COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia T/1061/12

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de tutela
Referencia	T/1061/12
Expediente	—
Fecha	2012-04-30
Sala	Sala Octava
Magistrado ponente	ALEXEI JULIO
Partes	los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la ley 100 de 1993 antes transcritos. El

Temas que titula la Corte Constitucional

- Accion De Tutela En Materia De Seguridad Social
- Regimen De Transicion
- Accion De Tutela De Persona En Estado De Debilidad Manifiesta En Materia De Regimen De Transicion
- Traslado De Regimen De Ahorro Individual Con Solidaridad A Regimen De Prima Media Con Prestacion Definida
- Derecho A Obtener Una Pension De Acuerdo Con El Regimen De Transicion
- Traslado Del Regimen De Ahorro Individual Al Regimen De Prima Media En El Caso De Beneficiarios Del Regimen De Transicion

Resumen del caso (según la propia sentencia)

De regímenes tiene repercusiones en el derecho a la pensión ya que hace más adquiere relevancia constitucional por encontrarse en juego derecho fundamental de prima media con prestación definida y régimen de ahorro individual con

Texto completo

T-1061-12 T-3597320 Sentencia T-1061/12 DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL IRRENUNCIABLE DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL- Reconocimiento del carácter fundamental en el ámbito internacional ACCION DE TUTELA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL - Procedencia excepcional REGIMEN DE TRANSICION - Traslado de regímenes tiene repercusiones en el derecho a la pensión ya que hace más exigentes las condiciones para acceder a la prestación REGIMEN DE TRANSICION - Aplicabilidad adquiere relevancia constitucional por encontrarse en juego derecho fundamental ACCION DE TUTELA DE PERSONA EN ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA EN MATERIA DE REGIMEN DE TRANSICION - Procedencia SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES- Regímenes excluyentes que coexisten /SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES- Régimen de prima media con prestación definida y régimen de ahorro individual con solidaridad SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES- Traslado de regímenes según Ley 100/93 PENSION DE VEJEZ- Régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100/93 TRASLADO DE REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD A REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA - Pautas normativas y jurisprudenciales que determinan la conservación del régimen de transición DERECHO A OBTENER UNA PENSION DE ACUERDO CON

EL REGIMEN DE TRANSICION - No es un derecho adquirido sino una mera expectativa legítima REGIMEN PENSIONAL- Derecho a la libre escogencia DECRETO 3995 DE 2008- Solución en caso de multiafiliación pensional 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 REGIMEN DE TRANSICION- Requisitos para regresar en cualquier tiempo al régimen de prima media con prestación definida cuando previamente hayan elegido el régimen de ahorro individual o se hayan trasladado a él ACCION DE TUTELA EN MATERIA DE REGIMEN DE TRANSICION CONTRA INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - Niega reconocimiento a pensión de vejez de régimen especial de la Rama Judicial por no tener 15 años de servicios cotizados a la entrada en vigencia de la Ley 100/93 Referencia:

expediente T-3.597.320 Acción de tutela instaurada por María Cristina Saavedra Yepes, contra el Instituto de Seguros Sociales –ISS–. Magistrado Ponente ALEXEI JULIO ESTRADA Bogotá D. C., seis (6) de diciembre de dos mil doce (2012) La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por la magistrada María Victoria Calle Correa, el magistrado Luis Ernesto Vargas Silva y el magistrado Alexei Julio Estrada, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA Dentro del proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali (Valle) el treinta (30) de abril de dos mil doce (2012) en primera instancia, y por la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el veintidós (22) de junio del dos mil doce (2012) en segunda instancia, dentro de la acción de tutela instaurada por Blanca Nubia Luna Beltrán, como apoderada de María Cristina Saavedra Yepes, contra el Instituto de Seguros Sociales –ISS-.

I. ANTECEDENTES El pasado diecisiete (17) de abril de dos mil doce (2012) la Sra. María Cristina Saavedra Yepes, por intermedio de su apoderada, incoó acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales, en adelante –ISS-, con fundamento en los siguientes Hechos 1.- Desde el mes de febrero de 1982, la Sra. María Cristina Saavedra Yepes quien actualmente cuenta con 55 años de edad, efectúo cotizaciones de forma interrumpida con distintos empleadores del sector público.

2.- Señala que el 15 de febrero de 1994 ingresó a trabajar a la Rama Judicial en el cargo de Jueza, y que en 1995 se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad como afiliada al Fondo Privado de Pensiones BBVA HORIZONTE hasta diciembre de 2003, fecha en la cual regresó al Fondo de Pensiones de Prima Media del ISS.

[1] 4.- La Sra. Saavedra Yepes ha efectuado cotizaciones por los servicios prestados a diversas entidades públicas, cotizaciones al Fondo Privado de Pensiones BBVA HORIZONTE y al Instituto de Seguros Sociales –ISS-.

Manifiesta que cuenta con “18 años al servicio de [la Rama Judicial] y en total con otras entidades de derecho público 23 años, 8 meses” y que por esta razón, cumple con los requisitos de tiempo y edad que le exige el régimen especial de la Rama Judicial contenido en el Decreto ley 546 de 1971: (i) acreditar 20 años de servicio continuos o discontinuos al Estado, de los cuales mínimo 10 deben haberse prestado a la Rama Judicial o al Ministerio Público y (ii) tener 50 años de edad para las mujeres.

5.- Agrega que el 19 de abril de 2010 solicitó al ISS el reconocimiento de su pensión de vejez bajo el régimen especial de la Rama Judicial (Decreto ley 546 de 1971), en aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Mediante Resolución No. 003765 de 30 de marzo del 2011, el ISS negó la solicitud de prestaciones económicas por vejez a la actora aduciendo que ésta “ no cuenta con 15 años o más cotizados al 01 de abril de 1994, es decir, que no se

cumple con uno de los requisitos (750 semanas al 01 de Abril de 1994) (…) en concordancia con lo establecido en la sentencia SU-062 de 2010, por lo que la prestación no podrá ser liquidada con base a lo señalado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en aplicabilidad del Régimen de Transición" Contra esta decisión, la Sra. Maria Cristina interpuso recurso de apelación el cual fue resuelto por el ISS mediante Resolución No. 900587 del 31 de mayo del 2011, la cual confirmó la primera decisión por las mismas razones.

5.- La actora señala que le fue diagnosticado cáncer de mama en 1996, el cual se encuentra en estado metastásico a la cadera derecha [2] , razón por la cual ha debido someterse a diversos procedimientos, entre ellos, una cirugía de reconstrucción de cadera, quimioterapias y radioterapias en la cadera derecha y en el seno derecho.

Fundamentos jurídicos de la solicitud de tutela Afirma la accionante que de los anteriores hechos se desprende que han sido vulnerados por el ISS sus derechos a la vida, al mínimo vital y a la seguridad social. En consecuencia, solicita que se ordene al ISS el reconocimiento de su pensión de vejez de forma definitiva conforme al régimen especial de la Rama Judicial, en aplicación del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Respuesta de la entidad demandada El ISS no dio contestación a la presente acción de tutela en ejercicio de su derecho de defensa, dejando de pronunciarse acerca de las pretensiones y el problema jurídico planteados por la actora.

Actuaciones procesales Primera instancia El treinta (30) de abril de 2012, el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali (Valle) profirió sentencia de primera instancia denegando las pretensiones de la accionante considerando que si bien padece una enfermedad catastrófica (cáncer de mama), actualmente la misma es asintomática por lo que no le impide seguir laborando. Lo anterior para concluir que no se configura un perjuicio irremediable pues su mínimo vital no se esta viendo afectado.

De ésta misma forma, el a quo asevera que conforme la jurisprudencia constitucional y la legislación vigente, la actora perdió la posibilidad de pensionarse con el régimen de transición, pues la única posibilidad de conservarlo era haber tenido 15 años de servicio al 1° de abril de 1994, momento en que entró en vigencia la ley 100 de 1993, circunstancia que no se evidenció en el caso concreto.

Impugnación El ocho (8) de mayo de dos mil doce (2012), la Sra. María Cristina Saavedra Yepes impugnó la decisión de primera instancia aduciendo que el análisis que realizó el juez con relación a su estado de salud es inadecuado, toda vez que no valoró la gravedad de la patología que la afecta al considerar que su desempeño laboral no se veía afectado.

De la misma forma, señaló que el juez debió valorar que el traslado de la actora, del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, no se hizo de forma voluntaria y espontanea, razón por la cual en su caso, como en el de muchos colombianos no existe identidad con los supuestos de hecho establecidos en la normatividad, pues durante el trámite de su traslado de régimen, fue víctima de engaño y desinformación, considerando así que su consentimiento se encontraba viciado en el momento de cambiarse de régimen y por ello no es apropiado aplicar a su caso concreto los incisos 4 y 5 del artículo 36 de la ley 100.

[3] Finalmente, la accionante realiza una crítica a la jurisprudencia constitucional existente sobre la materia, pues estima que los requisitos establecidos por la ley 100 para adquirir el derecho a acceder a la pensión a través de un régimen anterior, no tienen entre ellos diferencias sustanciales que justifiquen el tratamiento desigual que contempla la jurisprudencia de esta Corporación. En este sentido alega que su derecho a beneficiarse del régimen de transición, era un derecho adquirido, cierto en indiscutible, y por lo tanto irrenunciable, razón por la cual no podía el juez negarle su derecho a pensionarse por vejez bajo un régimen anterior.

Segunda instancia El veintidós (22) de junio del dos mil doce (2012), la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali decidió confirmar la sentencia de primera instancia, al estimar que la jurisprudencia

de la Corte Constitucional es clara en el sentido de establecer que las personas que no contaban con 15 años o más de servicios al momento de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 (1° abril de 1994), pierden el derecho a pensionarse con base en un régimen anterior desde el momento en que deciden trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, es decir, pierden el régimen de transición.

Pruebas que obran en el expediente - Copia de la cédula de ciudadanía de la Sra. María Cristina Saavedra Yepes (Folio 7 del cuaderno principal).

- Copia de la Resolución No. 003765 de 30 de marzo del 2011 (Folios 8 y 9 del cuaderno principal) por medio de la cual el ISS niega la solicitud de prestaciones económicas por vejez de la Sra. María Cristina Saavedra Yepes aduciendo que:

“La asegurada presenta novedad de traslado a un Fondo Privado de Pensiones Porvenir, desde el año 1995 hasta el año 2004, fecha en la que regresa al Fondo de Pensiones de Prima Media del Seguro Social asignado por Decreto 3800/03 (…) La Vicepresidencia del Instituto de Seguros Sociales, mediante Memorando 130001545 de fecha 21 de junio de 2010, se pronunció acerca de la recuperación del régimen de transición, dando aplicación a la sentencia SU-062 de 2010, impartiendo los lineamientos que se deben tener en cuenta para los casos en los que exista traslado proveniente del Régimen de Ahorro Individual – RAIS (…) Una vez solicitada la historia laboral y recibido el reporte de devolución de aportes por pagos del afiliado a la AFP, se observa que la asegurada hizo aportes para el riesgo IVM desde el 01 de marzo hasta el 28 de febrero de 2011, un total de 801 semanas en toda su vida laboral, teniendo en cuenta los aportes a la AFP COLFONDOS Y PORVENIR. Que al respecto, la señora (…) no cuenta con 15 años o más cotizados al 01 de abril de 1994, es decir, que no se cumple con uno de los requisitos (750 semanas al 01 de Abril de 1994) (…) en concordancia con lo establecido en la sentencia SU-062 de 2010, por lo que la prestación no podrá ser liquidada con base a lo señalado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en aplicabilidad del Régimen de Transición, toda vez que al 1° de abril de 1994 el asegurado tenía solo 339 semanas cotizadas. (…) Que habida cuenta de lo anterior, no es procedente aplicar el Decreto 546 de 1971.” - Copia de la Resolución No. 900587 del 31 de mayo del 2011, mediante la cual se deniega el recurso de apelación interpuesto contra la resolución 003765, por estimar probado el incumplimiento del requisito de los 15 años o más cotizados al 01 de abril de 1994 de la sentencia SU-062 de 2010, que le permitiera recuperar el régimen de transición (Folio 1 y 13 del cuaderno principal).

En esta ocasión el ISS reconoce que revisada la documentación aportada, la actora tiene certificaciones de tiempo laborado como servidor público por 340 semanas, desde el 14 de octubre de 1983 hasta el 28 de febrero de 1995, ante distintas entidades como ADPOSTAL, Municipio de Cali, Cámara de Representantes y Rama Judicial.

Además señala que, al ISS y a fondos privados, la asegurada cotizó interrumpidamente desde el 1 de marzo de 1995 hasta el 28 de febrero de 2011 un total de 801 semanas.

- Copia de certificación donde consta que la Sra. María Cristina Saavedra Yepes “presta sus servicios a la Rama Judicial desde el 15 de febrero de 1994 y en la actualidad desempeña el cargo de JUEZ CIRCUITO Grado 00, ejerciendo sus funciones en el JUZGADO 004 EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE CALI, nombrad[a] en propiedad, (…) con una asignación básica mensual de $4.192.627” (Folio 15 del cuaderno principal).

- Copia de certificación de información laboral del Municipio de Santiago de Cali (Folios del 16 al 19 del cuaderno principal) donde consta que la actora prestó sus servicios en las siguientes fechas:

DESDE HASTA 04/02/1982 06/06/1982 22/10/1982 13/10/1983 29/10/1982 17/09/1986 - Copia del certificado de información laboral de ADPOSTAL (Folio 24 al 25 del cuaderno principal) donde consta su vinculación en la siguiente fecha:

DESDE HASTA 14/101983 28/10/1985 - Copia del certificado de información laboral de la CÁMARA DE REPRESENTANTES (Folios 26 al 29 del cuaderno principal) donde consta su vinculación en la siguiente fecha:

DESDE HASTA 1/8/1990 30/11/1991 - Copia de la historia clínica de la accionante expedida por la Fundación Valle del Lili donde consta que ésta presenta “cáncer de mama en estado metastasico [a hueso], a cadera derecha, requirió reconstrucción de cadera, recibió tto [sic] con quimioterapia y radioterapia en cadera derecha y en mama derecha” , sin embargo, su patología reporta ser asintomática (Folio 30 y 31 del cuaderno principal).

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS. Competencia 1.- Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar las decisiones proferidas dentro del trámite de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Presentación del caso y planteamiento del asunto objeto de revisión 2.- La señora María Cristina Saavedra Yepes incoa Acción de Tutela contra el Instituto de Seguros Sociales –ISS-, y aduce que la entidad vulneró su derecho fundamental a la seguridad social al negarse, mediante resoluciones No. 003765 de 30 de marzo del 2011 y 900587 del 31 de mayo del 2011, a reconocer su derecho a la pensión de vejez bajo el régimen especial de la Rama Judicial en aplicación del artículo 36 de la ley 100 de 1993.

3.- La entidad demandada no dio contestación a la presente acción, dejando de pronunciarse sobre las pretensiones y el problema jurídico formulado por la actora.

4.- Por su parte, el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali (Valle) profirió sentencia de primera instancia denegando las pretensiones de la accionante por considerar que la actora perdió la posibilidad de pensionarse con el régimen de transición, pues no se verificó que tuviera 15 años de servicio al 1° de abril de 1994. Así mismo, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali decidió confirmar la sentencia de primera instancia por las mismas razones.

5.- Corresponde por lo tanto a esta Sala de Revisión determinar s i el ISS vulneró el derecho fundamental a la seguridad social de la peticionaria al no permitirle beneficiarse del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y en consecuencia, negarle el reconocimiento de la pensión de vejez bajo el régimen especial de la Rama Judicial (Decreto ley 546 de 1971) por no haber tenido 15 años de servicios cotizados a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

6.- Para resolver esta cuestión se reiterará lo sostenido por esta Corte con relación a (i) la seguridad social como derecho constitucional fundamental y su protección por medio de la acción de tutela, (ii) los dos regímenes pensionales creados por la ley 100 de 1993, (iii) el régimen de transición de artículo 36 de la ley 100 de 1993, (iv) las pautas normativas y jurisprudenciales que determinan la conservación del régimen de transición en los casos de traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, y finalmente se abordará (v) el análisis del caso concreto.

La seguridad social como derecho constitucional fundamental y su protección por medio de la acción de tutela. 7.-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 ”.

8.-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 [4] .

Verbigratia , el artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona afirma que “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”.

Así mismo se encuentra estipulado en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.

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 que “ 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 el mismo sentido el Código Iberoamericano de la Seguridad Social, aprobado por la ley 516 de 1999, en su artículo 1, establece “El Código reconoce a la Seguridad Social como un derecho inalienable del ser humano” .

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.

9.- De acuerdo a la clasificación ampliamente difundida en la doctrina constitucional, 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-.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional inicialmente también acogió esta 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, la Corte 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, en aplicación de la llamada “ tesis de la conexidad” [5] .

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 tanto obligaciones de carácter negativo como de índole positiva [6] .

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, es preciso también que adopte medidas que requieren acciones de carácter 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.

10.-Es por ello que en pronunciamientos más recientes esta Corte ha señalado que todos los derechos constitucionales son fundamentales [7] porque la distinción de los derechos en categorías atendiendo al tipo de deberes que demandan del

Estado, no es efectiva pues todos ellos pueden conectarse de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución, como la dignidad humana.

11.-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 constitucionales fundamentales, 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.

[8] . 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. 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 acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de estos derechos fundamentales cuando quiera que se encuentren en amenaza de vulneración o hayan sido conculcados [9] , previo análisis de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela.

12.-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" [10] .

13.-De otra parte, de acuerdo con el postulado de subsidiariedad destacado en el inciso 3° del artículo 86 superior, en principio no corresponde al juez de tutela resolver este tipo de controversias. Así las cosas, la jurisdicción laboral y de la seguridad social es la encargada de dar aplicación a dicha normatividad y, en consecuencia, ha recibido el encargo de garantizar la protección de esta garantía iusfundamental .

Sin embargo, en aplicación del mismo principio de subsidiariedad, la jurisprudencia constitucional ha reparado en eventos específicos en los que, a pesar de la existencia de un medio de protección, resulta imperiosa la necesidad de intervención por parte del juez de tutela con el objetivo de conjurar la materialización de un perjuicio irremediable , circunstancia que indica la falta de idoneidad de los instrumentos habituales en el caso concreto para garantizar la protección del derecho fundamental amenazado.

14.- Con todo, la jurisprudencia de la Corte ha establecido, de acuerdo con el principio en mención, que la pretensión de amparo del derecho a la seguridad social por vía de tutela resulta admisible a condición de satisfacer los requisitos de procedibilidad de la acción.

Así las cosas, en este tipo de pretensiones es menester que se acredite el cumplimiento de las siguientes condiciones: (i) en primer lugar, es necesario que la controversia planteada suponga un problema de relevancia constitucional, conclusión a la que arriba el juez de tutela no sólo a partir del análisis del conjunto de condiciones objetivas en las que se encuentre el accionante, sino al adelantar un examen de la cuestión a partir de un prisma constitucional, el cual le permite inferir la necesidad de realizar un pronunciamiento para efectos de garantizar la aplicación de los principios superiores en el caso concreto [11] . (ii) En segundo término, es preciso que el problema constitucional planteado aparezca probado de manera tal que la verificación de la vulneración del derecho fundamental no requiera un esfuerzo probatorio que desborde las

facultades y competencias del juez de amparo [12] . (iii) Para terminar, es necesario demostrar que el mecanismo judicial ordinario dispuesto por el ordenamiento resulta insuficiente para proteger, en el caso concreto, la garantía a la seguridad social como instrumento de materialización de la dignidad humana.

15.- Pues bien, para efectos de establecer si la negativa del ISS constituye una vulneración de los derechos fundamentales del accionante cuyo amparo pueda ser exigido por vía de tutela, es menester verificar el cumplimiento de las anteriores exigencias a fin de concluir si en esta oportunidad se satisface el principio de subsidiariedad de la acción.

En primer lugar, advierte la Sala que la controversia planteada supone un asunto de relevancia constitucional en la medida en 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 de la peticionaria del derecho a la pensión de vejez. Así, en el caso de las personas amparadas en principio 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” [13] .

Por esta razón es que la jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que la discusión acerca de la aplicabilidad o no del régimen de transición a una persona, trasciende al debate puramente legal, y adquiere sin duda una relevancia constitucional por encontrarse en juego un derecho fundamental.

En segundo lugar, esta Sala considera que el problema constitucional planteado está probado y que los elementos necesarios para determinar si hubo o no vulneración del derecho fundamental se encuentran debidamente acreditados pues existe información completa acerca de la historia laboral de la peticionaria suministrada por ella misma y por la parte demandada.

Por último, la Sala considera que debido a las especiales condiciones de salud por las que atraviesa la peticionaria, en razón al cáncer de mama que padece – el cual se encuentra en estado metastásico a los huesos, especialmente de la cadera derecha – y que le ha demandado una cirugía de reconstrucción de cadera, y múltiples quimioterapias y radioterapias en la cadera y en el seno derecho (Folios 30 y 31 del cuaderno principal), la colocan en una verdadera situación de debilidad manifiesta que justifica la intervención del juez constitucional.

Lo anterior puede concluirse a pesar de que la enfermedad ruinosa que padece la actora, según la historia clínica, se encuentre en estado asintomático [14] pues el riesgo de que pierda en cualquier momento su capacidad laboral y en este sentido, de que se vea amenazado su derecho al mínimo vital es inminente.

Por estas razones, los mecanismos judiciales ordinarios previstos para proteger el derecho a la seguridad social, no constituyen, en este caso, un medio idóneo para reclamar la protección urgente de los derechos fundamentales de la actora, pues la solución de la controversia por esta vía amenazaría de forma grave el mínimo vital y la salud de ésta.

Así, una vez establecida la procedencia del amparo, la Sala entrará a analizar los fundamentos normativos necesarios para resolver el problema jurídico que se plantea en el caso sub examine.

Los dos regímenes pensionales del Sistema General de Pensiones (Ley 100 de 1993) 16.- 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 [15] . Aunque la afiliación a cualquiera de estos regímenes es obligatoria, la selección de uno de estos sistemas es libre [16] 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 [17] .

17.- 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 [18] .

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 [19] 18.- 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 [20] .

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 [21] .

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 [22] 19.- 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 de artículo 36 de la ley 100 de 1993 20.- 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.

21.- 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 (…)".

22.- 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.

23.- Sin embargo, la Sala observa que de acuerdo con el parágrafo transitorio 4° del Acto Legislativo 01 de 2005, el cual adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 no puede aplicarse más allá del 31 de julio de 2010, excepto en aquellos casos en que el trabajador beneficiario de ese régimen tenga cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia de ese Acto Legislativo, es decir, al 25 de julio de 2005.

24.- 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 un afiliado de conservar el régimen de transición, a pesar de haber solicitado traslados del régimen de ahorro individual al de prima media con prestación definida.

Las pautas normativas y jurisprudenciales que determinan la conservación del régimen de transición en los casos de traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media.

25.- 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. Dicen los incisos mencionados:

"(…) 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 (…)" [Subrayas fuera del texto original].

En otras palabras, si bien los beneficiarios del régimen de transición tienen la libertad de escoger el régimen pensional al que se desean afiliar y de trasladarse entre ellos, 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 del artículo 36 de la ley 100 de 1993 . 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.

Pues bien, sobre la conservación del régimen de transición, esta Corporación ha emitido varias sentencias de constitucionalidad y de tutela en las cuales ha determinado las pautas o requisitos que deben verificarse para continuar siendo beneficiario de un régimen pensional anterior a la ley 100 de 1993.

26.- 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 una mera 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" [Negrilla 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 él, aclaró que las normas (incisos 4 y 5) 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 (15) 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 entrada en vigencia de 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 C-789 de 2002, en comento, cuando 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".

27.- 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 (…)" Sin embargo, a pesar de lo anterior, esta Corte indicó que 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.

En vista de lo anterior, esta Corporación señaló que la norma sería exequible " 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".

28.- Por otro lado, la sentencia T-818 de 2007 abordó, por tercera vez, el tema de la conservación del régimen de transición cuando hay traslado.

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

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

Posteriormente, el artículo 7 de la ley 797 de 2003 modificó el artículo 20 de la ley 100 de 1993 ya citado. La reforma no cambió la distribución del aporte en el régimen de prima media, pero si lo hizo en el régimen de ahorro individual. A

partir de la nueva ley, un 1.5% de la cotización va a un fondo de garantía de pensión mínima en el régimen de ahorro individual, mientras que en el régimen de prima media ese 1.5% se ocupa en financiar la pensión de vejez. Esto deriva en que siempre será mayor el porcentaje destinado para la pensión de vejez en el régimen de prima media que en el de ahorro individual.

Ante esta situación, la Corte afirmó, en la sentencia T-818 de 2007, que "la exigencia de condiciones imposibles (…) para ejercer el derecho de las personas que, pueden cambiar de régimen aun 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.

29.- Ese 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.

El decreto 3995 de 2008, que tiene como fin solucionar una situación generalizada de multiafiliación pensional que se ha estado presentando (personas que resultan afiliadas a los dos regímenes existentes) y que no esta permitida, señala las reglas para escoger uno de los dos regímenes y trasladar allí el ahorro efectuado en el otro. Así, 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.

El artículo 7, entonces, soluciona el impedimento al que alude la sentencia T-818 de 2007 pues estipula que cuando se realice traslado de recursos del régimen de ahorro individual al régimen de prima media se debe incluir lo que la persona ha aportado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Recuérdese que la imposibilidad de satisfacer la exigencia de equivalencia del ahorro provenía, precisamente, de que en el régimen de ahorro individual el afiliado destina 1.5% de su cotización mensual al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, mientras que en el régimen de prima media ese 1.5% se dedica, junto con otro porcentaje del aporte mensual, a financiar la pensión de vejez; pero si al trasladarse de régimen al afiliado le devuelven lo que ha contribuido al mencionado fondo, la distribución del aporte contemplada en la ley 797 de 2003 ya no obstaculiza el cumplimiento de la exigencia impuesta en la sentencia C-789 de 2002 por la Sala Plena.

Por lo anterior, la Corte vio la necesidad de 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. Por esta razón, en sentencia SU-062 de 2010 estableció:

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

(i) Tener, a 1 de abril de 1994, 15 años de servicios cotizados. (ii) Trasladar al régimen de prima media todo el ahorro que hayan efectuado en el régimen de ahorro individual (iii) Que el ahorro hecho en el régimen de ahorro individual no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.

" 30.- 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, respecto del requisito de la equivalencia del ahorro, para solucionar un problema jurídico similar:

"(…) 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.

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 " [Subrayas 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.

Análisis del caso concreto 31.- El día 19 de abril de 2010, la ciudadana María Cristina Saavedra Yepes de 55 años de edad, dirigió al ISS la solicitud para el reconocimiento de su pensión de vejez bajo el régimen especial de la Rama Judicial (Decreto ley 546 de 1971), en aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Mediante Resolución No. 003765 de 30 de marzo del 2011, la entidad le negó el derecho a pensionarse por vejez con el argumento de que no contaba " con 15 años o más cotizados al 01 de abril de 1994 … (750 semanas al 01 de Abril de 1994) … en concordancia con lo establecido en la sentencia SU-062 de 2010, por lo que la prestación no podrá ser liquidada con base a lo señalado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en aplicabilidad del Régimen de Transición,

toda vez que al 1° de abril de 1994 el asegurado tenía solo 339 semanas cotizadas” Contra la anterior decisión, la actora interpuso recurso de apelación el cual fue resuelto mediante la Resolución No. 900587 del 31 de mayo del 2011, que confirmó la decisión anterior por estimar “probado el incumplimiento del requisito de los 15 años o más cotizados al 01 de abril de 1994 de la sentencia SU-062 de 2010, que le permitiera recuperar el régimen de transición” [23] Señaló que la Sra. Saavedra Yepes cuenta con certificaciones de tiempo laborado como servidora pública durante 340 semanas, desde el 14 de octubre de 1983 hasta el 28 de febrero de 1995, ante distintas entidades como ADPOSTAL, Municipio de Cali, Cámara de Representantes y Rama Judicial.

Además señala que, al ISS y a fondos privados, la asegurada cotizó interrumpidamente desde el 1 de marzo de 1995 hasta el 28 de febrero de 2011 un total de 801 semanas.

32.- Pues bien, corresponde a la Sala determinar si, en el presente caso, el ISS vulneró el derecho fundamental a la seguridad social de la peticionaria al no permitirle beneficiarse del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y en consecuencia, negarle el reconocimiento de la pensión de vejez bajo el régimen especial de la Rama Judicial (Decreto ley 546 de 1971) por no haber tenido 15 años de servicios cotizados a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

La jurisprudencia constitucional de esta Corporación ha determinado, en diversas sentencias de tutela y de constitucionalidad, que algunas personas amparadas por el régimen de transición pueden regresar, en cualquier tiempo , al régimen de prima media con prestación definida 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 las consecuencias ni las limitaciones y prohibiciones de traslado de los artículos 36 (incisos 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 e 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.

Así, del acervo probatorio que obra en el expediente (Folios 14 al 29 del cuaderno principal) se puede establecer que la Sra. María Cristina Saavedra Yepes no cumple con el primero de los requisitos que consiste en “tener, a 1° de abril de 1994, 15 años de servicios cotizados [750 semanas] ”, por cuanto para esa fecha la accionante contaba solamente con 293,28 semanas cotizadas, así:

Desde Hasta Días Semanas Municipio de Santiago de Cali 04/02/1982 22/10/1982 29/10/1985 06/06/1982 13/10/1983 17/09/1986 123 352 319 17,5 50,2 45,5 ADPOSTAL 14/10/1983 28/10/1985 734 104,8 Cámara de Representantes 1/8/1990 30/11/1991 479 68,4 Rama Judicial 15/02/1994 1/04/1994 [24] 46 6,5 TOTAL 2053 293,28 Por esta razón, la Sala concluye que la peticionaria no cumple con los requisitos que han sido determinados por la jurisprudencia constitucional para que, quien se ha trasladado del régimen de ahorro individual al de prima media, tenga la facultad de conservar el régimen de transición. Por lo tanto, la peticionaria no puede beneficiarse de la flexibilidad de los requisitos de tiempo y edad para el reconocimiento de pensión de vejez, consagrados en normas anteriores a la ley 100 de 1993, como los que contempla el Decreto ley 546 de 1971 por medio del cual se estableció el régimen especial de la Rama Judicial.

33.- De acuerdo con lo anterior, se confirmará el fallo de segunda instancia proferido por la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en la acción de tutela instaurada por Maria Cristina Saavedra

Yepes contra el ISS, en el sentido de negar el derecho a la pensión de vejez de la actora en atención al régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993.

34.- No obstante, si bien queda claro que la peticionaria no puede acceder al reconocimiento de su pensión de vejez por el cumplimiento de los requisitos de tiempo y edad de un régimen anterior a la ley 100 de 1993, insiste la Sala en que ésta cuenta aún con la posibilidad de solicitar, ante la misma entidad demandada o la misma jurisdicción ordinaria laboral, el reconocimiento y pago de su pensión de vejez por el cumplimiento de los requisitos contemplados en la ley 100 de 1993.

IV. DECISIÓN En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política, RESUELVE Primero.- CONFIRMAR la sentencia de la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali por las razones expuestas en esta sentencia. En consecuencia, DENEGAR el amparo del derecho fundamental a la seguridad social a la Sra. María Cristina Saavedra Yepes.

Segundo.- Por Secretaria General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991. Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ALEXEI JULIO ESTRADA Magistrado MARÍA VICTORIA CALLE CORREA Magistrado LUIS ERNESTO VARGAS SILVA Magistrado MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ Secretaria General [1] En la Resolución No. 003765 de 30 de marzo del 2011, el ISS señaló que su traslado se efectuó fue al Fondo Privado de Pensiones Porvenir desde el año 1995 hasta el año de 2004, fecha en la cual regresó al Fondo de Pensiones de Prima Media del Seguro Social.

[2] Folio 31 del cuaderno principal. [3] Folios 69 al 80 del cuaderno 1. [4] (i) artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; (ii) artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; (iii) artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona; (iv) artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y (v) el artículo 11, numeral 1, literal “e” de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

[5] Posición planteada desde la sentencia T-406 de 1992. [6] Víctor Abramovich, Christian Courtis, Los derechos sociales como derechos exigibles, Editorial Trotta, Madrid, 2002.

[7] 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.

[8] Al respecto ver las Sentencias C-616 de 2001, C-130 de 2002, C-791 de 2002 y SU-623 de 2001 [9] Sentencia T-016-07. [10] Sentencia SU-062 de 2010.

[11] Al respecto, sentencia T-335 de 2000: “ La definición de asuntos meramente legales o reglamentarios que no tengan una relación directa con los derechos fundamentales de las partes o que no revistan un interés constitucional claro, no puede ser planteada ante la jurisdicción constitucional ” [12] Sentencias T-079 de 1995, T-638 de 1996, T-373 de 1998, T-335 de 2000 [13] Sentencia SU-062 de 2010.

[14] Folio 30 y 31 del cuaderno principal. [15] Ley 100 de 1993, Artículo 12. [16] Ley 100 de 1993, Artículo 13, literal b. [17] 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.

[18] Ley 100 de 1993, Artículo 32. [19] Ley 100 de 1993, Artículo 52. [20] Ley 100 de 1993, Artículos 60, literal d y 97. [21] 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.

[22] Ley 100 de 1993, Artículo 90. [23] Folio 1 y 13 del cuaderno principal. [24] Según la información que le fue suministrada a la Sala por las partes, l a actora ha estado vinculada a la Rama Judicial desde el 15 de febrero de 1994 hasta el momento de la interposición de la presente acción (17 de abril de 2012). Sin embargo, para efectos de realizar el cálculo de las semanas cotizadas al 1° de abril de 1994 que permita determinar si la Sra. María Cristina cumple o no con los requisitos señalados, se tomará esta fecha como referente.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 8 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.