

Sentencia T/474/10

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de tutela
Referencia	T/474/10
Expediente	T-2.419.296
Fecha	2010-06-16
Sala	Sala Tercera de Revisión
Magistrado ponente	JUAN CARLOS HENAO PÉREZ
Partes	María de la Paz Guerrero Sánchez en contra de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y del Instituto de Se

Temas que titula la Corte Constitucional

- Derecho Fundamental A La Seguridad Social Y Proteccion Por Medio De Accion De Tutela
- Derecho A La Seguridad Social En Pensiones
- Accion De Tutela Para Proteger El Derecho A La Seguridad Social En Pensiones
- Derecho A La Seguridad Social
- Persona De La Tercera Edad
- Derecho A La Seguridad Social De Persona De La Tercera Edad

Resumen del caso (según la propia sentencia)

Independiente y autónomo que puede ser objeto de protección constitucional cuando el peticionario pertenece a la tercera edad, aunque disponga de otro medio judicial de defensa para solicitar las prestaciones pensionales

Texto completo

T-474-10 REPÚBLICA DE COLOMBIA Sentencia T-474/10 DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL Y PROTECCION POR MEDIO DE ACCION DE TUTELA- Reiteración de jurisprudencia DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES- Naturaleza ACCION DE TUTELA PARA PROTEGER EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES - Reglas DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL- Fundamental y autónomo DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES - Fundamental, independiente y autónomo que puede ser objeto de protección constitucional mediante la acción de tutela PERSONA DE LA TERCERA EDAD- Sujeto de especial protección constitucional DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD- Mayor flexibilidad en el análisis de los requisitos de procedencia de la acción de tutela JUEZ CONSTITUCIONAL- Declaración de la procedencia de la acción de tutela cuando el peticionario pertenece a la tercera edad, aunque disponga de otro medio judicial de defensa para solicitar las prestaciones pensionales ACCION DE TUTELA - Procede como mecanismo definitivo cuando el medio judicial ordinario es ineficaz para proteger los derechos fundamentales ACCION DE TUTELA PARA PROTEGER EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES- Procedencia excepcional L a jurisprudencia de esta corporación ha indicado que, por regla general, la acción de tutela es improcedente para la protección del derecho a la seguridad social en pensiones. Sin embargo, excepcionalmente, es procedente para evitar un perjuicio irremediable o cuando los medios judiciales ordinarios disponibles no son adecuados

para proteger los derechos del peticionario. En todo caso, cuando el actor es un sujeto de especial protección, el juez de tutela debe estudiar los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela con mayor flexibilidad.

TRASLADO DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL AL REGIMEN DE PRIMA MEDIA EN EL CASO DE LOS BENEFICIARIOS DEL REGIMEN DE TRANSICION - Reiteración de jurisprudencia REGIMEN DE TRANSICION EN EL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES - Condiciones para que proceda el beneficio de traslado de régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida TRASLADO DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL AL REGIMEN DE PRIMA MEDIA EN EL CASO DE LOS BENEFICIARIOS DEL REGIMEN DE TRANSICION- Evolución jurisprudencial PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN MATERIA LABORAL- Jurisprudencia constitucional/ PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN LA INTERPRETACION DE LA LEY LABORAL FRENTE AL RECONOCIMIENTO DE PENSIONES - Jurisprudencia constitucional TRASLADO DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL AL REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA - Reglas L a Sala advierte que el traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida, está regulado por las siguientes reglas: i) por regla general, todos los afiliados al Sistema General en Pensiones pueden trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco años, contados a partir de la selección inicial, salvo cuando les falten 10 años o menos para cumplir con la edad para tener derecho a la pensión de vejez; ii) excepcionalmente, las personas que a primero de abril de 1994 tuvieran treinta y cinco años o más si son mujeres o cuarenta años o más de edad si son hombres y, también aquellas personas que hubieran cotizado quince años o más, pueden trasladarse por una sola vez cada cinco años al régimen de prima media con prestación definida, aún cuando les falten menos de 10 años para alcanzar la edad requerida para tener derecho a la pensión de vejez, es decir, en cualquier tiempo. Sin embargo, esto no significa que todas las personas que se puedan trasladar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, recuperen la protección del régimen de transición. En efecto, de conformidad con lo establecido en la sentencia C-789 de 2002, los potenciales beneficiarios del régimen de transición por la edad que tenían a 1° de abril de 1994 y que decidieron renunciar voluntariamente al régimen de prima media con prestación definida, trasladándose al de ahorro individual, perdieron la posibilidad de pensionarse bajo las condiciones de tiempo, edad y monto de la pensión establecidos en las normas anteriores a la Ley 100 de 1993. Contrariamente, las personas que, al momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tenían quince años o más de tiempo cotizado y que se trasladaron al régimen de ahorro individual, no pierden la protección del régimen de transición por trasladarse al régimen de ahorro individual.

DERECHO A TRASLADARSE DE REGIMEN EN CUALQUIER TIEMPO Y DERECHO A PENSION BAJO NORMAS ANTERIORES A LA LEY 100 DE 1993 - Se trata de dos derechos distintos cuya adquisición está sometida a requisitos diferentes Referencia: expediente T-2.419.296 Acción de tutela instaurada por María de la Paz Guerrero Sánchez en contra de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y del Instituto de Seguros Sociales (I.S.S.) Magistrado Ponente:

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ Bogotá D.C. dieciséis (16) de junio de dos mil diez (2010) La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Juan Carlos Henao Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Nacional y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente SENTENCIA Dentro del proceso de revisión de los fallos de tutela emitidos por el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Santa Marta – Magdalena y por el Juzgado Primero Penal del Circuito de esa misma ciudad, en la acción de tutela instaurada por María de la Paz Guerrero Sánchez en contra de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

I. ANTECEDENTES La ciudadana María de la Paz Guerrero Sánchez interpuso acción de tutela contra la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. (en adelante Porvenir S.A.), con el objetivo de obtener la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la igualdad, a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley y a la dignidad humana, que habrían sido vulnerados como consecuencia de la ocurrencia de los siguientes 1.1.- Hechos 1.

El día 1 de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia la Ley 100 de 1993, la peticionaria tenía cuarenta y siete (47) años de edad [1] , siendo, por este motivo, beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de dicha ley.

2. Mediante derecho de petición radicado el 14 de enero de 2009 [2] , la accionante solicitó al Instituto de Seguros Sociales (en adelante ISS) su afiliación al régimen de prima media con prestación definida pero su solicitud fue negada con base en dos argumentos. En primer lugar, el ISS explicó que no podía hacer el traslado debido a que Porvenir S.A. había registrado a la peticionaria como pensionada. En segundo lugar, manifestó que para hacer el estudio de fondo de la petición de la accionante, era necesario que Porvenir S.A.: i) admitiera el retiro de la accionante del fondo de pensiones; ii) ordenara el traslado al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS y; iii) ordenara el traslado de los ahorros de la peticionaria al ISS.

3. Frente a esta situación, la actora radicó un derecho de petición ante Porvenir S.A. manifestando su decisión de trasladarse del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida y solicitando el traslado de sus ahorros al ISS, así como la expedición de una certificación para poder ejercer su libertad de traslado al régimen de prima media con prestación definida.

4. En respuesta a su derecho de petición, Porvenir S.A. comunicó a la peticionaria que, en virtud del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, no podía cambiarse de régimen pensional porque le faltaban menos de diez (10) años para cumplir la edad requerida para tener derecho a la pensión de vejez.

5. Como hasta la fecha de la presentación de esta acción de tutela la peticionaria no había logrado trasladarse al régimen de prima media con prestación definida, su apoderado afirmó que Porvenir S.A. ha “ mantenido una actitud negativa respondiendo con argumentos distintos sobre datos y estableciendo en sus respuestas argumentos que concluyen en omisiones frente al derecho de mi poderdante de concederle la libertad de adhesión, asociación o retiro voluntarios, así mismo causando una flagrante violación al derecho a la seguridad social” [3] .

6. Por los motivos antes expuestos, solicitó que “se admita el retiro de mi poderdante como afiliada en Pensión ante [Porvenir S.A.], así mismo [se] ordene el traslado de afiliación con destino al instituto de los Seguros Sociales, igualmente [se] ordene el traslado de todos los ahorros efectuados a la Entidad” [4] y que se “ [ordene] al Instituto de los Seguros Sociales admitir la afiliación de mi poderdante en pensión en los términos solicitados” [5] .

1. 2. Intervención de la entidad demandada La señora Silvia Viñas, actuando en calidad de Consultor Senior de la entidad demandada, manifestó que la peticionaria no estaba autorizada por la Ley 797 de 2003, ni por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para trasladarse al régimen de prima media con prestación definida, pues la misma, a 1 de abril de 1994, no había cotizado al menos por un lapso de quince años.

Así, de conformidad con las sentencias C- 1024 de 2004 y C-789 de 2002, sólo “ las personas cobijadas por el Régimen de Transición por haber tenido 15 años o más de servicios a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (01 de abril de 1994) tienen derecho a trasladarse en cualquier tiempo de los Fondos Privados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida” [6] .

En este sentido, de acuerdo a la entidad demandada, en la sentencia C-1024 de 2004 se estableció que las personas cobijadas por el régimen de transición, que a 1 de abril de 1994 no tuvieran quince años o más de cotizaciones, no podían trasladarse de régimen cuando les faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

En seguida, citó la sentencia T- 168 de 2009 [7] en la que la Corte Constitucional analizó un caso similar y concluyó 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 (...).

Estas personas son las que cumplan los siguientes requisitos: i) Tener a 1 de abril de 1994 15 años de servicio cotizados. ii) Trasladar al régimen de prima media todo el ahorro que hayan efectuado en el régimen de ahorro individual, sin importar que dicho ahorro sea inferior al aporte legal correspondiente en caso de que hubieran permanecido en el régimen de prima media” [8] .

Por otra parte, manifestó que el traslado de la peticionaria al régimen de prima media con prestación definida también era inviable debido a que la actora había presentado previamente una reclamación de pensión ante Porvenir S.A., solicitud que fue rechazada por no cumplir con los requisitos exigidos por la ley.

En efecto, de conformidad con el concepto No. 2000018533 de 14 de junio de 2000 de la Superintendencia Financiera de Colombia, no procedía el traslado al régimen de prima media con prestación definida cuando el afiliado estuviese incurso en solicitud de pensión en trámite.

Finalmente, afirmó que la acción de tutela era improcedente debido a que la peticionaria contaba con otro medio de defensa judicial. Por los motivos antes expuestos, solicitó se declarara improcedente la presente acción de tutela o, en su lugar, se rechazara.

1.3.- Actuaciones surtidas ante la Corte Constitucional Mediante auto de 15 de febrero de 2010, el magistrado sustanciador decidió: “ Primero.- Ordenar que por Secretaría General se notifique al Instituto de Seguros Sociales (I.S.S.) , ubicado en la Carrera 10 No. 64-28 Bogotá D.C. - Colombia, el auto admisorio de la tutela de la referencia proferido el día siete (7) de mayo de 2009 por el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Santa Marta (Fl. 38, Cuaderno 2), adjuntando copia de ésta para que la entidad notificada se entienda vinculada a este proceso de tutela y con el fin de que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la citada providencia, se pronuncie acerca de los hechos y pretensiones en que se funda la solicitud de amparo.

Segundo.- SUSPENDER los términos del presente proceso de tutela hasta nueva orden ”. La entidad demandada no contestó la demanda dentro del término legal.

II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN 2.1.- Mediante sentencia proferida el día 20 de mayo de 2009, el Juzgado 4 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Santa Marta – Magdalena, declaró la improcedencia de la demanda interpuesta por la señora María de la Paz Guerrero Sánchez, debido al carácter subsidiario de la acción de tutela y a la existencia de otro mecanismo de defensa judicial.

2.2.- Por medio de escrito presentado dentro del término legal, el apoderado de la peticionaria interpuso recurso de apelación contra la providencia de primera instancia.

Para fundamentar la impugnación, manifestó que la providencia recurrida constituía una vía de hecho en la medida en que la decisión no tenía un fundamento objetivo y razonable.

Adicionalmente, afirmó que el juez de primera instancia había desconocido un precedente jurisprudencial y, en consecuencia, había vulnerado el derecho a la igualdad de la peticionaria.

En efecto, en sentencia de 7 de julio de 2008, el Juzgado Cuarto Penal de Circuito de Santa Marta, en un caso similar al de su poderdante, tuteló los derechos invocados por el actor y ordenó a Porvenir S.A., proceder a autorizar el traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida.

Afirmó que esta sentencia tenía efectos inter comunis y, en esta medida, cobijaba también a su poderdante. Finalmente, afirmó que en ningún momento su apoderada había radicado solicitud de pensión ante la entidad demandada y que esa afirmación, contenida en la contestación de la demanda de tutela, no debía ser tenida en cuenta pues Porvenir S.A. no había aportado ninguna prueba tendiente a demostrar tal afirmación.

Por estas razones, solicitó al juez la revocación de la sentencia de primera instancia. 2.3.- Mediante sentencia proferida el día 8 de julio de 2009, el Juzgado 1 Penal del Circuito de Santa Marta – Magdalena, no tuteló los derechos invocados por la actora debido a que, de conformidad con la sentencia C- 789 de 2002, las personas cobijadas por el régimen de transición que a 1 de abril de 1994 no tuvieran quince años o más de cotizaciones, no podían trasladarse de régimen cuando les faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Como la peticionaria no había cotizado al menos quince (15) años antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la entidad demandada tenía razón en negarse a autorizar el traslado al régimen de prima media en la medida en la que a la actora le faltan menos de diez (10) años para cumplir la edad de pensión.

Finalmente, el juez de segunda instancia manifestó que el argumento de Porvenir S.A., según el cual el traslado era improcedente debido a la existencia de una solicitud de pensión en curso, era inaceptable porque dicha solicitud fue rechazada y, por lo tanto, no se podía afirmar que estuviera en curso o trámite.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS 3.1.- Competencia 1. Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

El expediente de la referencia fue escogido para revisión por medio del auto del veintidós (22) de octubre de dos mil nueve (2009), proferido por la Sala de Selección Número Diez.

3.2.- Problema jurídico y esquema de resolución 2. La Sala estima que, para resolver el caso concreto, debe dar respuesta al siguiente problema jurídico: ¿La entidad demandada vulneró el derecho a la seguridad social al negarse a autorizar el traslado de la peticionaria al régimen de prima media con prestación definida debido a que, a pesar de que en la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la peticionaria tenía más de treinta y cinco (35) años de edad, no había cotizado al menos durante quince (15) años [9] y le faltaban menos de diez (10) años para cumplir la edad requerida para pensionarse? 3. Para responder esta pregunta, la Sala estima necesario reiterar, en una primera parte, la naturaleza fundamental del derecho a la seguridad social en pensiones y las reglas sobre la procedencia de la acción de tutela para protegerlo (3.2.1). En seguida, procederá a aclarar la jurisprudencia relativa a las reglas que regulan el traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida en el caso de las personas que a 1º de abril de 1994 tenían más de treinta y cinco (35) años o más son mujeres o cuarenta (40) o más años si son hombres (3.2.2). Luego, reiterará la jurisprudencia constitucional entorno al principio de favorabilidad en la interpretación de la ley laboral frente al reconocimiento de pensiones (3.2.3).

Finalmente, resolverá el caso concreto con base en lo expuesto en las dos primeras partes de esta sentencia (3.2.4).

3.2.1.- Carácter fundamental del derecho a la seguridad social y procedencia de la acción de tutela para protegerlo. Reiteración de jurisprudencia 4. El derecho a la seguridad social se encuentra consagrado en el artículo 48 de la Constitución en los siguientes términos:

“La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante”. En un primer momento, aunque se negó que el derecho a la seguridad social en pensiones fuera un derecho fundamental autónomo, debido a su gran importancia y a la necesidad de protegerlo, la Corte Constitucional permitió la procedencia de la acción de tutela en dos eventos excepcionales: i) cuando la vulneración del derecho a la seguridad social conllevaba la violación de derechos fundamentales autónomos (argumento de la conexidad) [10] y, ii) cuando el peticionario era un sujeto de especial protección constitucional [11] .

Paulatinamente, la Corte desechó estas teorías y acogió la tesis, más garantista, de la transmutación de los derechos sociales en virtud de la cual, cuando su contenido era desarrollado a nivel legal o reglamentario, tales derechos superaban su calidad de indeterminación y se convertían en verdaderos derechos fundamentales autónomos capaces de ser protegidos por vía de acción de tutela [12] .

5. Es así como, hoy en día, la Corte reconoce que el derecho a la seguridad social en pensiones es un derecho fundamental, independiente y autónomo, que puede ser objeto de protección constitucional mediante la acción de tutela, cuando se comprueba la ocurrencia de un perjuicio irremediable o la falta de idoneidad del medio judicial ordinario para protegerlo [13] .

7. Por otra parte y retomando en parte la jurisprudencia anterior, esta Corporación ha señalado que, cuando el amparo del derecho a la seguridad social en pensiones es solicitado por personas de la tercera edad, los requisitos de procedencia de la acción de tutela deben ser analizados con mayor flexibilidad en atención a que el peticionario es un sujeto de especial protección constitucional [14] .

8. Por lo tanto, cuando el peticionario pertenece a la tercera edad, el juez constitucional debe declarar la procedencia de la acción de tutela aunque disponga de otro medio de defensa judicial para solicitar las prestaciones pensionales [15] .

7. Por lo demás, cuando el medio judicial ordinario es ineficaz para proteger los derechos fundamentales, como en los casos en los que el peticionario es de la tercera edad, la acción de tutela procede como mecanismo definitivo de protección.

Así, se manifestó la Corte en la sentencia T-083 de 2004 [16] en la que afirmó lo siguiente: “puede concluirse que la acción de tutela es procedente para proteger los derechos fundamentales, y en particular los derivados del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, en los siguientes casos. (i) Cuando no existe otro medio de defensa judicial, o cuando existiendo, el mismo no resulta idóneo para resolver el caso concreto, eventos en los que la tutela procede como mecanismo principal de defensa ante la imposibilidad material de solicitar una protección real y cierta por otra vía. Y (ii) cuando ésta se promueve como mecanismo transitorio, debiendo acreditar el demandante que el amparo constitucional es necesario para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, en cuyo caso la orden de protección tendrá efectos temporales, sólo hasta el momento en que la autoridad judicial competente decida en forma definitiva el conflicto planteado ”.

De igual forma, en la sentencia T-001 de 2009, esta Corporación estableció que: “someter a un litigio laboral, con las demoras y complejidades propias de los procesos ordinarios, a un adulto mayor con disminución de su capacidad laboral que le impide acceder a un trabajo, resulta muy gravoso para él, con serios perjuicios para el desenvolvimiento inmediato de su vida personal y familiar, menguando su calidad de vida. Por esta razón, la Corte ha tutelado el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, en forma definitiva, de personas cuyo derecho a la vida en condiciones dignas y al mínimo vital resultan afectados por la omisión atribuible a las entidades demandadas.” 8. En suma, la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que, por regla general, la acción de tutela es improcedente para la protección del derecho a la seguridad social en pensiones. Sin embargo, excepcionalmente, es procedente para evitar un perjuicio irremediable o cuando los medios judiciales ordinarios disponibles no son adecuados para proteger los derechos del peticionario. En todo caso, cuando el actor es un sujeto de especial protección, el juez de tutela debe estudiar los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela con mayor flexibilidad.

3.2.2.- Traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida en el caso de los potenciales beneficiarios del régimen de transición. Reiteración de jurisprudencia 9. Mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 se creó un sistema de pensiones con pretensión de universalidad que derogó la mayoría de regímenes pensionales existentes hasta esa fecha y que, en consecuencia, cambió los requisitos de edad y/o tiempo de servicio o semanas cotizadas que debían cumplir las personas para tener derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

10. Sin embargo, para regular el paso de legislaciones pensionales y para proteger las expectativas legítimas de aquellas personas que estaban próximas a obtener su derecho a la pensión, en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 [17] , se consagró el régimen de transición que fija unas pautas para determinar cuáles situaciones se rigen por lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y cuáles se rigen por las normas anteriores.

Así, en virtud de este artículo, las personas que a 1 de abril de 1994 (fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993) tuvieran: a) treinta y cinco (35) años o más si son mujeres o cuarenta años (40) o más si son hombres o, b) hubieran cotizado durante quince (15) años o más independientemente de su sexo, pueden pensionarse si cumplen los requisitos establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

11. Por otra parte, es necesario tener en cuenta que los beneficiarios del régimen de transición tienen libertad para afiliarse a cualquiera de los dos regímenes pensionales consagrados en la Ley 100 de 1993 (régimen de prima media con prestación definida y régimen de ahorro individual con solidaridad). Pero, en virtud de lo dispuesto en los incisos 4 y 5 del artículo 36 antes estudiado, pierden la protección del régimen de transición cuando, habiendo escogido uno de los dos regímenes, deciden trasladarse al otro.

12. En varias oportunidades la Corte se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de esos incisos. Así, mediante la sentencia C-789 de 2002, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada de estas normas en los siguientes términos:

“PRIMERO.- Declarar EXEQUIBLES los incisos 4º y 5º, del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando se entienda que estas disposiciones no se aplican a quienes habían cumplido quince (15) años o más de servicios cotizados, al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones de la Ley 100 de 1993, conforme a lo establecido en la parte motiva de esta sentencia. Con todo, el monto de la pensión se calculará conforme al sistema en el que se encuentre la persona.

SEGUNDO.- Declarar así mismo EXEQUIBLE el inciso 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en el entendido que el régimen de transición se aplica a quienes, estando en el régimen de prima media con prestación definida, se trasladaron

al régimen de ahorro individual con solidaridad, habiendo cumplido el requisito de quince (15) años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones, y decidan regresar al régimen de prima media con prestación definida, siempre y cuando: a) trasladen a éste todo el ahorro que efectuaron al régimen de ahorro individual con solidaridad; y b) dicho ahorro no sea inferior al monto del aporte legal correspondiente, en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media. En tal caso, el tiempo trabajado les será computado en el régimen de prima media”.

Por lo tanto, la Corte consideró que las normas que establecían la pérdida de la protección del régimen de transición por escoger o trasladarse posteriormente al régimen de ahorro individual con solidaridad eran exequibles, pero únicamente en aquellos casos en los que la persona fuera una potencial beneficiaria del régimen de transición por tener treinta y cinco (35) años o más, si se trata de una mujer, o por tener cuarenta (40) años o más, si se trata de un hombre.

Así, de acuerdo a esta sentencia, las personas que habían cotizado en los sistemas anteriores a la Ley 100 de 1993 y, a 1º de abril de 1994, no habían cumplido los requisitos para acceder a la pensión de vejez “ tenían una expectativa, no un derecho adquirido a que se les aplicara el régimen de transición consagrado en el artículo 36 ” [18] y, en esta medida resultaba admisible que el legislador restringiera el acceso de las personas al régimen de transición, siempre y cuando tales restricciones fueran razonables y proporcionadas.

Bajo esta tesis, la Corte concluyó que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecía que una de las condiciones para ser beneficiario del régimen de transición era no trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, es decir, no renunciar voluntariamente al régimen de prima media.

Sin embargo, este requisito de no trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad para poder acceder al régimen de transición, no le era aplicable a las personas beneficiarias del régimen de transición en virtud del tiempo cotizado a 1º de abril de 1994, pues los incisos demandados sólo se referían a los beneficiarios del régimen de transición en virtud de la edad.

Adicionalmente, la Corte señaló que la renuncia al régimen de prima media con prestación definida, no daría lugar a la pérdida automática de todos los beneficios otorgados por el régimen de transición en el caso de las personas que habían cotizado al menos durante 15 años al momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Lo anterior por cuanto ello resultaría contrario al principio de proporcionalidad “ 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), [19] terminen perdiendo las condiciones en las que aspiraban a recibir su pensión ”.

En esta medida, de acuerdo a la sentencia C-789 de 2002, únicamente aquellas personas que eran beneficiarias del régimen de transición por haber cotizado durante 15 años o más, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tenían la posibilidad de afiliarse al régimen de ahorro individual o trasladarse al mismo, sin perder la protección del régimen de transición siempre y cuando cumplieran con los siguientes dos requisitos adicionales:

a) Haber trasladado todo el ahorro efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad y; b) Que dicho ahorro no fuera inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.

Los demás beneficiarios del régimen de transición perdían el derecho a obtener su pensión de jubilación de conformidad con los requisitos de tiempo, edad y monto de la pensión establecidos con anterioridad a la Ley 100 de 1993, al trasladarse al régimen de ahorro individual.

Posteriormente, en la sentencia C-754 de 2004, la Corte precisó que en la sentencia C-789 de 2002 se determinó 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-, [pero] esto no significa que las condiciones para continuar en él si puedan ser cambiadas una vez cumplidos los supuestos normativos en él señalados”.

Es decir que una ley posterior no podía imponerles nuevo requisitos de tiempo, edad y monto de la pensión a las personas cobijadas por el régimen de transición .

En este sentido, la Corte advirtió que “ al entrar en vigencia el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, las personas que a primero de abril de 1994 cumplían con los requisitos señalados en la norma adquirieron el derecho a pensionarse según el régimen de transición ”.

Por otra parte, mediante la sentencia C-1024 de 2004, en la que se estudió la constitucionalidad del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 [20] que disponía que los pensionados sólo podían trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, salvo cuando les faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, la Corte se manifestó nuevamente sobre la regla contenida en los incisos 4 y 5 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En dicho caso, esta Corporación resolvió declarar la constitucionalidad condicionada del artículo 2° de la Ley 797 de 2003 en los siguientes términos:

“Primero. 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” (subrayado por fuera de texto).

Así, a juicio de la Corte “ siendo el derecho al régimen de transición un derecho adquirido [21] , no puede desconocerse la potestad reconocida a las personas previstas en las hipótesis normativas de los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 , 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, conforme lo expuso esta Corporación en Sentencia C-789 de 2002 (subrayado por fuera de texto) ”.

Una nueva oportunidad en que la Corte Constitucional abordó el tema del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, fue en la sentencia T-818 de 2007. En ella se estudió el caso de un señor al que se le negaba el traslado al régimen de prima media con prestación definida, porque le faltaban menos de diez (10) años y era beneficiario del régimen de transición por tener más de cuarenta (40) años al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993.

En esa oportunidad, la Corte Constitucional ordenó a la entidad demandada autorizar su regreso al régimen administrado por el Instituto de Seguros Sociales, debido a que consideró que la permanencia en el régimen de transición era un derecho adquirido en cabeza de aquellas personas que cumplían al menos uno de los requisitos establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En efecto, basándose en la sentencia C-754 de 2004, esta Corporación determinó que para ser beneficiario del régimen de transición, el trabajador debía únicamente cumplir con alguno de los siguientes dos requisitos:

a) Tener a primero de abril de 1994 cuarenta o más años de edad en el caso de los hombres y, en el caso de las mujeres, tener al menos treinta y cinco años; o b) Haber cotizado al momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, quince años o más de tiempo.

Así, en dicha sentencia, la Corte afirmó que el peticionario: “ nació el 21 de abril de 1952 (Cuad. 1, folio 1); para la fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 tenía 41 años de edad. En este orden de ideas, el actor cumplía a cabalidad con uno de los requisitos para hacer parte del régimen de transición, pues se encontraba dentro del grupo de trabajadores que al tener cuarenta años o más de edad podían ser beneficiarios de dicho régimen. En este sentido es necesario concluir que, al ser los requisitos para ingresar a dicho régimen disyuntivos -basta con que en cabeza de una persona se configure solamente uno-, el actor hace parte del régimen de transición y por ende es su derecho pensionarse bajo los parámetros definidos en el sistema anterior, aún cuando voluntariamente haya cambiado al régimen de ahorro individual con solidaridad ”.

En suma, la sentencia T-818 de 2007 tuteló los derechos invocados por el peticionario pero desconoció lo dispuesto en la sentencia C-789 de 2002 en la que claramente se dispuso que las personas que voluntariamente se hubieran trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad perdían la protección del régimen de transición.

Por otro lado, en la sentencia T-449 de 2009, la Corte tuteló el derecho a la libre escogencia de régimen pensional del peticionario que había sido violado por la entidad demandada, debido a que se negaba a aceptar la solicitud de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad a pesar de que el actor, a 1° de abril de 1994, tenía cuarenta y tres (43) años de edad y, adicionalmente, había cotizado durante más de 15 años.

En fin, vale la pena destacar la reciente sentencia SU-064 de 2010, en donde la Corte analizó un caso en el que una persona que era beneficiaria del régimen de transición por haber cotizado más de 15 años al momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, solicitaba que se le permitiera el traslado al régimen de prima media con prestación definida, con el objetivo de pensionarse bajo el régimen de transición.

En esa sentencia, la Corte reiteró lo dispuesto en la sentencia C-789 de 2002 pues señaló que: “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”.

Una vez analizados los diferentes pronunciamientos que ha hecho la Corte en torno al régimen de transición y entorno a la posibilidad de trasladarse del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, la Sala reiterará las reglas en torno al principio de favorabilidad en la interpretación la ley laboral frente al reconocimiento de pensiones.

3.2.3.- El principio de favorabilidad en la interpretación la ley laboral frente al reconocimiento de pensiones 13. Siguiendo la sentencia T-090 de 2009 [22] , de acuerdo con “ los artículos 53 de la Constitución Política y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, el principio de favorabilidad en materia laboral consiste en el imperativo que tiene el operador

jurídico de optar por la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho ”.

Por otra parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional [23] , los problemas de interpretación se presentan cuando, a pesar de tener certeza sobre cuál es la norma aplicable al caso concreto;

i) la norma o fuente en cuestión admite más de una lectura y; ii) existe una duda sobre cuál de las diferentes interpretaciones que admite la disposición se debe escoger 14. En materia laboral, por expreso mandato constitucional (art. 53), cuando se presentan este tipo de problemas, corresponde al operador jurídico dar aplicación al principio pro operarium en virtud del cual se debe seleccionar la interpretación de la disposición que más favorezca al trabajador [24] .

Con todo, para poder aplicar el principio, es necesario que concurren estos dos elementos: “ i) la noción de duda ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones (...), duda que debe revestir un carácter de seriedad y objetividad y (...);

ii) la noción de interpretaciones concurrentes ” [25] pues además de generar duda, deben ser “ “ ser efectivamente concurrentes al caso bajo estudio, esto es, deben ser aplicables a los supuestos de hecho de las disposiciones normativas en juego y a las situaciones fácticas concretas” [26] .

15. Finalmente, en el campo del derecho a la pensión, en numerosas oportunidades [27] , la Corte ha manifestado que “ la aplicación del principio constitucional de favorabilidad en la interpretación de las normas relativas a los requisitos para adquirir la pensión es obligatoria para las entidades del sistema de seguridad social, sean públicas o privadas, y para las autoridades judiciales, de forma tal que su omisión configura una vía de hecho que viola los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social ” [28] .

3.2.4- Caso concreto 16. La ciudadana María de la Paz Guerrero Sánchez interpuso acción de tutela contra Porvenir S.A. con el objetivo de obtener la protección de su derecho fundamental a la seguridad social en pensiones, materializado en la libre escogencia de régimen pensional, derecho que habría sido vulnerado como consecuencia de la negativa a autorizar el traslado de la peticionaria al régimen de prima media con prestación definida. Lo anterior por cuanto, a pesar de que a primero de abril de 1994 tenía más de 35 años de edad, no había cotizado al menos durante 15 años antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y le faltaban menos de diez (10) años para cumplir la edad requerida para pensionarse.

17. Luego de establecer brevemente los hechos del caso, la Sala debe, en primer lugar, entrar a determinar si la acción de tutela es procedente para tutelar el derecho invocado por la peticionaria.

Esta Sala considera que el problema jurídico planteado en este caso se relaciona de manera directa con el derecho fundamental a la seguridad social. En efecto, el traslado de régimen pensional tiene importantes repercusiones sobre la obtención del derecho a la pensión de jubilación pues en cada régimen se establecen diferentes requisitos para acceder al mismo. En esta medida, el derecho a trasladarse de régimen adquiere una relevancia constitucional y no simplemente legal.

Por otra parte, aunque a juicio de esta Corporación la peticionaria cuenta con un medio ordinario para hacer valer sus derechos, la acción de tutela es procedente debido a que su edad hace que el medio judicial ordinario sea inadecuado para proteger sus derechos fundamentales. Así, mediante copia del registro civil de nacimiento [29] , la actora demostró que tiene sesenta y tres (63) años de edad de manera que se trata de un sujeto de especial protección que no debe ser sometido a un litigio laboral, con las demoras y complejidades propias de los procesos ordinarios.

Además, el caso sujeto a estudio tiene ciertas particularidades que justifican la procedencia de la acción de tutela porque, si se declarara su improcedencia y la peticionaria se viera obligada a recurrir a la jurisdicción laboral ordinaria, debido a

la presumible demora de ese tipo de procesos, podrían producirse situaciones indeseables como, por ejemplo, que la actora cumpliera los requisitos para pensionarse y se le reconociera su derecho a la pensión pero no se supiera a qué régimen pensional estuviera afiliada.

Por estos dos motivos, en el caso concreto, la Sala aplica los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela con mayor flexibilidad y concluye que debe pronunciarse de fondo.

18. Una vez determinada la procedencia de la acción de tutela en el caso concreto, la Corte debe establecer si la entidad accionada ha vulnerado el derecho fundamental a la seguridad social de la actora, al negarse a autorizar su traslado al régimen de prima media con prestación definida.

19. De acuerdo a lo señalado con antelación, en la parte resolutive de la sentencia C-1024 de 2004, se declaró la exequibilidad del “ 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” (subrayado por fuera de texto).

De la lectura de este aparte, se puede concluir que en el presente caso existe un problema de duda suscitado por la existencia de interpretaciones concurrentes. En efecto, la declaratoria de exequibilidad condicionada del artículo 2° de la Ley 797 de 2003, puede ser interpretada al menos de dos formas diferentes y existe duda acerca de cuál de las dos interpretaciones se debe acoger pues ambas lecturas resultan ser razonables y aplicables a la situación fáctica del caso concreto.

Así, la parte resolutive de la sentencia C-1024 de 2004 puede significar: a) que únicamente aquellas personas que son beneficiarias del régimen de transición, según lo dispuesto en la sentencia C-789 de 2002, es decir, únicamente aquellas personas que tenían quince años o más de cotizaciones hechas a 1° de abril de 1994, pueden trasladarse en cualquier tiempo al régimen de prima media con prestación definida [30] o;

b) que las personas que, al momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tuvieran al menos quince años cotizados o 35 años de edad si son mujeres o cuarenta o más años si son hombres, pueden regresar en cualquier tiempo al régimen de prima media con prestación definida. Sin embargo, de conformidad con la sentencia C-789 de 2002 antes analizada, únicamente aquellos trabajadores que a 1° de abril de 1994 tuvieran 15 años o más de cotización no pierden por el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, la protección del régimen de transición.

A juicio de la Sala y de conformidad con lo explicado anteriormente sobre el principio de favorabilidad en materia laboral, como el traslado de un régimen a otro puede tener grandes repercusiones en la adquisición del derecho a la pensión, la interpretación que resulta más favorable al trabajador es aquella que le permite tanto a las personas que a , al momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tuvieran al menos 35 años de edad si son mujeres o cuarenta o más años si son hombres, como a aquellas que tenían al menos quince años de cotización (sin contar aún con la edad), trasladarse al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo. Esto es a sí, debido a que, a partir de la Ley 100 de 1993, cada régimen pensional exige el cumplimiento de requisitos diferentes para acceder a la pensión de vejez y su escogencia puede determinar la adquisición del derecho o su pérdida. Piénsese por ejemplo en una persona que está afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, que es de la tercera edad y que, a pesar de no cumplir con el requisito del ahorro, sí cumple con las exigencias del régimen de prima media con prestación definida. En ese

caso hipotético, de no permitirse el traslado del trabajador al régimen de prima media con prestación definida, se le frustraría la adquisición del derecho a la pensión de vejez.

Por último, esta es la interpretación que se deriva de lo establecido en la parte motiva de la sentencia C-1024 de 2004 en la que se afirmó que:

“siendo el derecho al régimen de transición un derecho adquirido [31], no puede desconocerse la potestad reconocida a las personas previstas en las hipótesis normativas de los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, 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, conforme lo expuso esta Corporación en Sentencia C-789 de 2002 (subrayado por fuera de texto)”.

En efecto, “las personas previstas en las hipótesis normativas de los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993” no son otras que las personas que, al momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tuvieran “treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres” [32] y decidieron trasladarse al régimen de ahorro individual.

De esta manera, la interpretación b) es la que deben aplicar todas las entidades del sistema de seguridad social en pensiones, sean públicas o privadas, y las autoridades judiciales, pues de lo contrario, se configuraría una violación del derecho a la seguridad social y se configuraría una causal genérica de procedibilidad de la acción de tutela por indebida aplicación del derecho sustancial.

20. En conclusión, la Sala advierte que el traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida, está regulado por las siguientes reglas: i) por regla general, todos los afiliados al Sistema General en Pensiones pueden trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco años, contados a partir de la selección inicial, salvo cuando les falten 10 años o menos para cumplir con la edad para tener derecho a la pensión de vejez; ii) excepcionalmente, las personas que a primero de abril de 1994 tuvieran treinta y cinco años o más si son mujeres o cuarenta años o más de edad si son hombres y, también aquellas personas que hubieran cotizado quince años o más, pueden trasladarse por una sola vez cada cinco años al régimen de prima media con prestación definida, aún cuando les falten menos de 10 años para alcanzar la edad requerida para tener derecho a la pensión de vejez, es decir, en cualquier tiempo.

21. Sin embargo, esto no significa que todas las personas que se puedan trasladar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, recuperen la protección del régimen de transición.

En efecto, de conformidad con lo establecido en la sentencia C-789 de 2002, los potenciales beneficiarios del régimen de transición por la edad que tenían a 1° de abril de 1994 y que decidieron renunciar voluntariamente al régimen de prima media con prestación definida, trasladándose al de ahorro individual, perdieron la posibilidad de pensionarse bajo las condiciones de tiempo, edad y monto de la pensión establecidos en las normas anteriores a la Ley 100 de 1993.

Contrariamente, las personas que, al momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tenían quince años o más de tiempo cotizado y que se trasladaron al régimen de ahorro individual, no pierden la protección del régimen de transición por trasladarse al régimen de ahorro individual.

22. De allí que se haga necesario diferenciar: a) el derecho de trasladarse en cualquier tiempo de régimen; del b) derecho de pensionarse bajo las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, pues se trata de dos derechos distintos cuya adquisición está sometida a requisitos diferentes.

En este sentido, la Sala estima necesario precisar que en la sentencia SU-062 de 2010, la Corte no reiteró los requisitos necesarios para trasladarse al régimen de prima media con prestación definida sino que estableció los requisitos que debe

cumplir una persona para regresar a dicho régimen, en cualquier tiempo, con el objetivo de pensionarse bajo las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 .

Así, en el caso concreto, la peticionaria no debe cumplir con los requisitos allí definidos pues su petición se limita a que se autorice su regreso al régimen de prima media con prestación definida y no solicita pensionarse bajo las reglas anteriores a las consagradas en la Ley 100 de 1993.

23. En esta medida, como la peticionaria demostró que a 1° de abril de 1994 tenía más de 35 años de edad, puede trasladarse nuevamente al régimen de prima media con prestación definida, sin importar que en la actualidad tenga sesenta y tres (63) años de edad y, por lo tanto, haya excedido la edad requerida para acceder al derecho a la pensión. Sin embargo, únicamente si demuestra que, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tenía quince años o más de tiempo cotizado, podrá ser beneficiaria del régimen de transición. De lo contrario, para obtener su derecho a la pensión de vejez, deberá ceñirse a los requisitos de edad y tiempo de cotización consagrados en la Ley 100 de 1993.

24. Por los motivos antes expuestos, la Sala procederá a revocar la sentencia proferida el día 8 de julio de 2009 por el Juzgado 1 Penal del Circuito de Santa Marta – Magdalena, por medio de la cual no se tuteló el derecho fundamental a la seguridad social de la peticionaria. En su lugar, amparará el derecho invocado y ordenará a la entidad demandada autorizar el traslado de régimen de la peticionaria.

IV. DECISION En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE Primero.- LEVANTAR la suspensión del proceso ordenada mediante auto de 15 de febrero de 2010 Segundo.- REVOCAR proferida el día 8 de julio de 2009 por el Juzgado 1 Penal del Circuito de Santa Marta – Magdalena, por medio de la cual no se tuteló el derecho invocado. En su lugar, TUTELAR el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones de la peticionaria.

Tercero.- ORDENAR a Porvenir S.A. que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, autorice a la peticionaria a trasladarse, nuevamente, al régimen de prima media con prestación definida y proceda a trasladar la totalidad del ahorro efectuado por ella al Instituto de Seguros Sociales.

Cuarto.- ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales que se abstenga de impedir el traslado de María de la Paz Guerrero Sánchez al régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con la parte motiva de la presente sentencia.

Quinto.- LIBRAR por Secretaría la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991. Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ Magistrado GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO Magistrado Con salvamento de voto JORGE IVÁN PALACIO PALACIO Magistrado MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO Secretaria General SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO A LA SENTENCIA T-474/10 Referencia:

expediente T-2.419.296 Acción de tutela instaurada por María de la Paz Guerrero Sánchez contra la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y del Instituto de Seguros Sociales – ISS.

Magistrado Ponente: JUAN CARLOS HENAO PÉREZ Mi salvamento de voto a la decisión mayoritaria de tutelar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones de la accionante; ordenar a Porvenir S.A. autorizar tanto el traslado de la peticionaria nuevamente al régimen de prima media como de la totalidad del ahorro efectuado por ella al ISS; y ordenar al ISS abstenerse de impedir el aludido traslado, obedece a las razones que a continuación expongo:

En el caso bajo estudio la peticionaria contaba con más de 35 años de edad al 1° de abril de 1994, lo que la hace beneficiaria del régimen de transición, pero a esa fecha no tenía 15 años o más de servicios cotizados y le faltaban menos

de 10 para cumplir la edad establecida para pensionarse. En virtud de ello Porvenir S.A. no le autorizó el traslado al régimen de prima media con prestación definida.

La mayoría fundamenta su decisión en el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia C-1024 de 2004, que es del siguiente tenor: “Primero.

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.

” (Subrayas fuera del texto). Argumenta que existe un problema de duda porque la aludida exequibilidad condicionada puede ser interpretada, al menos, de dos formas diferentes, a saber:

a) que únicamente aquellas personas que son beneficiarias del régimen de transición, según lo dispuesto en la sentencia C-789 de 2002, es decir, únicamente aquellas personas que tenían quince años o más de cotizaciones hechas a partir de abril de 1994, pueden trasladarse en cualquier tiempo al régimen de prima media con prestación definida o;

b) que las personas que, al momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tuvieran al menos quince años cotizados o 35 años de edad si son mujeres o cuarenta o más años si son hombres, pueden regresar en cualquier tiempo al régimen de prima media con prestación definida. Sin embargo, de conformidad con la sentencia C-789 de 2002 antes analizada, únicamente aquellos trabajadores que a 1° de abril de 1994 tuvieran 15 años o más de cotización no pierden por el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, la protección del régimen de transición.” Con fundamento en el principio de favorabilidad en materia laboral escoge como la interpretación más favorable la contenida en el literal b) por que, a su entender, se deriva de lo establecido en la parte motiva de la sentencia C-1024 de 2004 en la que se afirmó que:

“siendo el derecho al régimen de transición un derecho adquirido, no puede desconocerse la potestad reconocida a las personas previstas en las hipótesis normativas de los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, 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, conforme lo expuso esta Corporación en Sentencia C- 789 de 2002 (subrayado fuera del texto)”.

Interpretando lo anterior, la mayoría concluye que “las personas previstas en las hipótesis normativas de los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993” no son otras que las personas que, al momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tuvieran “treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres” y decidieron trasladarse al régimen de ahorro individual.

A mi juicio, tal interpretación no consulta lo dispuesto en la Sentencia C-782 de 2002 armonizado con la declaratoria de exequibilidad contenida en la Sentencia C-1024 de 2004.

En efecto, como quiera que en la Sentencia C-789 de 2002, la corporación ya había dejado establecido que los afiliados con 15 años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994, no pierden los beneficios del régimen de transición por el hecho de trasladarse al régimen de ahorro individual y, en consecuencia, pueden regresar al régimen de prima media para hacer efectivo tal beneficio, condicionó la exequibilidad de la norma demandada, (artículo 2° de la Ley 797 de 2003), en

el entendido de que estas personas pueden retornar en cualquier tiempo a dicho régimen, conforme a los términos señalados en la Sentencia C-789 de 2002 .

Lo anterior significa entonces que, en los términos de la Sentencia C- 789 de 2002 , la prohibición de traslado a quienes les falten diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez no aplica para los sujetos del régimen de transición por tiempo de servicios cotizados (15 años o más), los cuales pueden trasladarse del régimen de ahorro individual al régimen de prima media “en cualquier tiempo” para hacer efectivos los beneficios del régimen de transición, tal y como lo reconoció la Corte en la Sentencia C-789 de 2002.

Los demás afiliados, incluyendo a los beneficiarios del régimen de transición por edad, deberán sujetarse al término previsto en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Estimo, en consecuencia, que de lo señalado por la Corte en las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, todos los usuarios del Sistema General de Pensiones, incluidos los sujetos al régimen de transición, bien por edad o por tiempo de servicios, pueden elegir libremente entre el régimen de prima media con prestación definida o el régimen de ahorro individual con solidaridad, conservando la posibilidad de trasladarse entre uno y otro, en los términos del literal e) del artículo 13 de la Ley 100/93, tal como fue modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, es decir, cada cinco años contados a partir de la selección inicial y siempre que no les falte menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. Sin embargo, en el caso de los beneficiarios del régimen de transición por tiempo de servicios (15 años o más de cotizaciones), estos pueden cambiarse de régimen sin límite temporal, es decir, en cualquier tiempo, por ser los únicos que no quedan excluidos de los beneficios del régimen de transición, en los términos de las sentencias antes citadas.

Fecha ut supra, GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO Magistrado [1] Consta en el Registro Civil de Nacimiento que la actora nació el día 8 de abril de 1947 (folio 6, Cuaderno 2).

[2] Folio 9, Cuaderno 2. [3] Folio 2, Cuaderno 2. [4] Folio 3, Cuaderno 2. [5] Ibídem. [6] Folio 42, Cuaderno 2. [7] Sentencia declarada nula por la Corte Constitucional mediante Auto 009 de 2010.

[8] Folio 46, Cuaderno 2. [9] Así se desprende del acervo probatorio obrante en el expediente pues la peticionaria afirma que es beneficiaria del régimen de transición por tener más de 35 años al momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y no aporta prueba que demuestre que tenía al menos quince años cotizados el 1ª de abril de 1994.

[10] En relación con el argumento de la conexidad en materia de seguridad social, se pueden consultar, entre otras, las sentencias T-495 de 2003, T-1014 de 2004, T-354 de 2005, T-338 de 2004.

[11] Al respecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias SU-062 de 1999, T-429 de 2002 y T-020 de 2003. Especialmente, se puede analizar la sentencia T-229 de 1997 en la que la Corte afirma que: “ en el caso de las personas de la tercera edad, el derecho a la seguridad social, que se hace efectivo a través del pago de las correspondientes mesadas pensionales y la prestación de los servicios médico-asistenciales, adquiere el carácter de derecho fundamental, como quiera que el mínimo vital de los ancianos, quienes se encuentran excluidos del mercado laboral o hallan serias dificultades para acceder a un empleo, depende por entero de los recursos que perciben por concepto de las pensiones”.

[12] En relación con el principio de la transmutación de los derechos sociales, se puede estudiar la sentencia T-468 de 2007 en la cual se afirmó que: “ [U]na vez ha sido provista la estructura básica sobre la cual ha de descansar el sistema de seguridad social, lo cual, además de los elementos ya anotados – prestaciones y autoridades responsables -; a su vez supone el establecimiento de una ecuación constante de asignación de recursos en la cual están llamados a participar los beneficiarios del sistema y el Estado como último responsable de su efectiva prestación; la seguridad social adquiere el carácter de derecho fundamental, lo cual hace procedente su exigibilidad por vía de tutela”.

[13] En este sentido, en la sentencia C-1141 de 2008, en la que se estudió la constitucional de una norma que establecía el derecho a recibir una indemnización en caso de incapacidad permanente parcial, la sala Plena de esta Corporación manifestó lo siguiente: “ el derecho a la seguridad social, en la medida en que es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana es un verdadero derecho fundamental cuyo desarrollo, si bien ha sido confiado a entidades específicas que participan en el sistema general de seguridad social fundado por la Ley 100 de 1993, encuentra una configuración normativa preestablecida en el texto constitucional (artículo 49 superior) y en los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad; cuerpos normativos que dan cuenta de una categoría iusfundamental íntimamente arraigada al principio de dignidad humana, razón por la cual su especificación en el nivel legislativo se encuentra sometida a contenidos sustanciales preestablecidos”.

Esta tesis ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T-489 de 1999, T-473 de 2006, T-395 de 2008, T-580 de 2006 y T-517 de 2006. [14] De esta manera, en la sentencia T-456 de 2004, esta Corporación expresó que:

“...en ciertos casos el análisis de la procedibilidad de la acción en comento deberá ser llevado a cabo por los funcionarios judiciales competentes con un criterio más amplio, cuando quien la interponga tenga el carácter de sujeto de especial protección constitucional –esto es, cuando quiera que la acción de tutela sea presentada por niños, mujeres cabeza de familia, discapacitados, ancianos, miembros de grupos minoritarios o personas en situación de pobreza extrema .” [15] Así quedó dicho expresamente en la sentencia T-238 de 2009: “ En lo que respecta a las personas que han alcanzado un grado avanzado de edad, el tratamiento constitucional que debe aplicarse es el de conceder el amparo de sus derechos fundamentales, a pesar de que exista la posibilidad de solicitar dichas prestaciones a través de los mecanismos judiciales que para el efecto tiene contemplada la ley”.

Esta posición ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T-953 de 2008, T-7000 de 2006, T-456 de 2004, T-719 de 2003, T-789 de 2003 y T-1088 de 2007.

[16] En esta sentencia se resolvió un caso en el que el peticionario, de 67 años de edad, demandó al Ministerio de Relaciones Exteriores porque su pensión fue liquidada con base en un ingreso base de cotización (I.B.C.) inferior al que realmente devengaba. La Corte afirmó que cuando la acción de tutela procede porque el medio de defensa ordinario es inadecuado para proteger los derechos del peticionario, procede como mecanismo definitivo de protección. Este último razonamiento encuentra pleno respaldo en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 en el cual se establece que, en materia de causales de improcedencia del amparo constitucional, la existencia de otros medios de defensa judicial tiene que ser apreciada en concreto por el juez. En efecto, el otro medio de defensa judicial a que alude el artículo 86 de la Constitución debe poseer, al menos, la misma eficacia en materia de protección inmediata de los derechos fundamentales.

[17] ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

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

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el

cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

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.

Quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez, conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes, al momento en que cumplieron tales requisitos.

PARÁGRAFO. Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1o) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio.

[18] Sentencia C-789 de 2002. [19] Nótese que el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, hace referencia “ al momento de entrar en vigencia del sistema ”, no la Ley.

[20] Artículo 2. “ Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. 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 ” [21] Véase: Sentencia C-754 de 2004. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[22] En esta sentencia la Corte analizó el caso de un peticionario al que se le vulneraron sus derechos al debido proceso y a la seguridad social debido a que la entidad demandada se negó a reconocerle su pensión de vejez. Así, la vulneración se presentó debido a que existían dos interpretaciones posibles del Acuerdo 49 de 1990 y el Instituto de Seguros Sociales acogió la menos favorable para el trabajador.

[23] Sentencias T-248 de 2008, T-154 de 2008, T-529 de 2007, T-158 de 2006, T-871 de 2005 y T-545 de 2004, entre otras. [24] Sentencia T-545 de 2004.

[25] Sentencia T-090 de 2009. [26] Sentencia T-248-08. [27] Sentencia T-158-06, T-871-05 y T-545-04. [28] Sentencia T-090 de 2009. [29] Fecha de nacimiento: abril 8 de 1947 (Folio 6, cuaderno 2).

[30] La entidad demandada interpretó la sentencia C- 1024 de 2004 de esta manera pues en la respuesta a la acción de tutela, señaló que de acuerdo a las sentencias C-1024 de 2004 y C-789 de 2002, únicamente “ las personas cobijadas por el Régimen de Transición por haber tenido 15 años o más de servicios a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (01 de abril de 1994) tienen derecho a trasladarse en cualquier tiempo de los Fondos Privados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida” . (folio 42, Cuaderno 2).

[31] Véase: Sentencia C-754 de 2004. M.P. Álvaro Tafur Galvis. [32] Artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:

Copia de consulta hecha el 10 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.