima a la que renunciaron voluntariamente quienes decidieron trasladarse del régimen de prima media al de ahorro individual. Empero, aclaró que el respaldo constitucional a los trabajadores impone un límite a la potestad del legislador para configurar el sistema de pensiones, al punto que la Ley 100 de 1993 no puede desconocer la protección debida a quienes al momento de su entrada en vigencia tenían más de quince años de servicios cotizados.

De acuerdo con lo dicho por la Corte en esa oportunidad, los argumentos anteriores se fundamentan en las siguientes razones:

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

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

El 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.”

Así, la Corporación precisó que la pérdida de los beneficios del régimen de transición en caso de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y de éste al de prima media con prestación definida, es una consecuencia que se aplica sólo a las mujeres y hombres que al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 tenían como mínimo 35 y 40 años de edad, respectivamente. O lo que es lo mismo, no se aplica a quienes tenían 15 años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994.

4.6.2 En la sentencia C-1024 de 2004, la Corte analizó la constitucionalidad de los artículos 2, 3 y 9 de la Ley 797 de 2003 “Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales.” Para el efecto, la Sala Plena de la Corporación se interrogó acerca de si varias restricciones relacionadas con el traslado entre regímenes y la afiliación al sistema de pensiones de los servidores públicos en cargos de carrera administrativa, transgredían la protección dada a los trabajadores en la Constitución.

Particularmente, la Corte estudió la restricción concerniente a la imposibilidad de trasladarse entre regímenes cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. Al respecto, aclaró que en atención a lo decidido en la sentencia C-789 de 2002 respecto de la exequibilidad de los incisos 4 y 5 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dicha restricción al derecho a elegir libre y voluntariamente uno cualquiera de los dos regímenes, se ajusta a la Constitución sólo “bajo el entendido que las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no se hayan regresado al régimen de prima media con prestación definida, pueden regresar a éste -en cualquier tiempo-, conforme a los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002.”

Para llegar a esa conclusión, la Corte planteó estos argumentos: (i) el derecho a la libre

elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley puede ser validamente condicionado por el Legislador; (ii) la medida demandada impide la descapitalización del fondo común del régimen de prima media con prestación definida y, en consecuencia, impide que una persona próxima a pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás afiliados; (iii) también impide que personas que no han contribuido a la rentabilidad de los rendimientos producidos por la administración de los fondos de pensiones, se beneficien del riesgo asumido por otros, o subsidiados a costa de los recursos ahorrados en el régimen de ahorro individual con solidaridad; y (iv) garantiza la sostenibilidad del sistema de pensiones y la intangibilidad de los recursos pensionales en ambos regímenes, de manera que coadyuva a preservar los recursos económicos que han de garantizar el pago futuro de las pensiones y el su reajuste periódico.

Entonces, en cumplimiento de la sentencia C-1024 de 2004, el afiliado al sistema de pensiones no podrá trasladarse de régimen cuando le falten 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, salvo que se trate de una persona que reúna las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no se haya regresado al régimen de prima media con prestación definida, pues en este caso puede regresar a éste en cualquier tiempo conforme a los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002.

4.6.3 Este tema también ha sido abordado por las salas de revisión de la Corte. En efecto, en la sentencia T-818 de 2007, la Sala Primera de Revisión analizó el caso de un ciudadano a quien la administradora de fondos de pensiones a la cual se encontraba afiliado negó su traslado al Instituto de Seguro Social. A juicio del actor, debido a que al 1° de abril de 1994 tenía más de 15 años de aportes al sistema de pensiones, tenía derecho a la aplicación del régimen de transición. Sin embargo, la administradora de fondos de pensiones accionada sostenía que dicha solicitud era improcedente, por cuanto según lo dispuesto en el Decreto 3800 de 2003 que reglamentó el literal e) del artículo 13 de ley 100 de 1993, el actor no satisfacía los requisitos definidos para el efecto.

En la citada sentencia, la Sala planteó las subreglas que a continuación se resumen:

1. En virtud del régimen de transición en materia pensional previsto en la Ley 100 de 1993, quienes satisfagan los requisitos exigidos en el artículo 36 de esa Ley relativos al tiempo de servicios y la edad, tienen derecho a obtener el reconocimiento de la pensión de vejez si cumplen las exigencias establecidas en el régimen pensional anterior al de Ley 100 al cual se encuentren afiliados.

2. Los beneficiarios del régimen de transición tienen derecho a trasladarse del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida en cualquier momento, siempre que al cambiarse de régimen nuevamente se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

3. A diferencia de lo estimado por esta Corporación en la sentencia C-789 de 2002, la Sala Primera consideró que el traslado entre los regímenes de pensiones no sólo se aplica a quienes tenían 15 años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia la ley 100 de 1993, sino también a los afiliados que satisfacían el requisito de la edad previsto para obtener los beneficios del régimen de transición.

En virtud de las razones referidas, la Sala concedió el amparo de los derechos invocados y ordenó a la AFP que procediera a autorizar el traspaso del accionante al Instituto de Seguro Social, así como el traslado a éste del ahorro efectuado por el actor al régimen de ahorro individual con solidaridad, al verificar que aunque el actor sólo había cotizado al sistema ocho años hasta el 1° de abril de 1994, para esa fecha tenía 41 años de edad y, en consecuencia, satisfacía el requisito de la edad previsto para obtener los beneficios del régimen de transición.

4.6.4 Ahora bien, dada la disparidad de criterios en la materia, en la sentencia SU-062 de 2010 la Corte sistematizó su jurisprudencia sobre este tema y definió los parámetros conforme a los cuales en sede de tutela se debe conceder el traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima medida en el caso de los beneficiarios del régimen de transición. Los parámetros anunciados pueden recapitularse así:

En primer lugar, la Sala Plena de esta Corporación afirmó que mediante el Decreto 3995 de 2008 se fijaron las reglas en cumplimiento de las cuales los afiliados al sistema de pensiones pueden escoger uno de los dos regímenes y trasladar allí el ahorro efectuado en el otro. Al respecto, explicó que en concordancia con su artículo 7, dicho decreto prevé que cuando se

realice traslado de recursos del régimen de ahorro individual al régimen de prima media se debe incluir lo que la persona ha aportado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima⁴⁷.

En atención a lo dispuesto en el decreto en comento, en segundo lugar, la Corte consideró necesario ajustar la jurisprudencia a los cambios legislativos y reiterar la ratio decidendi de las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004. Por ello, precisó:

“[A]lgunas de las personas amparadas por el régimen de transición pueden regresar, en cualquier tiempo, al régimen de prima media cuando previamente hayan elegido el régimen de ahorro individual o se hayan trasladado a él, con el fin de pensionarse de acuerdo a las normas anteriores a la ley 100 de 1993. Estas personas son las que cumplan los siguientes requisitos:

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

(ii) Trasladar al régimen de prima media todo el ahorro que hayan efectuado en el régimen de ahorro individual

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

En tercer lugar, con relación al último requisito, indicó que es probable que la imposibilidad de satisfacer la exigencia de la equivalencia del ahorro provenga de la diferencia en la rentabilidad que producen los dos regímenes pensionales sobre los dineros aportados por el afiliado. En esa medida, aclaró que aun en este supuesto debe concederse el traslado de los beneficiarios del régimen de transición del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, pues a la luz de lo decidido por la Corte en la sentencia C-030 de 200948, en ese caso corresponde ofrecerles a dichos beneficiarios “la posibilidad de que aporten, en un plazo razonable, el dinero correspondiente a la diferencia entre lo ahorrado en el régimen de ahorro individual y el monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.”

4.6.5 Recientemente, con base en las subreglas definidas en la sentencia SU-062 de 2010, esta Corporación ha resuelto en varios fallos el problema jurídico planteado en esta

sentencia⁴⁹. Así, por ejemplo, en la sentencia T-618 de 2010, la Sala Novena de Revisión estudió el caso de una ciudadana a quien la AFP a la que se encontraba afiliada había negado su traslado al Instituto de Seguro Social. De acuerdo con los antecedentes del caso, la actora estimaba que tenía derecho a obtener los beneficios del régimen de transición. Sin embargo, en el ISS le había indicado que le “faltaban menos de 10 años para cumplir la edad mínima, además que no acreditaba 15 años de cotización al 1° de abril de 1994”.

Luego de referirse a la jurisprudencia expuesta anteriormente, al abordar el caso concreto la Corte afirmó que la acción de tutela interpuesta era procedente, toda vez que “si bien la actora cuenta con otro mecanismo de defensa, cual es, acudir a la jurisdicción ordinaria laboral en procura de controvertir la negativa del traslado pensional, no lo es menos que ese mecanismo resulta ser dispendioso y poco efectivo para garantizar en forma inmediata el amparo de sus derechos (...)”. En relación con la falta de idoneidad de los mecanismos ordinarios de defensa judicial, se agregó: “probablemente, en el momento en el cual el juez laboral se disponga a decidir sobre la solicitud de traslado, la negará a causa de que el régimen de transición ya no estará vigente teniendo en cuenta que, en virtud del Acto Legislativo 01 de 2005, mediante el cual se reformó el artículo 48 Superior, se prescribió que éste expiraría el 31 de julio de 2010.”

Sobre este aspecto, se sostuvo:

“Si bien a la fecha de esta sentencia de tutela el plazo señalado ya se cumplió, lo cierto es que la solicitud inicial de traslado pensional data del año 2005 y la negligencia por parte de la administración en concederlo, no puede ser cargada ni lesionar los derechos que le asisten a la actora. Es más, conforme al párrafo transitorio 4° del artículo 48 de la Constitución, el cual fue incluido por el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, el régimen de transición se extiende por vía exceptiva hasta el año 2014 para los trabajadores que al 25 de julio de 2005 -fecha de publicación del A.L.-, tuviesen cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicio, situación que como se verá más adelante, supera con creces la señora Gloria Osorio Portela.”

Igualmente, precisó que aunque en aplicación de lo decidido por la Corte en la sentencia C-789 de 2002, la accionante no podía acceder al traslado de régimen con fundamento en su edad, sí podía hacerlo en virtud de sus más de 20 años de trabajo cotizados al sistema. Por

consiguiente, “la actora cumple con el requisito de tener mínimo 15 años de servicios cotizados a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, siendo éste un presupuesto indispensable para habilitar su regreso en cualquier momento al régimen de prima media con prestación definida.”

Con relación a los demás requisitos exigidos por la jurisprudencia para conceder el traspaso de régimen a los beneficiarios del régimen de transición, la Corte constató que la accionante no se había opuesto al traslado de sus aportes del régimen de ahorro individual al Instituto de Seguro Social. Así mismo, determinó que frente a la tercera condición, esta es, que el ahorro hecho en el régimen de ahorro individual no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubiere permanecido en el régimen de prima media, la Sala estimó que al no contar con los suficientes elementos de juicio para determinar si el ahorro hecho por la actora fue o no inferior al monto total del aporte legal correspondiente si hubiera permanecido afiliada al Instituto de Seguro Social, “corresponde a este Instituto y a la AFP BBVA Horizonte, en forma coordinada, verificar la satisfacción del mencionado requisito. Para tal efecto y solo en caso de hallar cumplido el requisito, la AFP deberá autorizar el traslado o, en caso contrario, le debe ofrecer a la accionante la posibilidad de aportar en un plazo razonable, el dinero correspondiente a la diferencia del aporte que debería tener en el régimen de prima media. Se reitera, la orden de traslado está supeditada a la confirmación del cumplimiento del requisito de equivalencia del ahorro porque el Decreto 3995 del 16 de octubre de 2008, así lo contempla.”

En consecuencia, la Corte revocó las sentencias de los jueces de instancia que negaron el amparo del derecho fundamental a la seguridad social de la accionante, y resolvió:

“Tercero: ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales y a la Administradora de Fondo de Pensiones BBVA Horizonte, que en el término de 8 días calendario contados a partir de la notificación de esta providencia, procedan a verificar, de forma coordinada, el cumplimiento por parte de la señora Gloria Osorio Portela del requisito de la equivalencia en el ahorro, teniendo en cuenta las consideraciones de esta providencia.

Cuarto: ORDENAR a la AFP BBVA Horizonte que, en caso de encontrar satisfecho el requisito de la equivalencia del ahorro, inicie los trámites pertinentes para trasladar al régimen de prima media, administrado por el Instituto de Seguros Sociales, la totalidad del ahorro efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad por la señora Gloria Osorio Portela, de conformidad con el artículo 7 del decreto 3995 de 2008, lo cual deberá cumplirse efectivamente en un término máximo de 15 días calendario.

Quinto: ORDENAR a la AFP BBVA Horizonte que, en caso de que la exigencia de la equivalencia del ahorro no sea cumplida por la accionante, le ofrezca la posibilidad de aportar, en un plazo razonable, el dinero correspondiente a la diferencia entre lo ahorrado en el régimen de ahorro individual y el monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media; al cabo de lo cual deberá iniciar los trámites pertinentes para trasladar al régimen de prima media, administrado por el Instituto de Seguros Sociales, la totalidad del ahorro efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad por la señora Gloria Osorio Portela y la diferencia aportada por la misma, de conformidad con el artículo 7 del decreto 3995 de 2008, lo cual deberá cumplirse efectivamente en un término máximo de 15 días calendario.”

4.7 En síntesis, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, en sede de tutela procede el traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima medida en el caso de los beneficiarios del régimen de transición, cuando se acrediten las siguientes condiciones: i) tener a 1° de abril de 1994, 15 años de servicios cotizados; (ii) trasladar al régimen de prima media todo el ahorro que se haya efectuado en el régimen de ahorro individual; y (iii) que el ahorro hecho en el régimen de ahorro individual no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que el afiliado hubiere permanecido en el régimen de prima media. De no cumplirse el tercer requisito, la AFP deberá ofrecer a su afiliado la posibilidad de aportar, en un plazo razonable, el dinero correspondiente a la diferencia entre lo ahorrado en el régimen de ahorro individual y el monto total del aporte legal correspondiente, de haber permanecido en el régimen de prima media.

5. Estudio del caso concreto

5.1 Con base en los fundamentos jurídicos desarrollados, en el presente caso corresponde a

la Sala determinar si el Instituto de Seguro Social y Porvenir S.A. vulneraron los derechos fundamentales de Rafael Antonio Ospina García, al negar su traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida.

5.2 De acuerdo con los antecedentes expuestos, el 1° de marzo de 1999 el actor efectuó su traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, se afilió al fondo de pensiones administrado por Porvenir S.A. Aunque desde noviembre de 2008 en varias oportunidades ha solicitado su traslado al régimen de prima media con prestación definida, el Instituto de Seguro Social le ha manifestado que dicha solicitud es improcedente, pues él no satisface los requisitos exigidos para obtener la aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

5.3 Ahora bien, en concordancia con las pruebas aportadas al presente trámite, esta Sala confirmará la sentencia de tutela mediante la cual se denegó el amparo invocado, por las siguientes razones:

Como se indicó, según lo definido para el efecto por esta Corporación en su jurisprudencia, las personas amparadas por el régimen de transición pueden regresar, en cualquier tiempo, al régimen de prima media cuando previamente hayan elegido el régimen de ahorro individual o se hayan trasladado a él, con el fin de pensionarse de acuerdo a las normas anteriores a la ley 100 de 1993, si satisfacen los siguientes requisitos: (i) tener, a 1° de abril de 1994, 15 años de servicios cotizados; (ii) trasladar al régimen de prima media todo el ahorro que hayan efectuado en el régimen de ahorro individual; y (iii) que el ahorro hecho en el régimen de ahorro individual no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.

Al verificar el cumplimiento de los requisitos en comento, esta Sala encuentra que el actor no satisface el primero de ellos, comoquiera según lo informado por Porvenir S.A. a la Corte Constitucional durante el trámite de revisión, a 1° de abril de 1994 el actor había cotizado en el régimen de prima media con prestación definida 250.57 semanas⁵⁰, es decir, aproximadamente 4.8 años de servicios.

En este sentido, esta Sala reitera que en atención a lo sostenido por la Corte Constitucional en la sentencia C-789 de 2002 al analizar la exequibilidad de los incisos 4 y 5 del artículo 36

de la Ley 100 de 1993, y en la sentencia SU-062 de 2010, la pérdida de los beneficios del régimen de transición en caso de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y de éste al de prima media con prestación definida, es una consecuencia que se aplica a las mujeres y hombres que al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 tenían 35 y 40 años de edad, respectivamente, y a quienes no tenían 15 años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994.

Así las cosas, dado que el actor no satisface el requisito en comento, esta Sala considera innecesario entrar a estudiar si es posible que se realice el traslado del ahorro efectuado por el accionante en el régimen de ahorro individual al régimen de prima media, y si el ahorro hecho en el régimen de ahorro individual no es inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que él hubiere permanecido en el régimen de prima media. Esto por cuanto, la verificación de esos supuestos solo produce efectos en sede de tutela si se acredita la satisfacción del requisito relativo a los 15 años de servicios cotizados a 1° de abril de 1994. Como se indicó en la sentencia T-618 de 2010, “éste un presupuesto indispensable para habilitar su regreso en cualquier momento al régimen de prima media con prestación definida.”

5.4 De esta manera, queda demostrado que el Instituto de Seguro Social y Porvenir S.A. no vulneraron los derechos fundamentales de Rafael Antonio Ospina García, al negar su traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida.

5.5 En consecuencia, se confirmará la sentencia de tutela proferida el 7 de julio de 2010 por el Juzgado Dieciséis Civil del Circuito de Bogotá, que negó el amparo de los derechos fundamentales del actor a la igualdad y a la seguridad social.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR la decisión adoptada el día siete (7) de julio de 2010 por el Juzgado

Dieciséis Civil del Circuito de Bogotá, mediante la cual se denegó el amparo invocado dentro del trámite de la acción de tutela instaurada por Rafael Antonio Ospina García contra el Instituto de Seguro Social y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Segundo.- DÉSE cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado Ponente

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 El interactivo es el medio electrónico de intercambio de información entre las sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda, de conformidad con el artículo 49 de Decreto 1748 de 1995.

2 Cfr. Artículo 365 de la Constitución Política. En atención a la sentencia C-623 de 2004, la seguridad social “cumple con los tres postulados básicos para categorizar a una actividad como de servicio público, ya que está encaminada a la satisfacción de necesidades de carácter general, exigiendo el acceso continuo, permanente y obligatorio de toda la colectividad a su prestación, y además, siendo necesario e indispensable para preservar la vigencia de las garantías fundamentales en el Estado Social de Derecho.”

3 Sobre el particular, en la citada sentencia, la Corte estableció que la seguridad social como derecho implica, de un lado, la posibilidad de exigir al Estado “la realización de un hecho positivo o negativo (...) consistente en dar, hacer o no hacer alguna cosa.”, y por otro, para su efectiva realización, “la sujeción a normas presupuestales, procesales y de organización, que lo hagan viable y, además, permitan mantener el equilibrio del sistema.”

4 Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, 1948. Véase también la Resolución 1591 (XXVIII-O/98) proferida por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en la tercera sesión plenaria, celebrada el 2 de junio de 1998.

5 Adicionalmente, se puede consultar el artículo 8 de la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que viven; el artículo 11, numeral 1, literal e de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (aprobada mediante la Ley 51 de 1981); y el Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo.

6 Aprobada el 23 de noviembre de 2007, en el 39° periodo de sesiones.

7 Al respecto, en la sentencia C-1141 de 2008, la Sala Plena de esta Corporación precisó: “[E]l derecho a la seguridad social, en la medida en que “es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana” (Observación general número 19) es un verdadero derecho fundamental cuyo desarrollo, si bien ha sido confiado a entidades específicas que participan en el sistema general de seguridad social fundado por la Ley 100 de 1993, encuentra una configuración normativa preestablecida en el texto constitucional (artículo 49 superior) y en los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad; cuerpos normativos que dan cuenta de una categoría iusfundamental íntimamente arraigada al principio de dignidad humana, razón por la cual su especificación en el nivel legislativo se encuentra sometida a contenidos sustanciales preestablecidos (sentencias T-658 y T-752 de 2008)” (Subraya fuera del texto original). Adicionalmente, se pueden consultar entre otras, las sentencias T-1213 de 2008, T-752 de 2008, T-729 de 2008, T-580 de 2007 y T-468 de 2007.

8 Se debe aclarar que desde sus primeras sentencias, esta Corporación sostuvo que dada su categoría de derecho prestacional y programático el derecho a la seguridad social sólo podía

ser considerado un derecho subjetivo de rango fundamental objeto de protección a través de la acción de tutela, en tres casos: (1) por la transmutación del derecho (sentencias T-662 de 2008, T-227 de 2003, SU-819 de 1999, T-042 de 1996 y T-207 de 1995); (2) por su conexidad con otro derecho fundamental, por ejemplo, con el derecho al mínimo vital (sentencias T-928 de 2008, T-239 de 2008, T-942 de 2007, T-871 de 2007, T-691 de 2006, T-919 de 2005 y T-790 de 2005); y (3) cuando su titular fuese un sujeto de especial protección constitucional (sentencias T-180 de 2009, T-952 de 2008, T-887 de 2007, T-826 de 2006 y T-776 de 2005).

9 Véase la sentencia T-730 de 2008.

10 Sobre el particular, véanse, entre otras, las sentencias T-1318 de 2005 y T-859 de 2003.

11 Véase la sentencia T-468 de 2007.

12 Igualmente, de acuerdo con el literal b del artículo 2 de la Ley 100 de 1993, el principio de universalidad hace referencia a “la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida”. Este criterio de fundamentalidad del derecho a la seguridad social a partir de los principios consagrados en el artículo 48 superior, se ve reforzado con el principio de Integralidad definido en el literal d del mismo artículo: “Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley;”.

13 Adicionalmente, en esa oportunidad, la Corte explicó: “Para la Sala es claro entonces que el principio de universalidad en salud conlleva un doble significado: respecto del sujeto y respecto del objeto del sistema general de salud. (i) Respeto del sujeto, esto es, del destinatario de la seguridad social en salud, el principio de universalidad implica que todas las personas habitantes del territorio nacional tienen que estar cubiertas, amparadas o protegidas en materia de salud. (ii) Respeto del objeto, esto es, la prestación de los servicios de salud en general, este principio implica que todos los servicios de salud, bien sea para la prevención o promoción de la salud, o bien para la protección o la recuperación de la misma; razón por la cual deben estar cubiertos todos estos servicios dentro de los riesgos derivados del aseguramiento en salud.”

14 Sobre el principio de subsidiariedad, véase la sentencia T-297 de 2009.

15 Se pueden consultar las sentencias T-015 de 2009, T-413 de 2008, T-184 de 2007, T-685 de 2006, T-973 de 2005, y T-425 de 2004.

16 Sentencias T-184 de 2007, T-848 de 2006, T-990 de 2005, T-917 de 2005 y T-627 de 2005.

17 Véase la sentencia T-658 de 2008.

18 Sentencias T-414 de 2009, T-457 de 2009, T-730 de 2008, T-610 de 2008 y T-249 de 2006.

19 Se pueden consultar las sentencias T-090 de 2009 y T-621 de 2006.

20 Véanse las sentencias T-174 de 2008, T-567 de 2007, T-529 de 2007, T-251 de 2007, T-857 de 2004, T-651 de 2004, T-169 de 2003 y T-631 de 2002.

21 Ver, entre otras, las sentencias T-871 de 1999, T-812 de 2000.

23 Sentencia T-225 de 1993.

24 Sentencia T-658 de 2008. Igualmente, véanse, entre otras, las sentencias T-217 de 2009, T-1030 de 2008, T-826 de 2008, T-108 de 2007.

25 En la sentencia T-335 de 2000, la Corte destacó: “[L]a definición de asuntos meramente legales o reglamentarios que no tengan una relación directa con los derechos fundamentales de las partes o que no revistan un interés constitucional claro, no puede ser planteada ante la jurisdicción constitucional.”

26 Al respecto, en la sentencia T-923 de 2008, se precisó: “No sobra aclarar que la condición de persona de la tercera edad no es, por sí sola, razón suficiente para definir la procedencia de la acción de tutela (Sentencia T-463 de 2003).”

27 Al respecto, en la sentencia T-1206 de 2005, la Corte señaló: “(...) en algunos casos las personas que no han recibido el pago de sus prestaciones formulan una negación indefinida en el sentido de no contar con recursos diferentes a la prestación económica adeudada para

su subsistencia. Ante esta situación, la Corte ha indicado que se invierte la carga de la prueba, correspondiendo en este caso a la entidad demandada demostrar lo contrario –art. 177 C.P.C.- pues de no hacerlo, se entenderá que el hecho al que se refiere la negación se encuentra plenamente probado”. En igual sentido, se pueden consultar las sentencias T-614 de 2007 y T-124 de 2007.

28 Sobre el particular, en la sentencia T-730 de 2008, la Corte afirmó: “[La] posibilidad de intervención [del juez de tutela] adquiere particular importancia en aquellas hipótesis en las cuales de conformidad con el mandato contenido en el artículo 13 superior, se requiera la adopción de medidas que tornen posible una igualdad real y efectiva, en especial cuando la protección se torne imperiosa en atención a las circunstancias de debilidad manifiesta de sujetos tradicionalmente discriminados o marginados en razón de su condición económica, física o mental.”

29 Cfr. Observación General No. 19 del CDESC: “De conformidad con el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto, los Estados Partes deben tomar medidas efectivas y revisarlas en caso necesario, hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para realizar plenamente el derecho de todas las personas, sin ningún tipo de discriminación, a la seguridad social, incluido el seguro social. La formulación del artículo 9 del Pacto indica que las medidas que se utilicen para proporcionar las prestaciones de seguridad social no pueden definirse de manera restrictiva y, en todo caso, deben garantizar a toda persona un disfrute mínimo de este derecho humano.”

30 Véanse las sentencias T-019 de 2009, T-524 de 2008 y T-920 de 2006.

31 Sentencia T-016 de 2007.

32 Véanse, por ejemplo, las sentencias T-997 de 2007, T-621 de 2006, T-169 de 2003, T-631 de 2002 y T-800 de 1999. Así, en la sentencia T-090 de 2009, este Tribunal concluyó: “La jurisprudencia constitucional ha reiterado, en numerosas ocasiones (Sentencias T-158 de 2006, T-871 de 2005 y T-545 de 2004), que la aplicación del principio constitucional de favorabilidad en la interpretación de las normas relativas a los requisitos para adquirir la pensión es obligatoria para las entidades del sistema de seguridad social, sean públicas o privadas, y para las autoridades judiciales, de forma tal que su omisión configura una vía de hecho que viola los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social.”

33 Véanse las sentencias T-019 de 2009, T-099 de 2009, T-752 de 2008, T-729 de 2008, T-702 de 2008, T-052 de 2008, T-597 de 2007, T-169 de 2003 y T-571 de 2002.

34 Sobre este aspecto se puede consultar las sentencias T-567 de 2007, T-529 de 2007 y T-432 de 2005.

35 Artículo 52, Ley 100 de 1993.

36 *Ibíd.*

37 La exequibilidad de esta disposición fue estudiada por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-086 de 2002.

38 Artículo 60, Ley 100 de 1993.

39 Sentencia SU-062 de 2010.

40 Sentencias T-618 de 2010, T-427 de 2010, T-320 de 2010 y SU-062 de 2010.

41 Sentencia T-414 de 2009.

42 Sentencia T-997 de 2007.

43 Sobre el principio de favorabilidad en materia laboral, véase la sentencia C-168 de 1995. Además, en la sentencia T-251 de 2007, la Corte advirtió: “En líneas generales, este precedente parte de considerar que la presencia en el sistema general de pensiones de un régimen de transición encuentra justificación constitucional en la necesidad de garantizar el principio de favorabilidad en materia laboral, al igual que los derechos adquiridos de los trabajadores. Desde esa perspectiva, para el caso de las personas que al momento de entrada en vigencia del sistema habían recorrido buena parte de su vida laboral, debía prodigarse un tratamiento distinto, exceptivo en relación con el principio de universalidad, que les permitiera acceder a la prestación económica en los términos y condiciones del régimen anterior al propuesto por la Ley 100 de 1993.”

44 Inciso 4°: “Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen de transición 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”.

45 Inciso 5°: “Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida”.

46 Sentencia SU-062 de 2010.

47 Sobre este aspecto, en la sentencia T-618 de 2010 se explicó que la sentencia SU-062 de 2010 abordó uno de los problemas detectados en la sentencia T-818 de 2007: “esa sentencia [T-818 de 2007] identificó un problema serio consistente en la imposibilidad de cumplir con el requisito de equivalencia en el 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. || Para contextualizar el problema, es necesario que esta Sala mencione que según el texto original del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, tanto en el ISS como en los fondos de pensiones, se destinaba el 3.5% de la cotización para pagar la pensión de invalidez, la pensión de sobreviviente y los gastos de administración del sistema, incluida la prima del reaseguro con el fondo de garantías, y el porcentaje restante se destinaba para el pago de la pensión de vejez. || Dicho artículo fue posteriormente modificado por el artículo 7° de la Ley 797 de 2003, el cual no cambió la distribución del aporte en el régimen de prima media con prestación definida, pero si lo hizo en el régimen de ahorro individual. Por consiguiente, a partir de la nueva Ley, en el último régimen en mención, el 1.5% de la cotización se destina al fondo de garantía de pensión mínima, mientras que en el régimen de prima media con prestación definida, ese 1.5% se abona para financiar la pensión de vejez del afiliado. Quiero ello decir que, siempre será mayor el porcentaje destinado para la pensión de vejez en el régimen de prima media que en el de ahorro individual. || Siendo consiente de la magnitud de ese problema, la Corte sostuvo 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”. En este sentido, en la sentencia SU-062 de 2010 se dijo: “El artículo 7 [del Decreto 3995 de 2008] soluciona el impedimento al que alude la sentencia T-818 de 2007 pues estipula que cuando se realice traslado de recursos del régimen de ahorro individual al régimen de prima

media se debe incluir lo que la persona ha aportado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Recuérdese que la imposibilidad de satisfacer la exigencia de equivalencia del ahorro provenía, precisamente, de que en el régimen de ahorro individual el afiliado destina 1.5% de su cotización mensual al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, mientras que en el régimen de prima media ese 1.5% se dedica, junto con otro porcentaje del aporte mensual, a financiar la pensión de vejez; pero si al trasladarse de régimen al afiliado le devuelven lo que ha contribuido al mencionado fondo, la distribución del aporte contemplada en la ley 797 de 2003 ya no obstaculiza el cumplimiento de la exigencia impuesta en la sentencia C-789 de 2002 por la Sala Plena.”

48 En esta sentencia, la Corte resolvió una demanda de inconstitucionalidad presentada contra algunos artículos del Decreto 2090 de 2003 y la Ley 860 de 2003. Los apartes demandados prevén que los servidores públicos que desarrollan actividades de alto riesgo y el personal del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS, deben trasladarse al régimen de prima media con prestación definida para que les sea aplicado el régimen pensional especial contenido en el Decreto 2090 de 2003 y en la Ley 860 de 2003, el cual es más favorable que el régimen pensional general. De acuerdo con las normas demandadas, el traslado debe efectuarse dentro de los tres meses siguientes a la entrada en vigencia de tales normas. Sobre el requisito de la equivalencia del ahorro, en esa oportunidad esta Corporación sostuvo: “es previsible que algunas personas que trataron de ejercer la opción de trasladarse del régimen de ahorro individual al de prima media para acceder a la pensión especial por actividades de alto riesgo, en el término de 3 meses previsto en las normas demandadas, no pudieron realizar el traslado debido a que se encontraron con el obstáculo de tener un ahorro en el régimen de ahorro individual inferior al monto del aporte legal correspondiente en el régimen de prima media. En razón a ello la opción para beneficiarse de la pensión especial sin tener que cumplir los términos de permanencia no fue realmente efectiva.|| La efectividad del derecho a cambiar de régimen pensional dentro del marco constitucional y legal vigente depende de que éste pueda ser ejercido sin trabas insalvables. 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. || Por lo tanto, con el fin de que se ejerza sin ningún obstáculo la opción de trasladarse de régimen y beneficiarse de la pensión especial por actividades de alto riesgo, es preciso que se restablezca el mismo plazo, es decir, tres meses a partir de la comunicación de la presente sentencia. De tal manera que la opción que se les otorgó a los trabajadores que se dedican a actividades de alto riesgo para acceder a la pensión especial resulte cierta, efectiva y respetuosa del derecho que tiene toda persona a cambiar de régimen pensional, dentro del marco constitucional y legal vigente. || En consecuencia, esta Corporación declarará exequible el término de 3 meses contemplado en las normas acusadas, en el entendido de que: a) el plazo de tres (3) meses se contará a partir de la comunicación de la presente sentencia; y b) la persona que ejerza la opción, puede aportar voluntariamente los recursos adicionales necesarios en el evento de que el ahorro en el régimen de ahorro individual con solidaridad sea inferior al monto del aporte legal correspondiente, en caso de que hubiere permanecido en el régimen de prima media, como se advirtió en la sentencia C-789 de 2002.”

50 Cfr. Folio 16, cuaderno 1.