

30.6-10 ✓

1

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CORTE CONSTITUCIONAL
Sala Novena de Revisión

SENTENCIA T-324 de 2010

Ref. : Expediente T-2556196

Acción de tutela instaurada por Jaime Hernando Acosta Allen contra el Instituto de Seguros Sociales y la Administradora de Fondo de Pensiones Cicolfondos.

Magistrado Ponente:
Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá D.C., seis (06) de mayo de dos mil diez (2010).

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

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por el Juzgado Treinta y Ocho Penal del Circuito de Bogotá, el 26 de octubre de 2009, y la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de la misma ciudad, el 16 de diciembre de 2009, que resolvieron la acción de tutela promovida por Jaime Hernando Acosta Allen contra el Instituto de Seguros Sociales y la Administradora de Fondo de Pensiones Cicolfondos.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y acción de tutela interpuesta:

El 8 de octubre de 2009, a través de apoderado judicial, el señor Jaime Hernando Acosta Allen instauró acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales y la Administradora de Fondo de Pensiones Cicolfondos, por considerar que éstas con sus actuaciones le vulneran los derechos constitucionales al debido proceso, a la igualdad, a la seguridad social y a la vejez en condiciones dignas, atendiendo los siguientes hechos:

1.1. El accionante manifiesta que desde el año 1979 hasta el mes de octubre de 1994, realizó cotizaciones con algunos meses de interrupción al Instituto de Seguros Sociales.

1.2. Indica que en su condición de trabajador dependiente, el 1° de noviembre de 1994 se trasladó del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondo de Pensiones Cicolfondos, permaneciendo en la misma hasta la fecha.

1.3. Dice ser beneficiario del régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, porque al 1° de abril de 1994, tenía 44 años de edad. Nació el 1° de febrero de 1950¹.

1.4. Señala que el 23 de octubre de 2008, solicitó a Cicolfondos que le autorizara el traslado al Instituto de Seguros Sociales y el 26 de noviembre del mismo año, elevó derecho de petición al Departamento de Atención al Pensionado de tal Instituto, solicitando el traslado de sus aportes pensionales del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida que administra el Seguro Social.

1.5. El 13 de noviembre de 2008² y el 16 de enero de 2008³, el Analista de Afiliaciones y Traslados de Cicolfondos, le contestó al accionante que no era viable el traslado de acuerdo con lo estipulado en el artículo 1° del Decreto 3800 de 2003, por cuanto le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad de jubilación. Sin embargo, le informó que debía diligenciar la solicitud de traslado ante Instituto de Seguros Sociales, alegando que pertenece al régimen de transición, para que dicho Instituto verifique la viabilidad del traslado nuevamente a esa entidad y realice el cálculo actuarial que permita identificar si el saldo de la cuenta individual resulta o no inferior al monto total del aporte legal para el riesgo de vejez, como si hubiese permanecido en el régimen de prima media.

1.6. El Jefe del Departamento Nacional de Afiliación y Registro del Instituto de Seguros Sociales, mediante oficio VA-DNAYR 2009-4256 del 29 de abril de 2009, le informó al accionante que *“para el análisis y aprobación del traslado se requiere de la participación de la última Administradora de*

¹ Cfr. folio 27 del cuaderno 1.

² Cfr. folios 28 a 29 ibídem.

³ Cfr. folios 31 a 32 ejúsdem.

Pensiones del Régimen de Ahorro Individual. Por lo anterior, el Instituto de Seguros Sociales solicitó a la A.F.P. Citicolfondos con oficio VA-DNAYR No. 2009-1846, la certificación del detalle simulado del saldo de la cuenta de ahorro individual con corte a la fecha de traslado al ISS”⁴.

1.7. El accionante aduce que mediante oficio DAC-At 6768.09 del 25 de junio de 2009⁵, el Jefe de Cuentas de Citicolfondos le informó que procedieron a remitir al Instituto de Seguros Sociales la documentación correspondiente para que esa entidad realice el cálculo actuarial y determine la viabilidad del traslado pensional. No obstante, el actor indica que le fue negado tal traslado.

1.8. Solicita protección constitucional definitiva a los derechos invocados y que, en consecuencia, se ordene al Gerente de Citicolfondos y al Jefe del Departamento Nacional de Afiliación y Registro del Instituto de Seguros Sociales, que efectivicen el traslado del accionante y de sus aportes incluidos los rendimientos financieros, del régimen de pensiones de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida.

2. Respuesta de las entidades accionadas:

2.1. Mediante escrito del 16 de octubre de 2009 y recibido en la misma fecha en la secretaria del juzgado *a-quo*, la apoderada general de Citicolfondos S.A. Pensiones y Cesantías, solicitó al juez constitucional declarar improcedente la acción de tutela porque corresponde al Instituto de Seguros Sociales determinar la viabilidad del traslado de aportes del accionante a esa administradora de pensiones.

Sin embargo, señaló que el Instituto de Seguros Sociales solicitó el traslado del señor Acosta Allen en agosto de 2009, el cual fue rechazado por Citicolfondos *“toda vez que revisada la información registrada en la página de la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se encontró que el señor Acosta Allen no cumple con el requisito de 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994, según la sentencia C-1024 de 2004 de la Corte Constitucional”*.

2.2. A pesar de estar debidamente notificado mediante oficios No. 3485 y 3486 del 13 de octubre de 2009, recibidos en las instalaciones de la entidad, el Instituto de Seguros Sociales guardó silencio frente a la solicitud de tutela.

II. DECISIONES OBJETO DE REVISIÓN:

1. Primera Instancia:

⁴ Cfr. folio 34 del cuaderno 1.

⁵ Cfr. folio 20 ibídem.

El Juzgado Treinta y Ocho Penal del Circuito de Bogotá, en fallo del 26 de octubre de 2009, negó el amparo a los derechos invocados por el accionante, al estimar que si bien Jaime Hernando Acosta Allen nació el 1° de febrero de 1950 y contaba con más de 40 años de edad al tiempo en que entró a regir el Estatuto de Seguridad Social, lo cierto es que *“no se tiene certeza del tiempo de cotizaciones antes de la entrada en vigencia del sistema de seguridad social instituido por la Ley 100 de 1993; por la información dada en el escrito de tutela se sabe es que estuvo afiliado al ISS entre 1979 y octubre de 1994, sin que allegara copia de la historia laboral, o certificación del tiempo de afiliación al Instituto de Seguro Social, prueba que el despacho no puede presumir”*.

2. Impugnación presentada por la parte actora:

El accionante impugnó el fallo adverso arguyendo para tal fin que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, establece que son beneficiarios del régimen de transición las mujeres que hayan acreditado 35 años de edad y 40 años de edad en el caso de los hombres, o 15 años de servicios cotizados. Que en su caso se cumplen ambos requisitos y que obligarlo a mantenerse en la AFP Citicolfondos desconoce su derecho adquirido de pensionarse a los 60 años como lo establece el Decreto 758 de 1990.

3. Segunda instancia:

La Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia del 16 de diciembre de 2009, confirmó el fallo denegatorio de amparo constitucional, esgrimiendo que el accionante es beneficiario del régimen de transición porque al 1° de abril de 1994 tenía 44 años de edad, pero no demostró que llevara 15 años de servicios cotizados al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993.

III. PRUEBAS DECRETADAS POR LA SALA DE REVISIÓN:

En auto del 25 de marzo de 2010, la Sala Novena de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, dispuso que a través de la Secretaría General de la Corporación, se oficiara al Instituto de Seguros Sociales para que remitiera certificación en la que conste el historial laboral de semanas cotizadas o la relación de aportes mensuales en materia de pensiones, que efectuó el accionante a esa entidad antes del 1° de abril de 1994.

En escrito recibido vía fax el 26 de abril de 2010, el Instituto de Seguros Sociales envió el reporte de semanas cotizadas por el accionante a esa entidad desde el 1° de febrero de 1976 hasta el 31 de marzo de 1994, el cual arrojó un **total de 661,4286 semanas**.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE.

1. Competencia:

Esta Corte es competente para revisar las decisiones judiciales antes descritas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, atendiendo a la selección y el reparto efectuados el 26 de febrero de 2010.

2. Problema Jurídico:

Corresponde a la Sala de Revisión determinar si el Instituto de Seguros Sociales y la Administradora de Fondo de Pensiones Citicolfondos, vulneraron los derechos constitucionales a la seguridad social y la vejez en condiciones dignas del accionante, al negarse a autorizar su traslado del régimen pensional de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida.

Para resolver la cuestión planteada, estima la Sala la necesidad de ocuparse de los siguientes temas: (i) Aspectos generales de los regímenes pensionales creados por la Ley 100 de 1993; (ii) El régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Planteamientos jurisprudenciales sobre el traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media en el caso de los beneficiarios del régimen de transición; y, luego analizara (iii) el caso en concreto.

3. Aspectos generales de los regímenes pensionales creados por la Ley 100 de 1993:

3.1. En desarrollo de la amplia facultad legislativa, el Congreso de la República expidió la Ley 100 de 1993, por medio de la cual organizó el Sistema de Seguridad Social Integral como un conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, que está conformado por los regímenes generales establecidos para Pensiones, Salud, Riesgos Profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en la misma Ley.

Concretamente, el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones tiene por objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que la misma Ley determina, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones⁶. Quiero ello decir que garantiza una

⁶ Artículo 10 de la Ley 100 de 1993.

cobertura universal a todos los habitantes del territorio nacional, dentro de las restricciones que su naturaleza de derecho programático le impone.

El sistema de pensiones en comento se compone por dos modalidades solidarias, excluyentes pero que coexisten⁷, como lo son el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Aunque la afiliación a cualquiera de estos regímenes es obligatoria, la selección de uno de estos sistemas es libre⁸ 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 1993⁹.

3.2. En el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida los aportes de los afiliados y sus rendimientos constituyen un fondo común de naturaleza pública, que dado su carácter parafiscal, no pueden ser entendido como dineros pertenecientes a la Nación¹⁰. Con ese fondo común se garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, y además, la obtención de la pensión de vejez, invalidez, o de sobreviviente, o una indemnización sustitutiva de la pensión, para los nuevos afiliados y sus beneficiarios¹¹.

Este régimen es administrado por el Instituto de Seguros Sociales¹², y por las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquéllos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en la misma Ley. Las personas afiliadas a este régimen obtendrán el derecho a la pensión de vejez, previamente establecida en la Ley, cuando cumplan con los requisitos legales de edad y semanas cotizadas.

3.3. Por su parte, 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 afiliados¹³. Se basa en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros, los cuales son consignados en la cuenta individual de cada afiliado constituida a

⁷ Sentencias T-750 de 2006 y T-080 de 2010.

⁸ Artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993.

⁹ Dicho literal anteriormente indicaba que los afiliados solo 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 el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, aumentando 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.

¹⁰ Sentencia C-378 de 1998.

¹¹ Artículo 31 de la Ley 100 de 1993.

¹² Artículo 52 de la Ley 100 de 1993.

¹³ Artículo 59 de la Ley 100 de 1993.

título personal, con el fin de garantizar el reconocimiento y pago de las pensiones de vejez, de invalidez y de sobrevivientes, así como las indemnizaciones especiales que consagra este régimen. 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 determinado o de un número mínimo de semanas cotizadas, requisitos propios del sistema de prima media con prestación definida*”¹⁴,¹⁵.

El conjunto de las cuentas individuales de ahorro pensional constituyen un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, denominado fondo de pensiones¹⁶, que es administrado por entidades privadas especializadas que hacen parte del sistema financiero, y que están sometidas a inspección y vigilancia del Estado¹⁷.

4. El régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Planteamientos jurisprudenciales unificados sobre el traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media en el caso de los beneficiarios del régimen de transición:

4.1. La Sala Plena de la Corte Constitucional, en reciente sentencia SU-062 de 2010, se ocupó de estudiar el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y su relación con el derecho a la seguridad social, puntualizando sus argumentos en las siguientes dos conclusiones:

(i) Que el régimen de transición se consagró con el fin de beneficiar a aquellas personas que al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, estaban próximas a cumplir los requisitos de la pensión de vejez, pues se les habilitó la “*expectativa de adquirir la pensión*” con la observancia de las exigencias que prescribían las normas anteriores al tránsito legislativo que regula tal Ley.

(ii) Que como se desprende de la lectura del inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el legislador estableció el régimen de transición en favor de tres categorías de trabajadores que, al momento de entrar en vigor dicha Ley, esto es el 1º de abril de 1994, cumplieran con determinados requisitos. Esas categorías son: en primer lugar, los hombres que tuvieran más de 40 años; en segundo lugar, las mujeres mayores de 35 años y; en tercer lugar, los

¹⁴ 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.

¹⁵ Sentencia SU-062 de 2010.

¹⁶ Literal d) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993.

¹⁷ Artículo 90 ibídem.

hombres y las mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de 15 años de servicios cotizados¹⁸.

Ahora bien, en la misma sentencia SU-062 de 2010, esta Corporación señaló que si bien los beneficiarios del régimen de transición tienen libertad para escoger el régimen pensional al que se desean afiliarse y también poseen la facultad de trasladarse entre ellos, no puede perderse de vista que la escogencia del régimen de ahorro individual o el traslado que hagan al mismo, trae para ellos la consecuencia que consagra los incisos 4^o¹⁹ y 5^o²⁰ del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, la pérdida de la protección del régimen de transición. Ello implica entonces que, para obtener el derecho a la pensión de vejez deben acreditar los requisitos que establece la Ley 100 de 1993 y no los de las normas anteriores, a pesar de ser más favorables para aquellos.

De esta forma, *“el traslado deja de ser entonces una simple cuestión legal y adquiere una relevancia constitucional innegable por estar en juego un derecho fundamental”*, toda vez que las personas beneficiarias de la transición al trasladarse de régimen pensional sufren serias repercusiones en el goce efectivo del derecho a la pensión de vejez y, por consiguiente, del derecho fundamental a la seguridad social.

4.2. El tema de traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media en el caso de los beneficiarios del régimen de transición, ha sido abordado por la Corte Constitucional en varias sentencias tanto de constitucionalidad como de tutela, con lo cual ha ido sentado un sólido precedente frente al caso. Para estudiarlo, haremos mención a las sentencias más importantes:

- **Sentencia C-789 de 2002:** El ciudadano Luis Eduardo Hernández Delgado demandó el artículo 36, incisos 4 y 5 de la Ley 100 de 1993 *“Por el cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”*, al considerar que tales normas vulneraban el artículo 58 de la Constitución al despojar a las personas del derecho adquirido consistente en pensionarse de acuerdo al régimen de transición y, atentaban contra el artículo 53 ibídem, al permitir que los trabajadores beneficiados con el régimen de transición renunciaran al mismo al afiliarse o trasladarse al régimen de ahorro individual.

¹⁸ Estas tres categorías de trabajadores fueron establecidas en la sentencia C-789 de 2002 y posteriormente fueron reiteradas en las sentencias C-1024 de 2004 y T-1014 de 2008.

¹⁹ Inciso 4^o: *“Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen de transición tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen”*.

²⁰ Inciso 5^o: *“Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida”*.

En esa oportunidad, la Sala Plena planteó como problema jurídico si, es admisible constitucionalmente que el legislador imponga como requisito para aplicar el régimen de transición que las personas no renuncien al sistema de prima media con prestación definida, a lo cual señaló que el legislador puede imponer ciertos requisitos y restringir con ello el acceso de las personas al régimen de transición, siempre y cuando tales restricciones sean razonables y proporcionadas.

Así, determinó que el derecho a obtener una pensión con el régimen de transición no es un derecho adquirido sino una expectativa legítima a la cual decidieron renunciar voluntaria y automáticamente algunas personas, para trasladarse al sistema de ahorro individual con solidaridad. Por consiguiente, la prohibición de renunciar a beneficios laborales mínimos no se extiende a meras expectativas, 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.

Precisó que conforme al principio de proporcionalidad, los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no son aplicables a las personas que tenían 15 años o más de trabajo cotizados al 1° de abril de 1994, habida cuenta que para esa fecha habían cumplido con el 75% o más del tiempo de trabajo necesario para acceder a la pensión y, por ende, debían respetárseles las condiciones de tiempo de servicio, edad y monto de la pensión con las que esperaban adquirir su derecho, siempre y cuando *“(i) 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, (ii) 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”*.

Lo anterior significa que tales incisos **solamente** son aplicables a las mujeres y a los hombres que, al entrar en vigencia el estatuto de seguridad social, tenían como mínimo 35 y 40 años de edad respectivamente. Respecto de ellos, el acogerse o trasladarse al régimen de ahorro individual se traduce en la pérdida de los beneficios que consagra el régimen de transición.

• **Sentencia C-1024 de 2004:** Con ocasión de una acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 2° de la Ley 797 de 2003²¹, que

²¹ “Artículo 2°. Se modifican los literales a), e), i), del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y se adiciona dicho artículo con los literales l), m), n), o) y p), todos los cuales quedarán así:

Artículo 13. Características del Sistema General de Pensiones.

(...)

e) 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

modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, un ciudadano planteó que la norma acusada vulneraba los artículos 13 y 53 de la Constitución Política, al restringirle al trabajador el derecho de trasladarse de régimen pensional cuando le faltan diez años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

En la parte resolutive de la sentencia, la Corte declaró exequible la norma acusada, 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.

La *ratio decidendi* de esa decisión se fundamentó en que, si bien es cierto que el periodo de carencia previsto en la norma acusada, esto es, que el afiliado no pueda trasladarse de régimen pensional cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, es *razonable y proporcional* porque el objetivo perseguido es evitar la descapitalización del fondo común del régimen solidario de prima media con prestación definida²², al igual que es *adecuado* porque conlleva a un fin constitucionalmente válido como es asegurar la intangibilidad de los recursos pensionales en ambos regímenes para garantizar el reconocimiento del derecho irrenunciable a la pensión, no puede perderse de vista que de acuerdo con los argumentos esbozados en la sentencia C-789 de 2002, las personas que hayan cotizado 15 años o más al 1° de abril de 1994, tienen un “*derecho adquirido a estar o a permanecer en el régimen de transición*”, lo que impone que puedan retornar en cualquier tiempo al régimen de prima media con prestación definida en procura de hacer efectivo su derecho pensional con fundamento en las disposiciones que le resulten más beneficiosas.

Bajo ese derrotero, la Corte indicó que siendo la permanencia en el régimen de transición un derecho adquirido, la norma demandada no podía desconocer la posibilidad de las personas, hombres y mujeres sin importar su edad, que hubiesen cotizado 15 años antes del 1° de abril de 1994, de regresar en

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; (...).

²² Según esta sentencia, la descapitalización del fondo común del régimen solidario de prima media con prestación definida tendría lugar cuando: “*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*” (...) “*permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (CP art. 95), sino también al principio de eficacia pensional*”.

cualquier tiempo con el total de sus aportes y rendimientos, del sistema de ahorro individual con solidaridad al sistema de prima media con prestación definida que administra el Instituto de Seguros Sociales.

- **Sentencia T-818 de 2007:** Un funcionario público distrital presentó acción de tutela contra Porvenir AFP, solicitando protección a sus derechos fundamentales a la libre escogencia de AFP, seguridad social e igualdad; en consecuencia, pidió que se ordenara a la demandada autorizar el traslado del accionante al Seguro Social. Manifestó que en enero del año 2000 se trasladó del régimen de prima media con prestación definida a la AFP Porvenir en el régimen de ahorro individual con solidaridad, y que en el año 2006 cuando solicitó su regreso al Seguro Social por cumplir con los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, le fue negado el traslado aduciendo que no contaba con los 15 años o más cotizados antes de entrar en vigencia el estatuto de seguridad social, por ende, debía permanecer en Porvenir AFP y pensionarse por vejez con ese Fondo.

En esa ocasión la Corte estimó que los requisitos de edad -35 años para mujeres y 40 años para hombres- y de tiempo mínimo de cotizaciones exigidos para ser beneficiario del régimen de transición, son **requisitos disyuntivos** *“por lo que basta con que en cabeza de una persona se configure alguna de las dos premisas anteriores descritas para que frente al Estado Social de Derecho aquel ostente un derecho adquirido al régimen de transición”*. De esta forma, concluyó que el derecho a pensionarse bajo los parámetros establecidos en el sistema anterior a aquel fijado en la Ley 100 de 1993, es un derecho adquirido para aquellas personas que cumplieran al menos uno de los requisitos para formar parte de dicho régimen. Así, señaló que *“se presenta un derecho adquirido cuando: (i) es predicable de un sujeto y (ii) los hechos descritos en las premisas normativas se cumplen (iii) ingresando definitivamente en el patrimonio de un persona”*.

Partiendo de ese derecho adquirido estimó, como consecuencia lógica, el derecho a trasladarse del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida en cualquier momento para hacer efectivo el derecho a pensión, pero estableció como única condición *“que al cambiarse de régimen nuevamente se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad”* (Negrillas fuera del texto original).

En forma adicional, esa sentencia identificó un problema serio consistente en la imposibilidad de cumplir con el requisito de equivalencia en el ahorro impuesto por la Sala Plena en la sentencia C-789 de 2002, a raíz de la reforma introducida por la Ley 797 de 2003.

Para contextualizar el problema, es necesario que esta Sala mencione que según el texto original del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, tanto en el ISS como en los fondos de pensiones, se destinaba el 3.5% de la cotización para pagar la pensión de invalidez, la pensión de sobreviviente y los gastos de administración del sistema, incluida la prima del reaseguro con el fondo de garantías, y el porcentaje restante se destinaba para el pago de la pensión de vejez.

Dicho artículo fue posteriormente modificado por el artículo 7° de la Ley 797 de 2003, el cual no cambió la distribución del aporte en el régimen de prima media con prestación definida, pero si lo hizo en el régimen de ahorro individual. Por consiguiente, a partir de la nueva Ley, en el último régimen en mención, el 1.5% de la cotización se destina al fondo de garantía de pensión mínima, mientras que en el régimen de prima media con prestación definida, ese 1.5% se abona para financiar la pensión de vejez del afiliado. Quiero ello decir que, siempre será mayor el porcentaje destinado para la pensión de vejez en el régimen de prima media que en el de ahorro individual.

Siendo consiente de la magnitud de ese problema, la Corte sostuvo en la sentencia T-818 de 2007, que *“la exigencia de condiciones imposibles (...) para ejercer el derecho de las personas que, pueden cambiar de régimen aún faltándoles menos de diez años para obtener el derecho de pensión, es a todas luces inconstitucional. No se puede condicionar la realización del derecho a la libre escogencia de régimen pensional mediante elementos que hagan imposible su ejercicio”*.

Nótese que el problema fue detectado, pero no abordado ni solucionado desde su raíz; por ende, al estudiar el caso concreto, la Sala Primera de Revisión se limitó a conceder el amparo al accionante, quien a pesar de tener solo 8 años cotizados en el sistema al 1° de abril de 1994, tenía para esa fecha 41 años de edad, razón por la cual concluyó que al cumplir el requisito de edad podía regresar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier momento antes de pensionarse, independientemente que le faltaran menos de 10 años para adquirir el derecho.

- **Sentencia SU-062 de 2010:** Ante la declaratoria de nulidad de la sentencia T-168 de 2009 a través del auto 009 de 2010, la Sala Plena de la Corte Constitucional profirió recientemente la sentencia unificada SU-062 de la presente anualidad, en la cual abordó el problema detectado en la sentencia T-818 de 2007, atinente a la imposibilidad de cumplir con el requisito de la equivalencia del ahorro para efectuar el traslado pensional del régimen de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida.

Esta Corporación indicó que el problema ha sido solucionado con la expedición del Decreto 3995 del 16 de octubre de 2008, el cual introdujo una

norma que hace que la distribución del aporte contenida en la Ley 797 de 2003, no sea obstáculo para satisfacer el requisito de la equivalencia del ahorro que estableció la sentencia C-789 de 2002.

Revisando el texto del mencionado Decreto, la Sala Plena señaló que aquel fija las reglas (i) para escoger uno de los dos regímenes en procura de evitar la multiafiliación en el sistema y (ii) para trasladar allí el ahorro efectuado en el otro. Estimó que a pesar de su objeto, el cual se centra en solucionar la situación generalizada de multiafiliación pensional, “en el artículo final del decreto se prescribió que las reglas para traslado de recursos descritas en el artículo 7 se aplicarían no solo 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”.²³

Precisamente, las reglas para el traslado de recursos se encuentran contempladas en el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008, y prescriben que cuando se trate de una administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad, deberá trasladar el total del saldo que reposa tanto en la respectiva cuenta individual del trabajador, como en el fondo de garantía de pensión mínima del RAIS.²⁴ De esta forma, “[e]l artículo 7 soluciona el impedimento

²³ “CAPITULO VII. TRASLADO DE PERSONAS CON MENOS DE 10 AÑOS PARA CUMPLIR LA EDAD PARA TENER DERECHO A PENSIÓN. Artículo 12. Traslado de personas con menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a pensión. Las personas vinculadas al RAIS a las que les falten menos de 10 años para cumplir la edad para la pensión de vejez del Régimen de Prima Media, podrán trasladarse a este únicamente si teniendo en cuenta lo establecido por las Sentencias C-789 de 2002 y la C-1024 de 2004, recuperan el régimen de transición. La AFP a la cual se encuentre vinculado el afiliado que presente la solicitud de traslado, deberá remitir toda la información necesaria para que el ISS realice el cálculo respectivo conforme a lo señalado en el artículo 7° del presente Decreto. Una vez recibida la información contará con 20 días hábiles para manifestar si es viable el traslado”.

²⁴ “Artículo 7°. Traslado de Recursos. El traslado de recursos pensionales entre regímenes, incluyendo los contemplados en este Decreto, así como de la historia laboral en estos casos, deberá realizarse en los términos señalados a continuación y en el artículo siguiente:

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

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

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

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

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”²⁵.

Por lo anterior, la Sala Plena de esta Corporación consideró necesario ajustar la jurisprudencia constitucional a la normatividad vigente y reiterar lo expresado en las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2002, para lo cual indicó 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. Estas personas son las que cumplan con 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”.*

Finalmente, en la sentencia de unificación la Corte adujo que la diferencia en la rentabilidad que producen los dos regímenes pensionales sobre los dineros aportados, no puede constituir un impedimento para negar a los beneficiarios del régimen de transición, el traspaso del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida por incumplimiento del requisito de la equivalencia en el ahorro, habida cuenta que antes de dar origen a la negativa, se les debe ofrecer *“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*

Lo anterior sin perjuicio de la facultad que tiene la Superintendencia Financiera de precisar otros aspectos referentes a la materia”.

²⁵ Sentencia SU-062 de 2010.

aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media". De esa manera, superó cualquier inconveniente que se llegará a presentar frente a la equivalencia de la rentabilidad en el momento del traslado pensional.

4.3. En este orden de ideas, siguiendo el derrotero anteriormente expuesto, podemos concluir que solo pueden trasladarse, en cualquier momento, del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, las personas que al 1° de abril de 1994, tenían 15 años de servicios cotizados, independientemente de si se tratan de hombres o de mujeres, y de la edad que tenían para esa fecha. Quiero ello decir que, corrigiendo lo que se dijo en la sentencia T-818 de 2007, la posibilidad de traslado pensional para los beneficiarios del régimen de transición, no admite únicamente el cumplimiento de la edad de 35 años en el caso de las mujeres y 40 años en el caso de los hombre; por ende, no se puede considerar la existencia de requisitos disyuntivos según los cuales, basta el cumplimiento de uno solo de ellos, específicamente el de edad, para poder devolverse al régimen pensional administrado por el Instituto de Seguros Sociales. Queda claro entonces que, el único requisito que se debe acreditar es el de tener 15 años de servicios cotizados al 1° de abril de 1994.

Sumado a lo anterior, quienes son acreedores del traslado pensional, deberán trasladar todo el ahorro que hayan efectuado en el régimen de ahorro individual con solidaridad, lo cual incluye el saldo en unidades de los aportes efectuados a nombre del trabajador en la respectiva cuenta individual y en el fondo de garantía de pensión mínima del RAIS. Dicho ahorro no puede ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubiere permanecido bajo la administración del Seguro Social. Si llegará a ser inferior solamente por la diferencia de rentabilidad dada entre los fondos (común y privados), se le debe ofrecer al beneficiario la posibilidad de aportar, en un tiempo prudente, 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.

5. El caso concreto:

El ciudadano Jaime Hernando Acosta Allen considera vulnerado sus derechos constitucionales a la seguridad social, al debido proceso y a la vejez en condiciones dignas, por parte del Instituto de Seguros Sociales y la Administradora de Fondo de Pensiones Citicolfondos, por cuanto le negaron el traslado del régimen pensional de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida, a pesar de ser beneficiario del régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Analizando el caso objeto de estudio, en primer lugar, la Sala estima que la acción de tutela se torna procedente para proteger los derechos invocados, habida consideración que si bien el actor cuenta con otro mecanismo de defensa, cual es, aducir a la jurisdicción ordinaria laboral en procura de controvertir la negativa del traslado pensional, no lo es menos que ese mecanismo resulta ser dispendioso y poco efectivo para garantizar en forma inmediata el amparo de sus derechos debido a que, probablemente, en el momento en el cual el juez laboral se disponga a decidir sobre la solicitud de traslado, la negará a causa de que el régimen de transición ya no estará vigente teniendo en cuenta que, en virtud del Acto Legislativo 01 de 2005, mediante el cual se reformó el artículo 48 Superior, se prescribió que éste expirará el 31 de julio de 2010.

En segundo lugar, la Sala al comprobar si el accionante hace parte o no del régimen de transición que establece el artículo 36 de la ley 100 de 1993, encuentra que el señor Jaime Hernando Acosta Allen nació el 1° de febrero de 1950, es decir que, para el 1° de abril de 1994, contaba con 44 años de edad cumplidos, lo cual lo ubica como beneficiario del mentado régimen. Sin embargo, al tenor de los incisos 4° y 5° del artículo en comento, los hombres de 40 años de edad o más para esa fecha, que siendo beneficiarios del régimen de transición, se hayan acogido voluntariamente al régimen de ahorro individual con solidaridad y decidan posteriormente retornar al de prima media con prestación definida, no podrán hacerlo ya que como se explicó, el solo cumplimiento de la edad no los ubica como beneficiarios del cambio de régimen pensional.

En tercer lugar, revisada la historia laboral que anexó el Instituto de Seguros Sociales durante el trámite de revisión surtido ante esta Corporación, la Sala constata que el accionante cotizó desde el 1° de febrero de 1976 al 31 de marzo de 1994, solamente 661,4286 semanas que equivalen a 13 años, 2 meses y aproximadamente 20 días. Por consiguiente, el actor no cumple con el requisito de tener 15 años de servicios cotizados a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, siendo éste un presupuesto indispensable para habilitar su regreso en cualquier momento al régimen de prima media con prestación definida. No habiendo cumplido ese primer requisito, se torna innecesario estudiar los otros dos presupuestos que ha señalado la jurisprudencia constitucional para que proceda el traslado pensional.

En este orden de ideas, la acción de tutela en el presente caso no resulta viable, y la decisión negativa que fuera impartida en primera y segunda instancia, habrá de confirmarse en esta sede de revisión.

IV. DECISIÓN.

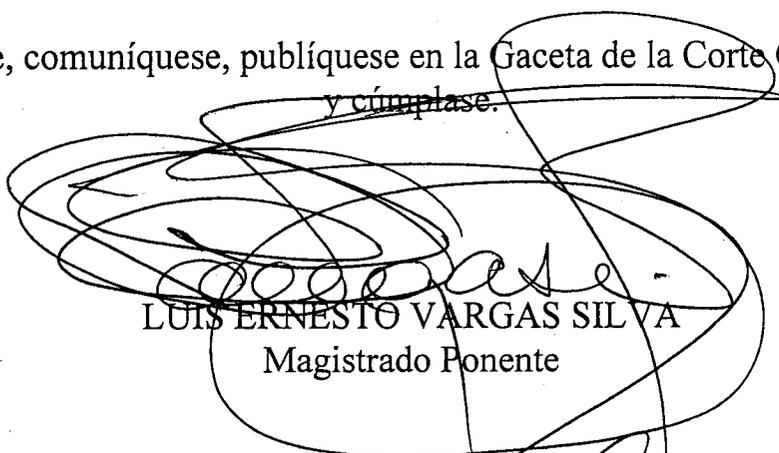
En mérito de lo expuesto, la Sala Novena de Revisión, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

Primero. CONFIRMAR la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá el 16 de diciembre de 2009, en la que se confirmó la decisión dictada por el Juzgado Treinta y Ocho Penal del Circuito de Bogotá el 26 de octubre de esa misma anualidad, que negó el amparo solicitado por el señor Jaime Hernando Acosta Allen, por las consideraciones expuestas en esta sentencia.

Segundo. Por Secretaría General librense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

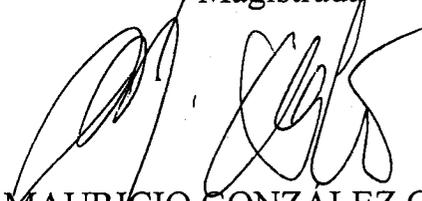
Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.



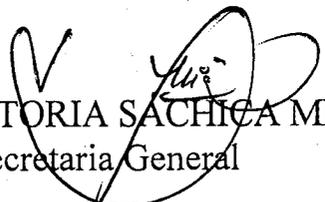
LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado Ponente



MARIA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada



MAURICIO GONZALEZ CUERVO
Magistrado



MARTHA VICTORIA SACHICA MÉNDEZ
Secretaria General