COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia SU/062/10

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de unificación
Referencia	SU/062/10
Expediente	—
Fecha	1994-03-31
Sala	Sala Plena
Magistrado ponente	Dr HUMBERTO
Partes	los incisos 4 y 5 del artículo 36 de la ley 100 de 1993 antes transcritos. El

Temas que titula la Corte Constitucional

- Derecho A La Seguridad Social
- Derechos Fundamentales
- Regimenes Pensionales Creados Por La Ley 100 De 1993
- Regimen De Transicion
- Beneficiarios Del Regimen De Transicion
- Regimen De Transicion En Pensiones

Resumen del caso (según la propia sentencia)

De los derechos y otra – muy distinta – la posibilidad de hacerlos efectivos a través de la acción de tutela. Existen facetas prestacionales de los derechos fundamentales – sean éstos civiles, políticos, económicos, sociales o

Texto completo

SU062-10 Sentencia SU-062/10 Sentencia SU-062/10 DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL- Reiteración de jurisprudencia sobre el carácter de fundamental DERECHOS FUNDAMENTALES- Una cosa es su fundamentalidad y otra la posibilidad de hacerlos efectivos a través de la tutela Una cosa es la fundamentalidad de los derechos y otra – muy distinta – la posibilidad de hacerlos efectivos a través de la acción de tutela. Existen facetas prestacionales de los derechos fundamentales – sean éstos civiles, políticos, económicos, sociales o culturales. Esto supone que algunas veces sea necesario adoptar políticas legislativas y/o reglamentarias para determinar específicamente las prestaciones exigibles y las condiciones para acceder a las mismas, las instituciones obligadas a brindarlas y su forma de financiación, teniendo en cuenta que se debe atender, de modo prioritario, a quienes más lo necesitan. La necesidad del desarrollo político, reglamentario y técnico no determina que estos derechos pierdan su carácter fundamental, pero sí tiene repercusiones en la posibilidad de protegerlos mediante la acción de tutela pues la indeterminación de algunas de sus facetas prestacionales dificulta establecer con exactitud, en un caso concreto, quien es el sujeto obligado, quien es el titular y cual es el contenido prestacional constitucionalmente determinado. En este sentido, la Corte ha señalado que sólo una vez adoptadas las medidas de orden legislativo y reglamentario, si se cumplen los requisitos previstos en estos escenarios, las personas pueden, sin excepción, acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de estos derechos fundamentales cuando quiera que este se encuentre amenazado de vulneración o haya sido conculcado, previo análisis de los requisitos de procedibilidad de este mecanismo constitucional.

REGIMENES PENSIONALES CREADOS POR LA LEY 100 DE 1993- Aspectos generales REGIMEN DE TRANSICION- Alcance/ REGIMEN DE TRANSICION- Categorías de trabajadores que cubre REGIMEN DE TRANSICION- Relación con el derecho a la seguridad social y con la pensión La protección otorgada por el régimen de transición se conecta de forma inescindible con el derecho a la pensión de vejez y, por esta vía, con el derecho fundamental a la seguridad social pues establece unas condiciones más favorables para acceder al mismo en favor de algunas personas con el fin de no vulnerar mediante ley posterior una expectativa legítima.

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE EL TRASLADO DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL AL REGIMEN DE PRIMA MEDIA EN EL CASO DE BENEFICIARIOS DEL REGIMEN DE TRANSICION BENEFICIARIOS DEL REGIMEN DE TRANSICION- Pierden tal condición las categorías i) y ii) de mujeres mayores de 35 y hombres mayores de 40, si se afilian o se trasladan al régimen de ahorro individual Los beneficiarios del régimen de transición tienen libertad para escoger el régimen pensional al que se desean afiliar y también poseen la facultad de trasladarse entre ellos, pero la escogencia del régimen de ahorro individual o el traslado que hagan al mismo trae para ellos una consecuencia: la pérdida de la protección del régimen de transición. En ese sentido, estas personas, para pensionarse, deberán cumplir necesariamente con los requisitos de la ley 100 de 1993 según el régimen pensional que elijan y no podrán hacerlo de acuerdo con las normas anteriores, aunque les resulten más favorables. Es evidente que, en el caso de las personas amparadas por el régimen de transición, el efecto del traslado tiene importantes repercusiones en el goce del derecho a la pensión de vejez y, por tanto, en el derecho fundamental a la seguridad social, ya que hace más exigentes las condiciones para acceder a la prestación referida. El traslado deja de ser entonces una simple cuestión legal y adquiere una relevancia constitucional innegable por estar en juego un derecho fundamental. Aunque la Corte consideró acordes con la Constitución las disposiciones que prescriben que la protección de régimen de transición se extingue cuando la persona escoge el régimen de ahorro individual o se traslada a el, aclaró que las normas expresamente circunscriben tal consecuencia a sólo dos de los tres grupos de personas que ampara el régimen de transición: (i) mujeres mayores de treinta y cinco y (ii) los hombres mayores de cuarenta.

BENEFICIARIOS DEL REGIMEN DE TRANSICION- No pierden tal condición la categoría iii) referida a las personas que contaban con 15 años de servicios al 1 de abril de 1994 si se afilian o se trasladan al régimen de ahorro individual Las personas que contaban con quince años de servicios cotizados para el 1 de abril de 1994 no pierden los beneficios del régimen de transición al escoger el régimen de ahorro individual o al trasladarse al mismo, lo que se traduce en que, una vez hecho el traslado al régimen de prima media, pueden adquirir su derecho pensional de acuerdo a las normas anteriores a la ley 100 de 1993.

REGIMEN DE TRANSICION EN PENSIONES -Requisitos que debe cumplir la categoría iii) para pensionarse con dicho régimen así se afilien o trasladan al régimen de ahorro individual La Corte reconoce que resulta necesario señalar algunos requisitos para el evento en que las personas pertenecientes al grupo (iii) decidan trasladarse del régimen de ahorro individual al de prima media con el fin de pensionarse de acuerdo con el régimen de transición.

REGIMEN PENSIONAL- Prohibición de traslado cuando falten 10 años o menos para cumplir la edad requerida para la obtener la pensión de vejez DECRETO 3995 DE 2008- Solución en caso de multiafiliación pensional/ DECRETO 3995 DE 2008- Requisito de la equivalencia del ahorro TRASLADO DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL AL REGIMEN DE PRIMA MEDIA EN EL CASO DE BENEFICIARIOS DEL REGIMEN DE TRANSICION- No se puede negar el traspaso por incumplimiento del requisito de la equivalencia del ahorro sin darles la oportunidad de aportar el dinero en un tiempo razonable No se puede negar el traspaso a los beneficiarios del régimen de transición del régimen de ahorro individual al régimen de prima media por el incumplimiento del requisito de la equivalencia del ahorro sin antes ofrecerles 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.

ACCION DE TUTELA- Orden a los demandados para verificar en forma coordinada si el actor cumple con el requisito de la equivalencia del ahorro Se ordenará al Instituto de Seguros Sociales y a ING Pensiones y Cesantías que, en el término de ocho (8) días calendario contados a partir de la notificación de esta providencia, procedan a verificar, de forma coordinada, el cumplimiento por parte del actor del requisito de la equivalencia del ahorro, teniendo en cuenta las consideraciones vertidas en la presente sentencia. Así mismo, se le ordenará a ING Pensiones y Cesantías S.A. 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, lo cual deberá cumplirse efectivamente en un término máximo de quince (15) días calendario. También se le ordenará a ING Pensiones y Cesantías S.A. que, en caso de que la exigencia de la equivalencia del ahorro no sea cumplida por el actor, 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, lo cual deberá cumplirse efectivamente en un término máximo de quince (15) días calendario.

Referencia: expediente T-2021850 Acción de tutela instaurada por Javier de Jesús Taborda Quintero contra ING Pensiones y Cesantías y el Instituto de Seguros Sociales Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO Bogotá D.C., tres (3) de febrero de dos mil diez (2010). La Sala Plena de la Corte Constitucional en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, y en el artículo 54A del acuerdo 05 de 1992, ha proferido la siguiente SENTENCIA Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira -Sala de Asuntos Penales para Adolescentes- en la acción de tutela instaurada por Javier de Jesús Taborda Quintero contra ING Pensiones y Cesantías y el Instituto de Seguros Sociales.

I. ANTECEDENTES El pasado veintiuno (21) de abril de dos mil ocho (2008), el ciudadano Javier de Jesús Taborda Quintero interpuso acción de tutela solicitando el amparo de sus derechos fundamentales a la seguridad social, el cual, en su opinión, ha sido vulnerado por ING Pensiones y Cesantías.

De acuerdo con la solicitud de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, el accionante sustenta su pretensión en los siguientes Hechos 1.- Javier de Jesús Taborda Quintero, de 54 años, beneficiario del régimen de transición [1] , trabajó en el Servicio Seccional de Salud de Risaralda, en diferentes cargos, desde el 16 de mayo de 1975 hasta el 30 de junio de 1990 y desde el 18 de marzo de 1992 hasta el 31 de mayo de 1995, tiempo durante el cual hizo aportes para pensiones a la Caja Nacional de Previsión Social.

Específicamente, según la certificación expedida por la Secretaría de Salud de la Gobernación de Risaralda su historia laboral fue la siguiente:

“Del 16 de mayo de 1975 al 31 de enero de 1978 [trabajó] como vacunador en el Servicio Seccional de Salud de Risaralda NIT 800095657-8. Del 1 de febrero de 1978 al 31 de diciembre de 1979 [trabajó] como Auxiliar de Educación en el Municipio de La Celia NIT 800099124-2 Del 1 de enero de 1979 al 8 de octubre de 1981 [trabajó] como Asistente Administrativo en el Hospital de Balboa, NIT 891411665-4 Del 9 de octubre de 1981 al 30 de junio de 1990 [trabajó] como Asistente Administrativo en el Hospital de Dosquebradas NIT 891411663-0 Del 18 de marzo de 1992 al 31 de

mayo de 1995 [trabajó] como Jefe División Administrativa en el Servicio Seccional de Salud de Risaralda NIT 800095657-8 (…) El sistema general de pensiones entró en vigencia el 4 de abril de 1994, edad 55 años, tiempo de servicios 20 (…) Durante la vinculación con el Servicio Seccional de Salud de Risaralda el señor TABORDA QUINTERO aportó para pensiones a la Caja Nacional de Previsión Social NIT 800179581-9" (folio 7, cuaderno 2) .

2.- Desde el 19 de septiembre de 1995 hasta el 10 de noviembre de 2000, el actor efectuó cotizaciones para pensión al Instituto de Seguros Sociales, de forma más o menos continua, algunas veces como trabajador independiente y otras veces como empleado (folios 4 y 5, cuaderno 2).

3.- El 16 de enero de 2002, el peticionario se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad como afiliado al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir, momento el cual se desempeñaba como Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital San Pedro y San Pablo de La Virginia, Risaralda. El señor Taborda decidió cambiarse de fondo de pensiones el 1 de junio de 2006, fecha en la que se afilió a Pensiones y Cesantías Santander –hoy ING Pensiones y Cesantías S.A.- (folio 8, cuaderno 2).

4.- Según señala el actor, el 26 de marzo de 2007, mediante derecho de petición, solicitó al Instituto de Seguros Sociales su traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media debido a que está cobijado por el régimen de transición (folio 25, cuaderno 2).

5.- El 21 de agosto de 2007, Pensiones y Cesantías Santander –hoy ING Pensiones y Cesantías S.A.- rechazó el traslado del actor "por la causal próximo a pensionarse" , en otras palabras, porque el artículo 2 de la ley 797 de 2003 señala que las personas no pueden cambiarse de régimen pensional cuando les faltan menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, como es el caso del señor Taborda (folio 28, cuaderno 2). El ISS comunicó tal decisión al peticionario el 26 de agosto de 2007 (folios 25 y 26, cuaderno 2).

6.- En vista de esta situación, el accionante ese mismo día elevó un derecho de petición a Pensiones y Cesantías Santander –hoy ING Pensiones y Cesantías S.A.- en el que les pedía autorizar el traslado solicitado teniendo en cuenta que "de acuerdo a las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004 (…) las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición (…) pueden regresar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo" (folio 25, cuaderno 2).

7.- El 26 de septiembre de 2007, Pensiones y Cesantías Santander –hoy ING Pensiones y Cesantías S.A.- dio respuesta al derecho de petición del señor Taborda en los siguientes términos:

"(…) en cumplimiento de la normatividad de la sentencia C-789 de 2002, los afiliados que tuvieren más de 785 semanas cotizadas al 31 de marzo de 1994, fecha anterior al inició el (sic) régimen de ahorro individual, podrán trasladarse en cualquier momento al régimen de prima media. Así las cosas, si ésta sentencia aplica en su caso particular, es importante que nos remita los soportes emitidos por el Instituto de Seguro Social incluyendo la copia de la solicitud de traslado , donde conste ésta información, con el propósito de continuar con el proceso de traslado" (folio 28, cuaderno 2).

8.- El 7 de diciembre de 2007, el señor Taborda, mediante derecho de petición, pide a Pensiones y Cesantías Santander –hoy ING Pensiones y Cesantías S.A.- que le informe "si los aportes a mi nombre efectuados al fondo de pensiones (…) son iguales o superiores a los que hubiere producido en el ISS en el mismo período(…)".

De igual forma, solicita de nuevo el traslado de régimen pensional (folio 29, cuaderno 2). 9.- El 20 de diciembre de 2007, Pensiones y Cesantías Santander –hoy ING Pensiones y Cesantías S.A.- respondió el derecho de petición del señor Taborda de la siguiente forma:

"(…) para Santander es imposible determinar cual hubiera sido su rentabilidad en el ISS, en la medida en que en esta administradora la rentabilidad es proporcional a los saldos personales en razón de las cuentas individuales de ahorro,

régimen completamente diferente al de prima media del ISS donde existe un fondo común" (folio 32, cuaderno 2).

Respecto de la solicitud de traslado de régimen pensional agregó que "(…) para configurar un traslado es necesario cumplir con lo establecido en la Circular 019 de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera, donde se mencionan los requisitos para el diligenciamiento del formulario de vinculación (…) Sin embargo, le informamos los requisitos que la ley actual y la jurisprudencia le exige (sic) para efectuar el traslado los cuales son:

· Podrá trasladarse en cualquier tiempo si tiene cotizadas en el ISS al primero (1) de abril de 1994, setecientas ochenta y cinco (785) (sic) · El afiliado conserva el derecho a trasladarse de régimen siempre y cuando haya permanecido en el último régimen por lo menos cinco años contados a partir de la selección inicial o el último traslado válido y no le faltaren (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Teniendo en cuenta lo anterior, le informamos que el ISS es la entidad responsable de solicitar el traslado de su afiliación" (folio 33, cuaderno 2).

10.- El 9 de abril de 2008, ING Pensiones y Cesantías S.A.-antes Pensiones y Cesantías Santander – le envió un derecho de petición al ISS con el fin de que "se sirva a validar si el señor Taborda cumple con los requisitos necesarios para recuperar el régimen de transición" (folio 17, cuaderno 2). Dicha petición no ha sido respondida (folio 90, cuaderno 2).

11.- Aduce el peticionario que el hecho de que ING Pensiones y Cesantías le niegue el traslado de régimen pensional viola su derecho fundamental a la seguridad social pues contradice la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Señala que la Corte Constitucional, en las sentencias C-789 de 2002, C-1024 de 2004 y C-625 de 2007, indicó que las personas beneficiarias del régimen de transición, cuando previamente se hubieran trasladado el régimen de ahorro individual, tienen el derecho de regresar en cualquier tiempo al régimen de prima media con el fin de preservar la intangibilidad de su derecho a pensionarse conforme al régimen de transición (folios 37 a 39, cuaderno 2).

Solicitud de Tutela 12.- Con fundamento en los hechos narrados, el ciudadano Javier de Jesús Taborda Quintero solicitó la protección de su derecho fundamental a la seguridad social que considera ha sido vulnerado por la entidad demandada al negarse a permitir su traslado al régimen de prima media, administrado por el ISS. En consecuencia pide ordenar a ING Pensiones y Cesantías que autorice su traslado al régimen de prima media entregando todo el ahorro efectuado al régimen de ahorro individual (folio 16, cuaderno 2).

Respuesta de la entidad demandada 13.- ING Pensiones y Cesantías señaló que la negativa del traslado solicitado por el señor Taborda se debe a que "(…) el Instituto de Seguro Social no ha precisado que este traslado se realiza en aplicación de la sentencia C-789 de 2002 y C-1024 de 2004 (…)", a pesar de que se le envió un derecho de petición en este sentido, el cual no ha sido respondido .

Así mismo afirmó que, una vez analizada la parte motiva de las sentencias mencionadas, "(…) se puede colegir que el accionante cumple con los requisitos necesarios en aras de hacer eficaz el traslado con destino al Instituto de Seguro Social, en ese sentido, se concluye que las sentencias antes referidas habilitan el traslado y no lo limitan" (folio 88 y 90, cuaderno 2).

Finalmente, concluye que no ha violado ningún derecho fundamental ya que "(…) ha realizado las gestiones necesarias en aras de que se surta el traslado de régimen, no obstante y de acuerdo a la normatividad aplicable al caso concreto [se refiere a la circular 019 de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera] , no es posible adelantar acciones diferentes a las hechas, a este tenor el traslado depende única y exclusivamente del Instituto de Seguros Sociales" (folio 90, cuaderno 2) .

Por lo anterior, solicitó al juez de primera instancia vincular al proceso al Instituto de Seguros Sociales "(…) con el fin de que (…) peticione el traslado de acuerdo a la sentencia C- 789 de 2002 y 1024 de 2004 (…)" (folio 89, cuaderno 2).

14.- El Instituto de Seguros Sociales, mediante escrito recibido el 13 de mayo de 2008, señaló que "(…) para el análisis y aprobación del traslado se requiere de la participación de la última administradora de pensiones del régimen de ahorro individual (…)" , es decir, de ING Pensiones y Cesantías. Además, afirma, aunque no hay prueba de ello en el expediente, que "por lo anterior, (…) solicitó a la AFP Santander la certificación del detalle simulado del saldo en la Cuenta de Ahorro Individual con corte a la fecha de traslado al ISS, con el propósito de analizar si el caso del señor Taborda Quintero cumple con las condiciones exigidas por la sentencia C-1024, requisito indispensable para acceder al régimen de prima media con prestación definida" (folio 107, cuaderno 2).

Por último, informa que, según la Superintendencia Financiera, para que sea procedente el traslado solicitado, además de los requisitos de la sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, se deben cumplir con los señalados en el artículo 3 del Decreto 3800 de 2003, los cuales son:

"a) Al cambiarse nuevamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se traslade el saldo de la cuenta de ahorro individual del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y b) Dicho saldo no sea inferior al monto total del aporte legal para el riesgo de vejez, correspondiente en caso de que hubieren permanecido en el Régimen de Prima Media, incluyendo los rendimientos que se hubieran obtenido en este último" (folio 108, cuaderno 2).

Decisiones judiciales objeto de revisión Sentencia de primera instancia 15.- El Juzgado Primero Civil Municipal de Pereira vinculó como parte accionada al Instituto de Seguros Sociales, además en virtud de tal decisión, se declaró incompetente para seguir conociendo de la acción de tutela con fundamento en que, según el Decreto 1382 de 2000, son los jueces del circuito o con categoría de tales los que deben resolver, en primera instancia, las acciones de tutela que se dirijan contra una entidad del orden nacional, como lo es el Instituto de Seguros Sociales.

Con base en lo anterior, remitió el expediente a la oficina de apoyo judicial para que fuera repartido a los jueces del circuito o con categoría de tales (folios 95-97, cuaderno 2).

16.- El expediente fue remitido al Juzgado Segundo Penal para Adolescentes con Función de Conocimiento, quien concedió el amparo solicitado y ordenó al Instituto de Seguros Sociales –Seccional Risaralda- que, una vez obtenga la verificación positiva del régimen de transición emitida por la Vicepresidencia de Pensiones de esta entidad, acepte el traslado al régimen de prima media con prestación definida en un término no inferior a diez (10) días. Además, ordena a ING Pensiones y Cesantías que inicie inmediatamente las acciones legales o administrativas tendientes a obtener la respuesta del derecho de petición que elevó al Instituto de Seguros Sociales el 9 de abril de 2008. Lo anterior debido a que considera que es indispensable constatar que el señor Taborda está cobijado por el régimen de transición para proceder al traslado (folios 114-116, cuaderno 2).

Impugnación 17.- El actor impugnó el fallo de primera instancia con el argumento de que, con base en las pruebas aportadas al proceso, es evidente que es beneficiario del régimen de transición por lo que resulta innecesario someter el traslado a una decisión del Instituto de Seguros Sociales y lo que procede es ordenar directamente lo solicitado, como lo ha hecho la Corte Constitucional en varias sentencias (folios 120-122, cuaderno 2).

Sentencia de segunda instancia 18. La Sala Primera de Asuntos Penales para Adolescentes de Pereira revocó la decisión de primera instancia para en su lugar negar el amparo solicitado con fundamento en que el derecho a la libertad de elección de régimen pensional es un derecho de rango legal no susceptible de protección mediante la acción de tutela, que está reservada para la garantía de los derechos constitucionales fundamentales. Adicionalmente, considera el juez de segunda instancia que el actor cuenta con otro medio de defensa judicial ante la jurisdicción laboral y que no es procedente conceder la tutela como mecanismo transitorio pues no se acreditó un perjuicio irremediable (folios 6-10, cuaderno 3).

La nulidad de la sentencia dictada por la Sala Octava de Revisión 19.- La Sala Octava de Revisión, mediante providencia de dieciocho (18) de marzo de dos mil nueve (2009), decidió conceder el amparo del derecho fundamental a la seguridad social de Javier de Jesús Taborda Quintero. En consecuencia, ordenó a ING Pensiones y Cesantías que (i) procediera a autorizar, previa verificación de los requisitos, el traspaso del actor al régimen de prima media administrado por el Seguro Social, teniendo en cuenta las consideraciones vertidas en la sentencia e (ii) iniciara los trámites pertinentes para trasladar la totalidad del ahorro efectuado por el mismo en el régimen de ahorro individual con solidaridad al Seguro Social. Además, advirtió al Instituto de Seguros Sociales que debía abstenerse de impedir el traslado del peticionario de conformidad con la parte motiva de la sentencia.

20.- El dos (2) de junio de dos mil nueve (2009), el Instituto de Seguros Sociales presentó solicitud de nulidad de la mencionada sentencia con el argumento de que mediante la misma se modificaba la jurisprudencia de la Sala Plena de la Corporación en contravía de lo dispuesto por el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991 que prescribe que tal cambio debe ser decido por ésta última.

En concreto, sostuvo que la Sala Plena de la Corte Constitucional mediante la sentencia C-789 de 2002, reiterada por la sentencia C-1024 de 2004, indicó que las personas que contaban con quince años de servicios cotizados para el 1 de abril de 1994 no pierden los beneficios del régimen de transición al escoger el régimen de ahorro individual o al trasladarse al mismo, lo que se traduce en que, una vez hecho el regreso al régimen de prima media, pueden adquirir su derecho pensional de acuerdo a las normas anteriores a la ley 100 de 1993. Pero, en la parte resolutiva, fijó algunos requisitos para el evento en que tales personas decidieran regresar al régimen de prima media con el fin de pensionarse de acuerdo con el régimen de transición. Estos fueron: a) Que al cambiarse nuevamente al régimen de prima media, se traslade todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y b) Que dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media (equivalencia en el ahorro).

En este orden de ideas, aseveró el solicitante que en la sentencia dictada por la Sala Octava de Revisión en el asunto de la referencia se había modificado la postura explicada pues se había señalado que el segundo de los requisitos impuestos por la Sala Plena en la sentencia C-789 de 2002 no se podía exigir por ser de imposible cumplimiento. La razón para ello estribaba en un cambio normativo sucedido con posterioridad a la sentencia C-789 de 2002, ya que la ley 797 de 2003 dispuso que en el régimen de ahorro individual el afiliado destinaría 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 dedicaría, junto con otro porcentaje del aporte mensual, a financiar la pensión de vejez, lo que derivaría en que siempre sería mayor el porcentaje destinado para la pensión de vejez en el régimen de prima media que en el de ahorro individual y, por tanto, nunca habría equivalencia en el ahorro. Frente a ello, argumentó el solicitante que el artículo 7 del decreto 3995 de 2008 prescribió 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 y que ello hacía posible la satisfacción de la exigencia de equivalencia en el ahorro.

21.- El 27 de enero de dos mil diez (2010), la Sala Plena decidió conceder la nulidad solicitada y ordenó proferir una nueva sentencia en reemplazo de la anulada, asumiendo ella misma el conocimiento del expediente de la referencia de conformidad con el artículo 54A del acuerdo 05 de 1992 .

Consideró la Corte que, debido a la prescripción contenida en el decreto 3995 de 2008, la cual permite el cumplimiento de la exigencia impuesta por la Sala Plena en la sentencia C-789 de 2002, no existía razón para que la sentencia dictada por la Sala Octava de Revisión sostuviera la tesis según la cual es imposible observar el requisito de equivalencia del ahorro. Afirmó que el hecho de no tener como elemento del juicio el decreto 3995 de 2008 había conducido a una modificación involuntaria pero sin justificación de la jurisprudencia sentada por la Sala Plena por parte de una Sala de

Revisión y, por tanto, una violación al debido proceso por falta de competencia que da lugar a nulidad pues según el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991 todo cambio de jurisprudencia debe ser decido por la Sala Plena.

Por último, afirmó que si bien el decreto 3995 del 16 de octubre de 2008 no existía en el momento en el que el actor efectuó su solicitud de traslado al Instituto de Seguros Sociales y en el momento en el que se estudió su procedencia por parte del Instituto de Seguros Sociales y de ING Pensiones y Cesantías, sus prescripciones tenían incidencia directa en la parte resolutiva de la providencia que se anuló pues en la sentencia de reemplazo se debería considerar si el mismo resulta aplicable al caso del peticionario y, en caso afirmativo, la orden de traslado del señor Javier de Jesús Taborda Quintero estaría supeditada a la confirmación de que el ahorro que realizó durante el tiempo que estuvo afiliado en el régimen de ahorro individual no es inferior al que hubiera hecho si hubiera permanecido en el régimen de prima media.

En vista de lo anterior, se procede a expedir la presente sentencia de reemplazo. II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS Competencia 1.- Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

Problema jurídico 2.- En atención a lo expuesto, esta Sala de Revisión debe determinar si el Instituto de Seguros Sociales e ING Pensiones y Cesantías vulneraron el derecho fundamental a la seguridad social del peticionario al negarse a autorizar su traslado del régimen de ahorro individual al de prima media.

3.- A fin de resolver el asunto, la Sala se pronunciará sobre los siguientes tópicos: (i) la seguridad social como derecho constitucional fundamental y su protección por medio de la acción de tutela, (ii) aspectos generales de los regímenes pensionales creados por la ley 100 de 1993, (iii) el régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993 y su relación con el derecho a la seguridad social, (iv) la jurisprudencia constitucional sobre el traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media en el caso de los beneficiarios del régimen de transición, (v) el decreto 3995 de 2008, el requisito de la equivalencia del ahorro y las posibilidades ante su incumplimiento y (vi) el caso concreto.

La seguridad social como derecho constitucional fundamental y su protección por medio de la acción de tutela 4.- La seguridad social se erige en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho constitucional a cuyo cumplimiento se compromete el Estado, según se sigue de la lectura del artículo 48 superior, el cual prescribe lo siguiente: “ Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social ” [2] .

La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho a la seguridad social se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional pues son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social [3] .

El artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona afirma que: “Artículo XVI. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.

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

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

De la lectura de las normas transcritas se deduce que el derecho a la seguridad social protege a las personas que están en imposibilidad física o mental para obtener los medios de subsistencia que le permitan llevar una vida digna a causa de la vejez, del desempleo o de una enfermedad o incapacidad laboral. El derecho a la pensión de vejez es uno de los mecanismos que, en virtud del derecho a la seguridad social, protege a las personas cuando su vejez produce una esperable disminución de la producción laboral lo que les dificulta o impide obtener los recursos para disfrutar de una vida digna [4] .

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

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

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

Sin embargo, desde muy temprano, el Tribunal Constitucional colombiano admitió que los derechos sociales, económicos y culturales, llamados también de segunda generación, podían ser amparados por vía de tutela cuando se lograba demostrar un nexo inescindible entre estos derechos de orden prestacional y un derecho fundamental, lo que se denominó “tesis de la conexidad” [6] .

7.- Otra corriente doctrinal ha mostrado, entretanto, que los derechos civiles y políticos así como los derechos sociales, económicos y culturales son derechos fundamentales que implican obligaciones de carácter negativo como de índole positiva [7] .

El Estado ha de abstenerse de realizar acciones orientadas a desconocer estos derechos (deberes negativos del Estado) y con el fin de lograr la plena realización en la práctica de todos estos derechos – políticos, civiles, sociales, económicos y culturales – es preciso, también, que el Estado adopte un conjunto de medidas y despliegue actividades que implican exigencias de orden prestacional (deberes positivos del Estado).

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

8.- Es por ello que en pronunciamientos más recientes esta Corte ha señalado que todos los derechos constitucionales son fundamentales [8] pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en

normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención). Significan, de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios – económicos y educativos - indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar. De ahí el matiz activo del papel del Estado en la consecución de un mayor grado de libertad, en especial, a favor de aquellas personas ubicadas en una situación de desventaja social, económica y educativa.

Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter positivo o de acción).

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

Existen facetas prestacionales de los derechos fundamentales – sean éstos civiles, políticos, económicos, sociales o culturales -, como el derecho a la pensión de vejez, cuya implementación política, legislativa, económica y técnica es más exigente que la de otras y depende de fuertes erogaciones económicas en un contexto de escasez de recursos. Esto supone que algunas veces sea necesario adoptar políticas legislativas y/o reglamentarias para determinar específicamente las prestaciones exigibles y las condiciones para acceder a las mismas, las instituciones obligadas a brindarlas y su forma de financiación, teniendo en cuenta que se debe atender, de modo prioritario, a quienes más lo necesitan.

Sobra decir que, en esta tarea, el legislador y la administración deben respetar los mandatos constitucionales y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad, para lo cual deben tener en cuenta las interpretaciones que los órganos autorizados han hecho sobre el alcance de los derechos que reconocen estas normas [9] .

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

En este sentido, la Corte ha señalado que sólo una vez adoptadas las medidas de orden legislativo y reglamentario , si se cumplen los requisitos previstos en estos escenarios, las personas pueden, sin excepción, acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de estos derechos fundamentales cuando quiera que este se encuentre amenazado de vulneración o haya sido conculcado [10] , previo análisis de los requisitos de procedibilidad de este mecanismo constitucional.

La anterior regla tiene una excepción, pues también ha indicado la Corte que ante la renuencia de las instancias políticas y administrativas competentes en adoptar e implementar medidas orientadas a realizar estos derechos fundamentales en la práctica, los jueces pueden hacer efectivo su ejercicio por vía de tutela cuando la omisión de las autoridades públicas termina por desconocer por entero la conexión existente entre la falta de protección de los derechos fundamentales y la posibilidad de llevar una vida digna y de calidad, especialmente de sujetos de especial protección o, en general, de personas colocadas en situación evidente de indefensión [11] .

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

Aspectos generales de los regímenes pensionales creados por la ley 100 de 1993 11.- A través de la ley 100 de 1993, el legislador creó el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y estableció dos regímenes de pensiones excluyentes que coexisten: el régimen solidario de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad [12] . Aunque la afiliación a cualquiera de estos regímenes es obligatoria, la selección de uno de estos sistemas es libre [13] y, una vez hecha la selección inicial, los afiliados tienen la posibilidad de trasladarse de un régimen pensional a otro, con el cumplimiento de las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 [14] .

12.- Según el artículo 31 de la Ley 100 de 1993 el régimen solidario de prima media con prestación definida es " aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas ". En este régimen los aportes de los afiliados y sus rendimientos constituyen " un fondo común de naturaleza pública ", que garantiza el pago de las prestaciones a quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la ley [15] .

Las personas afiliadas a este régimen obtendrán el derecho a la pensión de vejez, previamente establecida por la ley, cuando cumplan con los requisitos legales de edad y semanas de cotización.

Su administración corresponde al Instituto de Seguros Sociales y a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado existentes al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 mientras subsistan [16] .

13.- A su turno, de conformidad con el inciso primero del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el régimen de ahorro individual con solidaridad " es el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados ". En este régimen los aportes no ingresan a un fondo común como en el régimen de prima media, sino que son depositados en una cuenta individual de ahorro pensional constituida a título personal [17] . Por lo anterior, existe una relación directa entre el capital ahorrado en la cuenta individual de los afiliados y la pensión, lo cual determina que el valor de la pensión sea variable y no previamente definido como en el régimen de prima media. El sistema garantiza la pensión de vejez únicamente a condición de haber reunido en la cuenta individual el capital necesario para financiarla, sin que sea necesario el cumplimiento de una edad determinada o de un número mínimo de semanas de cotización, requisitos propios del sistema de prima media con prestación definida [18] .

El conjunto de cuentas de ahorro pensional conforman un fondo de pensiones que es administrado por entidades privadas especializadas que hacen parte del sistema financiero, y que están sometidas a inspección y vigilancia del Estado [19] .

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

El régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993 y su relación con el derecho a la seguridad social 15.- El artículo 36 de la ley 100 de 1993 previó un régimen de transición para aquéllas personas que en el momento de su entrada en vigencia estaban próximas a cumplir los requisitos de la pensión de vejez. Este consiste en que se les permite pensionarse con el cumplimiento de los requisitos que prescribían las normas anteriores a la ley 100 de 1993. El régimen de transición tiene entonces el fin de no frustrarles a estas personas la expectativa de adquirir la pensión de vejez, pues la ley 100 de 1993 exige mayores requisitos para acceder a tal derecho.

16.- El legislador previó el régimen de transición en favor de tres categorías de trabajadores. En primer lugar, los hombres que tuvieran más de cuarenta años; en segundo lugar, las mujeres mayores de treinta y cinco y; en tercer lugar,

los hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados; requisitos que debían cumplir al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones (1 de abril de 1994). Concretamente, dice el artículo 36 de la ley 100 de 1993:

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

17.- Como se puede ver, la protección otorgada por el régimen de transición se conecta de forma inescindible con el derecho a la pensión de vejez y, por esta vía, con el derecho fundamental a la seguridad social pues establece unas condiciones más favorables para acceder al mismo en favor de algunas personas con el fin de no vulnerar mediante ley posterior una expectativa legítima.

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

Jurisprudencia constitucional sobre el traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima medida en el caso de los beneficiarios del régimen de transición 18.- El tema de la posibilidad de traslado entre regímenes pensionales presenta particularidades importantes en el caso de las personas beneficiarias del régimen de transición pues, según el artículo 36 (incisos 4 y 5) de la ley 100 de 1993, la protección que otorga éste último se extingue cuando se escoge, inicialmente o por traslado, el régimen de ahorro individual, lo cual quiere decir que no se recupera por el ulterior cambio que se haga al régimen de prima media. Dice la disposición mencionada:

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

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

En otras palabras, los beneficiarios del régimen de transición tienen libertad para escoger el régimen pensional al que se desean afiliar y también poseen la facultad de trasladarse entre ellos, pero la escogencia del régimen de ahorro individual o el traslado que hagan al mismo trae para ellos una consecuencia: la pérdida de la protección del régimen de transición. En ese sentido, estas personas, para pensionarse, deberán cumplir necesariamente con los requisitos de la ley 100 de 1993 según el régimen pensional que elijan y no podrán hacerlo de acuerdo con las normas anteriores, aunque les resulten más favorables.

Es evidente que, en el caso de las personas amparadas por el régimen de transición, el efecto del traslado tiene importantes repercusiones en el goce del derecho a la pensión de vejez y, por tanto, en el derecho fundamental a la seguridad social, ya que hace más exigentes las condiciones para acceder a la prestación referida. El traslado deja de ser

entonces una simple cuestión legal y adquiere una relevancia constitucional innegable por estar en juego un derecho fundamental.

Esta Corporación ha emitido varias sentencias acerca de esta situación. 19.- La primera vez en la cual se pronunció al respecto fue en la sentencia C-789 de 2002, con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad contra los incisos 4 y 5 del artículo 36 de la ley 100 de 1993 antes transcritos. El demandante argumentaba, básicamente, que tales normas eran contrarias a la Carta Política porque (i) vulneraban el artículo 58 al despojar a las personas del derecho adquirido consistente en pensionarse de acuerdo al régimen de transición y (ii) atentaban contra el artículo 53 al permitir que los trabajadores beneficiados con el régimen de transición renunciaran al mismo al afiliarse o trasladarse al régimen de ahorro individual.

La Sala Plena consideró que las disposiciones demandadas se ajustaban a la Constitución puesto que, en primer lugar, el derecho a obtener una pensión de acuerdo con el régimen de transición no es un derecho adquirido sino "apenas una expectativa legítima, a la cual decidieron renunciar voluntaria y autónomamente, para trasladarse al sistema de ahorro individual con solidaridad".

En segundo lugar, indicó que ni siquiera puede afirmarse que las normas acusadas frustren tal expectativa ya que sólo "se podría hablar de una frustración de la expectativa a pensionarse en determinadas condiciones y de un desconocimiento del trabajo de quienes se trasladaron al sistema de ahorro individual, si la condición no se hubiera impuesto en la Ley 100 de 1993, sino en un tránsito legislativo posterior, y tales personas se hubieran trasladado antes del tránsito legislativo".

Por último, precisó que "la protección constitucional a favor del trabajador, que le impide al legislador expedir normas que les permitan renunciar a ciertos beneficios considerados como mínimos no se refiere a las expectativas legítimas, sino a aquellos derechos que hayan sido adquiridos por sus titulares o a aquellas situaciones que se hayan consolidado definitivamente en cabeza de sus titulares" , razón por la cual tal prohibición no aplica en este caso al tratarse de expectativas legítimas y no de derechos adquiridos.

A pesar de lo anterior, la Corte hizo una aclaración respecto de la interpretación de las disposiciones demandadas, la cual incluyó en la parte resolutiva de la sentencia. Por su importancia para la resolución del caso concreto, se transcribirá in extenso:

"(…)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.

Conforme al principio de proporcionalidad, el legislador no puede transformar de manera arbitraria las expectativas legítimas que tienen los trabajadores respecto de las condiciones en las cuales aspiran a recibir su pensión, como resultado de su trabajo. Se estaría desconociendo la protección que recibe el trabajo, como valor fundamental del Estado (C.N.

preámbulo, art. 1º), y como derecho-deber (C.N. art. 25). Por lo tanto, resultaría contrario a este principio de proporcionalidad, y violatorio del reconocimiento constitucional del trabajo, que quienes han cumplido con el 75% o más del tiempo de trabajo necesario para acceder a la pensión a la entrada en vigencia del sistema de pensiones, conforme al artículo 151 de la Ley 100 de 1993 (abril 1º de 1994), terminen perdiendo las condiciones en las que aspiraban a recibir su pensión" (subrayado fuera del texto original).

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

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

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

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

a) Al cambiarse nuevamente al régimen de prima media, se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y b) Dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.

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

20.- La segunda oportunidad en la cual la Corte Constitucional abordó el tema del traslado entre regímenes pensionales en el caso de las personas beneficiadas con el régimen de transición fue en la sentencia C-1024 de 2004, con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993.

Originalmente, esta última norma prescribía que los afiliados al sistema de seguridad social en pensiones sólo podían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres años, contados a partir de la selección inicial. El artículo 2 de la ley 797 de 2003 modificó la disposición mencionada y aumentó el período que deben esperar los afiliados para cambiarse de

régimen pensional a cinco años. Además, incluyó una prohibición: el afiliado no podrá trasladarse cuando le falten diez años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Prohibición que empezó a regir un año después de la entrada en vigencia de la ley 797 de 2003. Como se puede ver, la modificación no se refiere específicamente al caso de las personas cobijadas por el régimen de transición pero, indirectamente, regula su situación pues ni ellos ni los demás afiliados podrán trasladarse de régimen cuando les falten 10 años o menos para cumplir edad que requieren para adquirir la pensión de vejez. En el caso de las personas del grupo (iii) el cambio normativo se traduciría en que no podrían trasladarse del régimen de ahorro individual al de prima media para hacer uso de los beneficios del régimen de transición, en los términos de la sentencia C-789 de 2002, cuando les falten 10 años o menos para llegar a la edad exigida para la pensión de vejez.

Esta Corporación, en la sentencia C-1024 de 2004, se pronunció a favor de la constitucionalidad de la norma acusada al considerarla una medida adecuada, proporcionada y necesaria que busca un fin constitucionalmente legítimo.

Concretamente, respecto de los objetivos que busca la limitación al cambio de régimen, dijo esta Corporación: (…) el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (…) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas.

Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (…) Por otra parte, el período de permanencia previsto en la ley, de igual manera permite defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues como previamente se expuso, se aparta del valor material de la justicia que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad a partir de los rendimientos producidos por la administración de los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiados del riesgo asumido por otros (C.P. preámbulo y art.

1°), o eventualmente, subsidiados a costa de los recursos ahorrados con fundamento en el aporte obligatorio que deben realizar los afiliados al Régimen de Ahorro Individual, para garantizar el pago de la garantía de la pensión mínima de vejez cuando no alcanzan el monto de capitalización requerida, poniendo en riesgo la cobertura universal del sistema para los ahorradores de cuentas individuales".

A pesar de lo anterior, esta Corte indicó que siendo el derecho al régimen de transición un derecho adquirido la norma demandada no podía desconocer a las personas del grupo (iii) la posibilidad de " retornar en cualquier tiempo al régimen de prima media con prestación definida y, por lo mismo, hacer efectivo su derecho pensional con fundamento en las disposiciones que le resulten más benéficas", con el cumplimiento de los requisitos que en la sentencia C-789 de 2002 había mencionado.

Con base en la sentencia C-754 de 2004, la Corte precisó que si bien en la sentencia C-789 de 2003 había señalado que no existía propiamente un derecho adquirido a ingresar al régimen de transición, pues si el legislador cambia las condiciones en que se puede ingresar al régimen de transición únicamente modifica meras expectativas, esto no significa que las condiciones para continuar en él sí puedan ser cambiadas una vez cumplidos los supuestos normativos en él señalados, pues las personas cobijadas por dicho régimen tienen derecho a que se les respeten las condiciones en él establecidas.

En vista de lo anterior, esta Corporación incluyó un condicionamiento en la parte resolutiva en los siguientes términos: "Declarar EXEQUIBLE el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en el siguiente aparte previsto en el literal e), a saber: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; (...)", exclusivamente por el cargo analizado en esta oportunidad y 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".

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

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

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

Ante esta situación, la Corte afirmó, en la sentencia T-818 de 2007, que "la exigencia de condiciones imposibles (…) para ejercer el derecho de las personas que, pueden cambiar de régimen aún faltándoles menos de diez años para obtener el derecho de pensión, es a todas luces inconstitucional. No se puede condicionar la realización del derecho a la libre escogencia de régimen pensional mediante elementos que hagan imposible su ejercicio".

Con base en esta argumentación, se reconoció, en el caso concreto, el derecho del peticionario a trasladarse de régimen, aun en ausencia del cumplimiento de uno de los requisitos que había señalado la sentencia C-789 de 2002.

El decreto 3995 de 2008, el requisito de la equivalencia del ahorro y las opciones ante su incumplimiento 22.- Observa la Sala que el problema detectado en la sentencia T-818 de 2007, consistente en la imposibilidad de cumplir con el requisito de la equivalencia del ahorro impuesto por la Sala Plena en la sentencia C-789 de 2002 a raíz de la reforma introducida por la ley 797 de 2003, ha sido solucionado por el decreto reglamentario 3995 expedido el 16 de octubre de 2008. En

otras palabras, con posterioridad a la sentencia T-818 de 2007, se introdujo una norma que hizo que la distribución del aporte contenida en la ley 797 de 2003 no sea un impedimento para satisfacer la exigencia mencionada.

Es necesario aclarar que el decreto 3995 de 2008 no fue expedido para acabar con ésta cuestión. Según sus propias consideraciones, tiene como fin solucionar una situación generalizada de multiafiliación pensional que se ha estado presentando, circunstancia que ocurre cuando una persona está afiliada, al mismo tiempo, a los dos regímenes pensionales que existen [20] .

En vista de que ésta no está permitida, el decreto señala las reglas para escoger uno de los dos regímenes y trasladar allí el ahorro efectuado en el otro. A pesar de su objetivo, en el artículo final del decreto se prescribió que las reglas para traslado de recursos descritas en el artículo 7 se aplicarían no sólo en los casos de multiafiliación pensional sino también en los casos de las personas beneficiarias del régimen de transición que solicitaran regresar al régimen de prima media en los términos de las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004 [21] .

El artículo 7 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 [22] .

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.

Por lo anterior, resulta imperativo ajustar la jurisprudencia constitucional a la normatividad vigente y reiterar lo indicado por esta Corporación en las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004:

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

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

23.- Ahora bien, es factible que la imposibilidad de satisfacer la exigencia de la equivalencia del ahorro no provenga, hoy en día, de las reglas sobre la distribución del aporte contenidas en la ley 797 de 2003, sino que se derive de la diferencia en la rentabilidad que producen los dos regímenes pensionales sobre los dineros aportados, factor que está asociado a circunstancias aleatorias propias del mercado y al hecho de que en el régimen de prima media existe un fondo común y en el de ahorro individual uno personal.

Se pregunta la Sala si, ante esta situación, se debe negar de plano a los beneficiarios del régimen de transición el traspaso del régimen de ahorro individual al régimen de prima media por incumplimiento de uno de los requisitos impuestos en las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004. Para solucionar el interrogante planteado, es necesario acudir a lo expresado en la sentencia C-030 de 2009 a propósito de un problema jurídico similar.

Mediante la referida providencia se resolvió una demanda de inconstitucionalidad presentada contra algunos artículos del decreto 2090 de 2003 y de la ley 860 de 2003. Éstas disposiciones regulan, respectivamente, el régimen pensional de los servidores públicos que desarrollan actividades de alto riesgo y del personal del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS). En los apartes demandados se prescribe que tales personas 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. Adicionalmente se indica que el traslado deberá efectuarse en un plazo máximo de tres (3) meses contados a partir de la fecha de publicación de tales normas, caso en el que no será necesario que se cumpla el término mínimo de permanencia en el régimen pensional, que es de cinco (5) años a partir de la selección inicial o el último traslado según el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Los demandantes sostenían que los apartes acusados vulneraban el derecho a la igualdad y a la libre escogencia al obligar a algunos servidores públicos a trasladarse de régimen para poder gozar de un estatuto pensional más favorable que el general.

La Sala Plena consideró que resultaba razonable la limitación impuesta a estos servidores públicos pues los requisitos que se deben cumplir para acceder a la pensión de vejez especial por actividades de alto riesgo (edad y semanas de cotización) son propios del régimen de prima media con prestación definida y extraños al régimen de ahorro individual. También se aclaró que las normas demandadas en ningún momento establecen la imposibilidad de trasladarse de régimen pensional una vez vencido el plazo de tres (3) meses, pues lo que en realidad prescriben es que las personas que se trasladen dentro del mismo no tienen que respetar el tiempo mínimo de permanencia en el régimen pensional, que es de cinco (5) años a partir de la selección inicial o el último traslado, en este sentido, vencido el término de tres (3) meses, las personas pueden trasladarse pero deberán esperar el plazo de cinco (5) años para hacerlo.

En lo que interesa para el asunto de la referencia, es decir, lo relativo al requisito de la equivalencia del ahorro, se señaló: "(…) 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 " (subrayado fuera del texto original) .

En este orden de ideas, no se puede negar el traspaso a los beneficiarios del régimen de transición del régimen de ahorro individual al régimen de prima media por el incumplimiento del requisito de la equivalencia del ahorro sin antes ofrecerles 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.

Con base en las consideraciones precedente se dispone la Sala a resolver el caso concreto. Caso concreto 24.- En el presente asunto, el señor Javier de Jesús Taborda Quintero considera vulnerado su derecho fundamental a la seguridad social por el Instituto de Seguros Sociales y por ING Pensiones y Cesantías, entidades que se negaron a autorizarle su traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media.

Esta Sala considera que el problema jurídico envuelto en este caso se relaciona con el derecho fundamental a la seguridad social debido a que involucra el goce por parte del peticionario del derecho a la pensión de vejez. Tal como se señaló con anterioridad, en el caso de las personas amparadas por el régimen de transición, el traslado entre regímenes pensionales tiene importantes repercusiones en el derecho a la pensión de vejez ya que hace más exigentes las condiciones para acceder a la prestación referida. Así, en opinión de la Sala, el traslado deja de ser entonces una simple cuestión legal y adquiere una relevancia constitucional innegable por estar en juego un derecho fundamental, al contrario de lo sostenido por el juez de segunda instancia.

25.- La primera verificación que se debe realizar en este caso es aquélla que consiste en determinar si el derecho fundamental presuntamente vulnerado es susceptible de protección por medio de la acción de tutela, ya que, como se señaló anteriormente, algunas facetas prestacionales de ciertos derechos fundamentales requieren para ello de desarrollo legal y/o reglamentario, salvo que se concrete el supuesto de hecho de la excepción ya explicada [23] .

Como se expuso, en el caso del derecho a la pensión de vejez, que hace parte del derecho fundamental a la seguridad social, es necesario un desarrollo legal y/o reglamentario que establezca (i) las instituciones encargadas de la prestación del servicio, (ii) las condiciones para acceder a tal prestación y (iii) un sistema que asegure la provisión de fondos, pues la Constitución no determina directamente tales elementos. Este desarrollo ya se ha efectuado por parte del legislador, principalmente mediante la ley 100 de 1993, lo que hace que el derecho a la pensión de vejez sea susceptible de protección mediante la acción de tutela .

26.- La segunda verificación que se debe llevar a cabo en este caso es la relativa a la procedibilidad de la acción de tutela, pues el artículo 86 de la Constitución prescribe que ésta sólo procederá cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial idóneo, salvo que se interponga de forma transitoria para evitar un perjuicio irremediable.

Aunque es cierto que el peticionario podría acudir a la jurisdicción laboral ordinaria para reclamar el traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, en opinión de la Sala, en esta oportunidad, dadas las particularidades del asunto, existen razones que justifican la intervención del máximo juez constitucional.

En primer lugar, la Sala considera que un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional resulta necesario ya que está de por medio un derecho fundamental respecto del cual la Sala Plena ha precisado, a través de dos sentencias de constitucionalidad (C-789 de 2002 y C-1024 de 2004), su contenido y sus condiciones de aplicación, pero cuyo goce en

casos concretos ha resultado truncado o dilatado innecesariamente a raíz de las diferentes interpretaciones que han surgido de las mencionadas providencias debido a los cambios normativos que se han producido.

Argumentos similares al explicado se han utilizado por esta Sala para justificar la procedencia de la tutela en casos análogos al presente, es decir, ocasiones en las que la Corte ha expedido sentencias de constitucionalidad que determinan el alcance de algún derecho fundamental, las cuales terminan siendo ignoradas en los casos concretos por las complejidades interpretativas que presentan. Así sucedió en el caso de la sentencia T-1102 de 2008.

En aquélla oportunidad, el demandante alegaba que tenía derecho al reconocimiento de la asignación de retiro, contemplada en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990, por contar con más de 15 años de servicio activo en la Policía Nacional al momento del retiro. Argumentaba que, si bien el decreto 1212 de 1990 había sido derogado por el decreto 2070 del 25 de julio de 2003 que establecía el derecho a la asignación de retiro mencionada a quienes fueran retirados del servicio después de 18 años de servicio, éste último había sido declarado inexequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-432 de 2004, en la cual se había dispuesto igualmente la reincorporación al sistema jurídico de las disposición derogada, esto es, del Decreto 1212 de 1990. La dificultad del caso residía en que la sentencia de constitucionalidad era posterior al momento del retiro del actor y que la misma no había señalado, en su parte resolutiva, que tendría efectos retroactivos.

Para despejar las dudas que se cernían sobre la procedencia de la tutela a causa del principio de subsidiariedad, se señaló, en la mencionada sentencia, que "la importancia del control de constitucionalidad de disposiciones jurídicas cuyo contenido normativo estipula regulaciones que directamente afectan prestaciones del derecho constitucional a la seguridad social, cobran relevancia constitucional para el juez de amparo. Esto, en la medida en que el carácter abstracto del control por vía del análisis de constitucionalidad a las normas, se debe reflejar coherentemente en el control por vía de aplicación de las mismas.

Esto refuerza sin duda, la posibilidad de que el presente tema pueda ser resuelto por el juez de amparo". En segundo lugar, declarar la improcedencia de la tutela en el presente caso en virtud del principio de subsidiariedad e indicar al peticionario que debe acudir a la jurisdicción ordinaria para lograr su traslado de régimen conllevaría numerosas complicaciones, de distinto orden, a causa de la presumible demora del proceso laboral originada, precisamente, por las distintas alternativas hermenéuticas que se han ocasionado a partir de las dos sentencias de constitucionalidad proferidas por esta Corporación respecto del tema bajo estudio.

Piénsese, por ejemplo, que el actor cumpla los requisitos para acceder a la pensión de vejez antes de que el juez laboral decida si tiene la facultad de regresar al régimen de prima media con prestación definida, en tal hipótesis, ¿se le reconocería y empezaría a pagar la misma, aún sin saber cuál es el régimen pensional que le corresponderá en definitiva? Si la respuesta es afirmativa, ¿qué pasaría si, al final del proceso laboral, se decide que pertenece a un régimen distinto a aquél conforme al cual se le reconoció la pensión en primer lugar? ¿Cómo se realizaría el cálculo del monto que debería trasladar al régimen de prima media? ¿Con deducción de lo ya devengado? Obviamente, si se restara lo pagado, el ahorro que se traslada al Instituto de Seguros Sociales sería mucho menor lo cual, sin duda, termina por afectar la financiación del sistema y podría ser usado como pretexto por el Instituto de Seguros Sociales para negar la pensión de vejez.

Ahora bien, si la respuesta es negativa, seguramente se vería afectado el derecho del peticionario al mínimo vital. Finalmente, el mecanismo ordinario no resulta idóneo y eficaz en el presente asunto debido a que, 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 de la Constitución, se prescribió que éste expirará el 31 de julio de 2010.

Por las anteriores razones, la Sala matiza la aplicación del principio de subsidiariedad en este caso en particular, con el fin de dejar sentada cual es la interpretación que, de conformidad con la Constitución, deben hacer, en adelante, las entidades del sistema de seguridad social en pensiones y los jueces laborales. Y lo hace en virtud del artículo 241 de la Constitución que le confiere a la Corte Constitucional la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, la cual se logra mediante una interpretación constitucional uniforme de las normas legales y reglamentarias por parte de los operadores jurídicos. Por eso es que, lo dicho anteriormente, no se debe entender como un desconocimiento a la regla general de la subsidiariedad de la acción de tutela, ni como el establecimiento de una nueva excepción a la misma.

Determinada la procedencia de la tutela en el caso concreto, se dispone la Sala a verificar si el derecho fundamental del peticionario a la seguridad social ha sido vulnerado por el ISS y por ING Pensiones y Cesantías.

27.- Según lo expresado con anterioridad, la jurisprudencia constitucional ha determinado, en sede de tutela pero sobre todo de constitucionalidad, que algunas de las personas amparadas por el régimen de transición pueden regresar, en cualquier tiempo , al régimen de prima media cuando previamente hayan elegido el régimen de ahorro individual o se hayan trasladado a él, con el fin de pensionarse de acuerdo a las normas anteriores a la ley 100 de 1993. De acuerdo con las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, a estas personas no les son aplicables ni las consecuencias ni las limitaciones y prohibiciones de traslado de los artículos 36 (inciso 4 y 5) y 13 (literal e) de 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.

De acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, que el señor Taborda Quintero reúne a cabalidad con el (i) y el (ii) de los requisitos:

(i) Según la certificación de la Secretaria de Salud de la Gobernación de Risaralda, el peticionario trabajó en el Servicio Seccional de Salud de Risaralda, en diferentes cargos, desde el 16 de mayo de 1975 hasta el 30 de junio de 1990 y desde el 18 de marzo de 1992 hasta el 31 de mayo de 1995, tiempo durante el cual hizo aportes para pensiones a la Caja Nacional de Previsión Social [24] , lo que quiere decir que desde el 16 de mayo de 1990 contaba con 15 años de servicios cotizados.

(ii) El actor nunca se ha opuesto al traslado del ahorro que hizo en el régimen de ahorro individual al régimen de prima media. Con respecto a la (iii) de las exigencias, no cuenta la Sala con la información necesaria para determinar si el ahorro hecho en el régimen de ahorro individual por el peticionario es o no inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubiera permanecido en el régimen de prima media. En razón de lo anterior, el Instituto de Seguros Sociales e ING Pensiones y Cesantías S.A. deberán, de forma coordinada , verificar la satisfacción del mencionado requisito; en caso de que el mismo sea cumplido por el actor la administradora de pensiones de la cual se quiere retirar el afiliado debe autorizar el traslado [25] y, en caso contrario, le debe ofrecer la posibilidad de aportar, en un plazo razonable, el dinero correspondiente a la diferencia según lo expresado con anterioridad.

Finalmente, es necesario aclarar que la orden de traslado del señor Javier de Jesús Taborda Quintero está supeditada a la confirmación del cumplimiento del requisito de la equivalencia del ahorro porque el decreto 3995 del 16 de octubre de 2008 le es aplicable. Aunque este acto administrativo no existía cuando el actor efectuó su solicitud de traspaso al Instituto de Seguros Sociales y ni cuando se estudió su procedencia por parte del Instituto de Seguros Sociales y de ING Pensiones y Cesantías, se debe aplicar a todo traslado de recursos que se efectúe en este tipo de casos después de su entrada en vigencia. En ese sentido, el momento determinante para saber si el decreto mencionado resulta o no aplicable

no es el de la petición ni el del análisis de su procedencia sino aquel en el cual se procede a entregar los dineros al régimen de prima media administrado por el ISS pues ésta es la situación que se regula.

De acuerdo con lo anterior, se revocará el fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira -Sala de Asuntos Penales para Adolescentes- en la acción de tutela instaurada por Javier de Jesús Taborda Quintero contra el Instituto de Seguros Sociales e ING Pensiones y Cesantías y concederá el amparo del derecho fundamental a la seguridad social del peticionario.

En consecuencia, se ordenará al Instituto de Seguros Sociales y a ING Pensiones y Cesantías que, en el término de ocho (8) días calendario contados a partir de la notificación de esta providencia, procedan a verificar, de forma coordinada, el cumplimiento por parte del señor Javier de Jesús Taborda Quintero del requisito de la equivalencia del ahorro, teniendo en cuenta las consideraciones vertidas en la presente sentencia.

Así mismo, se le ordenará a ING Pensiones y Cesantías S.A. 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 el señor Javier de Jesús Taborda Quintero, de conformidad con el artículo 7 del decreto 3995 de 2008, lo cual deberá cumplirse efectivamente en un término máximo de quince (15) días calendario.

También se le ordenará a ING Pensiones y Cesantías S.A. que, en caso de que la exigencia de la equivalencia del ahorro no sea cumplida por el señor Javier de Jesús Taborda Quintero, 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 el señor Javier de Jesús Taborda Quintero y la diferencia aportada por el mismo, de conformidad con el artículo 7 del decreto 3995 de 2008, lo cual deberá cumplirse efectivamente en un término máximo de quince (15) días calendario.

III. DECISION En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional , administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE Primero.- CONCEDER por las razones expuestas el amparo del derecho fundamental a la seguridad social de Javier de Jesús Taborda Quintero y, en consecuencia, REVOCAR la sentencia proferida en el proceso de la referencia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira -Sala de Asuntos Penales para Adolescentes-.

Segundo. ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales y a ING Pensiones y Cesantías que, en el término de ocho (8) días calendario contados a partir de la notificación de esta providencia, procedan a verificar, de forma coordinada, el cumplimiento por parte del señor Javier de Jesús Taborda Quintero del requisito de la equivalencia del ahorro, teniendo en cuenta las consideraciones vertidas en la presente sentencia.

Tercero. ORDENAR a ING Pensiones y Cesantías S.A. 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 el señor Javier de Jesús Taborda Quintero, de conformidad con el artículo 7 del decreto 3995 de 2008, lo cual deberá cumplirse efectivamente en un término máximo de quince (15) días calendario.

Cuarto: ORDENAR a ING Pensiones y Cesantías S.A. que, en caso de que la exigencia de la equivalencia del ahorro no sea cumplida por el señor Javier de Jesús Taborda Quintero, 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 el señor Javier de Jesús Taborda Quintero y la diferencia aportada por el mismo, de conformidad con el artículo 7 del decreto 3995 de 2008, lo cual deberá cumplirse efectivamente en un término máximo de quince (15) días calendario.

Quinto: Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991. Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

NILSON ELIAS PINILLA PINILLA Presidente MARIA VICTORIA CALLE CORREA Magistrada MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO Magistrado JUAN CARLOS HENAO PEREZ Magistrado GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO Magistrado JORGE IVAN PALACIO PALACIO Magistrado JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB Magistrado HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO Magistrado LUIS ERNESTO VARGAS SILVA Magistrado MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ Secretaria General [1] El accionante tenía 40 años el primero de abril de 1994, pues nació el 9 de marzo de 1954 (folio 13, cuaderno 2). Además, tenía más de 15 años de servicios cotizados en la misma fecha (folio 7, cuaderno 2).

[2] Sobre el alcance de la seguridad social como derecho protegido a la luz del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en su observación general número XX el Comité hizo las siguientes precisiones: “ 26.

El artículo 9 del Pacto prevé de manera general que los Estados Partes "reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso el seguro social", sin precisar la índole ni el nivel de la protección que debe garantizarse. Sin embargo, en el término "seguro social" quedan incluidos de forma implícita todos los riesgos que ocasionen la pérdida de los medios de subsistencia por circunstancias ajenas a la voluntad de las personas .

27.De conformidad con el artículo 9 del Pacto y con las disposiciones de aplicación de los Convenios de la OIT sobre seguridad social -Convenio Nº 102, relativo a la norma mínima de la seguridad social (1952) y Convenio Nº 128 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes (1967)- los Estados Partes deben tomar las medidas adecuadas para establecer, con carácter general, sistemas de seguros de vejez obligatorios, a percibir a partir de una edad determinada, prescrita por las legislaciones nacionales ” (…) 30. Finalmente, para dar pleno cumplimiento al mandato del artículo 9 del Pacto, como ya se ha señalado en los párrafos 20 y 22, los Estados Partes deberán establecer, dentro de los recursos disponibles, prestaciones de vejez no contributivas u otras ayudas, para todas las personas mayores que, al cumplir la edad prescrita fijada en la legislación nacional, por no haber trabajado o no tener cubiertos los períodos mínimos de cotización exigidos, no tengan derecho a disfrutar de una pensión de vejez o de otra ayuda o prestación de la seguridad social y carezcan de cualquier otra fuente de ingresos”.

[3] (i) artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “ Artículo 22. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad ”;

(ii) artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “ Artículo 9 Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social ”; (iii) artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona: “ Artículo XVI. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia ”; (iv) artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “ Artículo 9. Derecho a la Seguridad Social. 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o

mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes "; y (v) el artículo 11, numeral 1, literal "e" de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer:

Artículo 11 || 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular: e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas;

[4] Sentencia T-284-07. [5] Sentencia C-623 de 2004 [6] Posición planteada desde la sentencia T-406 de 1992. [7] Víctor Abramovich, Christian Courtis, Los derechos sociales como derechos exigibles, Editorial Trotta, Madrid, 2002.

[8] Ver las sentencias T-016-07 sobre el derecho a la salud, T-585-08 sobre el derecho a la vivienda y T-580-07 sobre el derecho a la seguridad social.

[9] Al respecto ver las Sentencias C-616 de 2001, C-130 de 2002, C-791 de 2002 y SU-623 de 2001 [10] Sentencia T-016-07. [11] Ibídem. [12] Ley 100 de 1993, Artículo 12.

[13] Ley 100 de 1993, Artículo 13, literal b. [14] Originalmente, tal norma prescribía que los afiliados sólo podían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres años, contados a partir de la selección inicial. Posteriormente, el artículo 2 de la ley 797 de 2003 modificó la disposición citada y aumentó el período que deben esperar los afiliados para cambiarse de régimen pensional a cinco años. Además, incluyó una prohibición: el afiliado no podrá trasladarse cuando le falten diez años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. Prohibición que empezó a regir un año después de la entrada en vigencia de la ley 797 de 2003.

[15] Ley 100 de 1993, Artículo 32. [16] Ley 100 de 1993, Artículo 52. [17] Ley 100 de 1993, Artículos 60, literal d y 97. [18] Conforme al artículo 64 de la Ley 100 de 1993, los afiliados tendrán derecho a retirarse a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta les permita obtener una pensión superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente.

[19] Ley 100 de 1993, Artículo 90. [20] "Decreto 3995 de 2008. Por el cual se reglamentan los artículos 12, 13 y 16 de la Ley 100 de 1993. El Presidente de la República de Colombia, En uso de sus facultades legales, en especial las que confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, CONSIDERANDO:

Que las disposiciones legales vigentes relacionadas con la prohibición de estar múltiple vinculado o de cotizar en los dos regímenes pensionales , así como la prevención, control y solución de estas situaciones previstas en la normatividad, requieren para su plena efectividad del cruce de las bases de datos de los afiliados del Sistema General de Pensiones con base en historias laborales actualizadas y fidedignas.

Que los procesos de cruce de información mencionados, así como los controles para la prevención en el futuro de la múltiple vinculación , solamente pudieron realizarse y finalizarse con base en procesos tecnológicos de manera adecuada durante los años 2006 y 2007, lo que impidió que las administradoras pudieran cumplir oportunamente con su obligación de informar a sus afiliados o cotizantes su situación de múltiple vinculación o de cotizante no vinculado.

Dicha situación generó, a su turno, que durante el período transcurrido entre la entrada de vigencia del Sistema General de Pensiones y el 31 de diciembre de 2007, surgieran numerosos casos de personas con vinculaciones y/o cotizaciones simultaneas a los dos regimenes pensionales, generando confusión acerca de cual es la administradora que debe responder por las prestaciones de vejez, invalidez y sobrevivencia, tal y como lo demuestra la situación generalizada de mora y litiogiosidad en el reconocimiento y pago de tales prestaciones.

Que tal situación requiere de una solución definitiva en la cual, por una única vez, se resuelvan estos casos de manera masiva , privilegiando la voluntad de los cotizantes, teniendo en cuenta los tiempos de las cotizaciones efectuadas para todos los efectos y preservando el derecho de la libre escogencia bajo parámetros claros que permitan establecer la verdadera situación de los afiliados al Sistema" (subraya fuera del texto original).

[21] " CAPITULO VII. TRASLADO DE PERSONAS CON MENOS DE 10 AÑOS PARA CUMPLIR LA EDAD PARA TENER DERECHO A PENSIÓN. Artículo 12. Traslado de personas con menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a pensión.

Las personas vinculadas al RAIS a las que les falten menos de 10 años para cumplir la edad para la pensión de vejez del Régimen de Prima Media, podrán trasladarse a este únicamente si teniendo en cuenta lo establecido por las Sentencias C-789 de 2002 y la C-1024 de 2004 , recuperan el régimen de transición. La AFP a la cual se encuentre vinculado el afiliado que presente la solicitud de traslado, deberá remitir toda la información necesaria para que el ISS realice el cálculo respectivo conforme a lo señalado en el artículo 7° del presente Decreto. Una vez recibida la información contará con 20 días hábiles para manifestar si es viable el traslado".

[22] " Artículo 7°. Traslado de Recursos. El traslado de recursos pensionales entre regímenes, incluyendo los contemplados en este Decreto, así como de la historia laboral en estos casos, deberá realizarse en los términos señalados a continuación y en el artículo siguiente:

Cuando se trate de una administradora del RAIS, deberá trasladar el saldo en unidades de los aportes efectuados a nombre del trabajador, destinados a la respectiva cuenta individual y al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, multiplicado por el valor de la unidad vigente para las operaciones del día en que se efectúe el traslado.

Para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS.

Tratándose del Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM, la devolución se efectuará por el valor equivalente a las cotizaciones para financiar la pensión de vejez, que se hubieren efectuado actualizadas con la rentabilidad acumulada durante el respectivo período de las reservas para pensión de vejez del ISS, o en su defecto la informada por la Superintendencia Financiera para los períodos respectivos.

Parágrafo. Con ocasión de la definición de la múltiple vinculación de sus afiliados y la determinación de las sumas a trasladar, las entidades administradoras del Sistema General de Pensiones quedan facultadas para compensar, total o parcialmente, los saldos respectivos.

Lo anterior sin perjuicio de la facultad que tiene la Superintendencia Financiera de precisar otros aspectos referentes a la materia". [23] Fundamento 9 de esta sentencia.

[24] Folio 7, cuaderno 2. [25] Circular 019 de 1998 de la Superintendencia Bancaria.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/SU062-10.htm
Copia de consulta hecha el 29 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.