

Expediente T-2.413.372 y acumulados.

SENTENCIA T-138/10

(Febrero 24; Bogotá D. C.)

PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Criterios posibles para determinar qué debe entenderse por ésta para ser considerado sujeto de especial protección/PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Existencia de norma positiva que suministra un criterio preciso y objetivo de definición de ese concepto

El problema consiste en determinar qué es la tercera edad para esos efectos. Para dilucidar este punto es plausible utilizar uno de varios criterios posibles: un primer criterio consiste en encontrar en el ordenamiento jurídico colombiano una norma positiva, de rango legal, que contenga una definición objetiva y razonable del concepto de “tercera edad”. Al respecto, la Sala encuentra que el 5 de enero de 2009 se expidió la Ley 1276 de 2009. En consecuencia, podría argumentarse que, existiendo una norma positiva, que suministra un criterio preciso y objetivo de definición del concepto de “persona de la tercera edad”, a ella debe atenderse el juez constitucional para efectos de determinar si se cumple el primero de los requisitos jurisprudenciales que permitirían examinar la eventual existencia de un derecho a pensión de vejez por la excepcional vía de la tutela. Este criterio, sin embargo, enfrenta dos dificultades: en primer lugar, la citada definición legal está expresamente concebida para los fines de la ley en la que está incluida. Así lo dice sin ambigüedades el encabezado del artículo 7º que se acaba de transcribir. Esta ley no se relaciona sino de manera muy tangencial y remota con el sistema de seguridad social en pensiones, y su propósito, también explícito desde su artículo 1º es regular la actividad de unos centros públicos de atención para un segmento poblacional. Aunque se trata de una definición de orden legal, y con el deseable nivel de precisión, trasladarla de su ámbito propio, para el cual fue exclusivamente concebida, al ámbito del sistema de seguridad social en pensiones podría darle a la definición un alcance extraordinariamente más amplio que el deseado expresamente por el legislador.

PERSONA DE LA TERCERA EDAD-No puede aplicarse definición contenida en la Ley 1276/09

La definición del concepto de “tercera edad” contenido en la Ley 1276 de 2009, de aplicarse para efectos de determinar la procedibilidad excepcional de la tutela en materia de pensiones de vejez, llevaría al absurdo de consagrar un parámetro de edad inferior al definido en el régimen legal del sistema general de seguridad social en pensiones para adquirir el derecho a la pensión. En efecto, a fecha de hoy, según el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, tal y como fuera modificado por la Ley 797 de 2003, la edad para pensionarse es de cincuenta y cinco (55) años de edad en el caso de las mujeres, o sesenta (60) años de edad en el caso de los hombres. Pero estos parámetros de edad son transitorios, por cuanto, a renglón seguido, el mismo artículo establece que “a partir del 1º de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre”. Trasladar la definición de la Ley 1276 de 2009 para los propósitos que se vienen analizando –precisar el concepto de “tercera edad” para admitir que el reconocimiento del derecho a la pensión de vejez pueda hacerse excepcionalmente vía tutela-, implicaría aceptar una definición que está incluso por debajo del parámetro básico del sistema general de pensiones. Esto no tendría sentido porque llevaría al absurdo de permitir que

por la vía excepcional de la tutela se estudien reconocimientos de pensiones de quienes, según la regla general, aún no tendrían derecho a ella. No es posible aplicar la definición de “tercera edad” contenida en la Ley 1276 de 2009, como criterio para determinar el primero de los criterios jurisprudenciales que permitirían viabilizar la tutela como mecanismo para amparar el derecho a la pensión de vejez, al menos en el caso de los hombres, que es el que aquí se analiza.

PERSONA DE LA TERCERA EDAD-No puede aplicarse definición contenida en la Ley 1251/08

No es posible utilizar la definición contenida en la Ley 1251 de 2008, “Por la cual se dictan normas tendientes a procurar la protección, promoción y defensa de los derechos de los adultos mayores”. Esta ley, a diferencia de la Ley 1276 de 2009 que se acaba de analizar, no equipara expresamente los conceptos de “adulto mayor” y “persona de la tercera edad”. Y, de otra parte, su definición del concepto de adulto mayor (“Adulto mayor. Es aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más”), de adoptarse para efectos de procedibilidad de la tutela en materia de reconocimiento y pago de pensiones, trastocaría, al menos en el caso de los hombres, la excepción en regla, por las razones que se acaban de explicar. Finalmente, esta definición legal está contenida en una ley cuyo propósito esencial es regular el funcionamiento de las instituciones que atienden a los adultos mayores, y extender su alcance a un asunto procesal como el que aquí se examina desbordaría su propósito.

PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Otro criterio sería el de considerar que son las que cumplen el requisito de edad para pensionarse

Un segundo criterio consistiría precisamente en considerar que son personas de la tercera edad las que cumplen el requisito de edad para pensionarse. Este criterio tiene una cierta fuerza lógica: si el legislador ha considerado que al llegar a cierta edad –la que legislativamente se defina-, la persona adquiere el derecho a recibir un ingreso sin trabajar –a pensionarse-, es porque considera que a partir de dicha edad, y presuponiendo que aportó al sistema durante el tiempo suficiente, sus capacidades no le permiten seguir generando ingresos como fruto de su trabajo y por lo tanto, la sociedad, como corresponde en un Estado Social de Derecho, le compensa los largos años de trabajo con una garantía de ingreso periódico, que no es ya la remuneración por su trabajo inmediato, sino el reconocimiento a su trayectoria laboral de largo plazo, y su garantía al mínimo vital. En otras palabras, podría lógicamente afirmarse que al llegar a la edad de pensionarse, la persona pierde, al menos por presunción legal, su capacidad de laborar; precisamente por ello tiene derecho a la pensión. De lo contrario, el sistema estaría creando una carga absurda al pensionar a personas que todavía pueden trabajar, producir y aportar al sistema. Luego, la equiparación entre el arribo a la edad de pensión y el concepto de “tercera edad”, que amerita una especial protección constitucional, tendría sentido. Sin embargo, de lo que aquí se trata es de establecer un concepto de “tercera edad” como primer pero no único presupuesto que permita de manera excepcional que la dilucidación del derecho a la pensión de vejez se haga por la vía de la acción de tutela y no por la vía ordinaria. Para esos efectos puntuales, este criterio tampoco sería adecuado: al aplicar la regla general de edad de pensión para definir el concepto de tercera edad susceptible de una especial protección constitucional, se estaría incorporando la regla general a un conjunto de casos que tiene que ser excepcional.

CONTROVERSIAS RELATIVAS AL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE PENSION DE VEJEZ-Deben por regla general tramitarse ante la justicia laboral ordinaria/CONTROVERSIAS RELATIVAS AL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE PENSION DE VEJEZ Y CONCEPTO DE TERCERA EDAD

Las controversias relativas al reconocimiento y pago de pensiones de vejez deben, por regla general, tramitarse ante la justicia laboral ordinaria. Sólo excepcionalmente, y sólo en tanto se den ciertas circunstancias concurrentes jurisprudencialmente establecidas, tal asunto puede tramitarse vía tutela. La primera de esas circunstancias es, como se dijo antes, el que la persona sea de la tercera edad. Si se equipara el concepto de tercera edad al de “edad de pensión”, tendríamos que lo excepcional –la posibilidad de acceder a la pensión de vejez por la vía de la tutela- se tornaría en la regla general, y la gran mayoría de las personas que llegan a la edad que las hace en principio acreedoras a una pensión de vejez tendrían al menos un primer argumento para acudir a la tutela, vía de suyo excepcional por mandato constitucional. De modo que, para estos fines, el concepto de “tercera edad” no puede asimilarse al de “edad de pensión”, pues se trastocaría totalmente la excepción en regla. Precisamente debido a estas dificultades, algunas Salas de Revisión han adoptado un criterio distinto a los dos aquí mencionados que parte, razonablemente, de distinguir el concepto de “vejez” (que determina la posibilidad de acceder a una pensión), del concepto de “ancianidad” o “tercera edad”, que es el que auténticamente amerita una especial protección constitucional, y por lo tanto justificaría que, en concurrencia con otros requisitos, quienes se encuentren en dicha categoría especial puedan, en principio, acudir a la acción de tutela para reclamar su derecho a la pensión de vejez.

PERSONA DE LA TERCERA EDAD ES QUIEN TENGA UNA EDAD SUPERIOR A LA EXPECTATIVA DE VIDA OFICIALMENTE RECONOCIDA EN COLOMBIA/ PERSONA DE LA TERCERA EDAD Y VIA EXCEPCIONAL DE LA TUTELA PARA RECLAMAR PENSION DE VEJEZ

El criterio para considerar a alguien de “la tercera edad”, es que tenga una edad superior a la expectativa de vida oficialmente reconocida en Colombia. Este criterio reconoce, por un lado, que la edad legalmente definida para efectos de pensión suele tener un rezago considerable frente a las realidades demográficas. Y por otro lado, introduce un parámetro de distinción objetivo y técnicamente definido, que le permite al juez constitucional, dentro del universo de quienes han llegado a la edad para hacerse acreedores a una pensión de vejez –regla general-, determinar a aquel subgrupo que amerita una especial protección constitucional y por lo tanto, quienes hacen parte de él podrían eventualmente, si concurren los demás requisitos de procedibilidad jurisprudencialmente establecidos, reclamar su pensión de vejez por la vía excepcional de la tutela. Se trata, en consecuencia de un criterio objetivo y que, a diferencia de los otros criterios posibles, permite una distinción que atiende el carácter excepcional de la tutela.

TERCERA EDAD-Para efectos constitucionales empieza cuando se supera expectativa de vida

PERSONA DE LA TERCERA EDAD Y EXPECTATIVA DE VIDA-Conforme al Documento de Proyecciones de Población elaborado por el Departamento Nacional de Estadística

De conformidad con el documento de Proyecciones de Población elaborado por el Departamento Nacional de Estadística, de Septiembre de 2007[1] -que constituye el documento oficial estatal vigente para efectos de determinar el indicador de expectativa de vida al nacer-, para el quinquenio 2010-2015, la esperanza de vida al nacer para hombres es de 72.1 años y para mujeres es de 78.5 años.

PERSONA DE LA TERCERA EDAD Y VIA EXCEPCIONAL DE LA ACCION DE TUTELA PARA RECLAMAR PENSION DE VEJEZ-Sólo los ciudadanos hombres mayores de 72 años pueden acudir a esta acción

A menos que concurran en algún caso concreto circunstancias específicas que ameriten hacer alguna consideración particular, sólo los ciudadanos hombres mayores de 72 años pueden acudir a la tutela como mecanismo excepcional para lograr judicialmente el reconocimiento y pago de una pensión. Y, en tal caso, acreditado ese primer requisito, tendrán también que acreditar los otros requisitos de procedibilidad tales como la demostración de la afectación al mínimo vital, el despliegue de alguna actividad administrativa o judicial y la ineficacia del medio judicial ordinario. Claro está que este criterio no es absoluto y pueden darse casos de personas que, aún sin llegar a la edad mencionada, requieran de la intervención urgente del juez constitucional para efectos de garantizar, a través del reconocimiento del derecho a su pensión de vejez, la protección de su derecho fundamental al mínimo vital. Pero, sin duda, este criterio de edad permite tener un punto de partida objetivo y preciso para entrar en el análisis de procedibilidad de la tutela. En el presente caso el tutelante cumplirá 69 años en marzo de 2010. En consecuencia, no puede predicarse de él, según el criterio jurisprudencial aquí reiterado y acogido, que pertenezca a la tercera edad, y por lo tanto tenga por ahora derecho a una especial protección estatal. Por lo tanto, en principio, no le es dable solicitar el reconocimiento y pago de su pensión de vejez por el camino excepcional de la acción de tutela.

RELIQUIDACION DE PENSION DE VEJEZ-Caso en que no existen pruebas suficientes que permitan concluir que en efecto ha ocurrido la violación del derecho de petición

La Sala confirmará el fallo de instancia que negó la tutela, por que no existen en el expediente pruebas suficientes que permitan concluir que en efecto ha ocurrido la violación del derecho de petición. De hecho, el que no se hubiera acompañado copia completa de la petición con indicación de la fecha de presentación, aunado al hecho de que tampoco se allegó dicha documentación con posterioridad a la expedición del fallo de tutela de primera instancia, por ejemplo para efectos de impugnación, y que ni siquiera se hubiera anexado al trámite de revisión en la Corte Constitucional, permiten suponer o bien que finalmente la respuesta reclamada se produjo, o que la accionante perdió interés en el resultado del trámite de tutela. Por lo demás, es claro que en el presente caso no está en juego el derecho al mínimo vital de la accionante, quien, como ya se reseñó, y a diferencia de los otros dos expedientes aquí acumulados, tiene ya reconocido, desde hace cerca de tres años, su derecho a la pensión de vejez por parte del ISS. La discusión sobre su monto es asunto que puede y debe tramitarse a través de los procedimientos gubernativos y jurisdiccionales ordinarios.

PENSION DE VEJEZ COMO DERECHO IRRENUNCIABLE/IRRENUNCIABILIDAD A LOS BENEFICIOS LABORALES MINIMOS

La Corte ha entendido que este principio de irrenunciabilidad a los beneficios laborales mínimos, incluyendo los vinculados con la seguridad social, es un mecanismo de protección a los trabajadores. Al aplicar este criterio general sobre la irrenunciabilidad de los derechos laborales mínimos al caso específico de la pensión de vejez, la jurisprudencia de la Corte ha partido de la premisa según la cual la pensión está ligada inescindiblemente a las protecciones constitucionales del derecho al trabajo.

PENSION DE VEJEZ COMO DERECHO IRRENUNCIABLE Y DERECHO A LA INDEMNIZACION SUSTITUTIVA

El derecho a la pensión de vejez, y su manifestación alterna, esto es, el derecho a la indemnización sustitutiva (o, en el caso del régimen de ahorro individual con solidaridad, la devolución de aportes), al ser uno de los derechos laborales mínimos constitucionalmente

protegidos, también es irrenunciable. Y que ese atributo de irrenunciabilidad está concebido precisamente como una protección al trabajador, activo o retirado, que, de no tener dicha garantía, podría ponerla en riesgo ante una presión económica coyuntural o una proveniente de su empleador.

PENSION DE VEJEZ COMO DERECHO IRRENUNCIABLE Y SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA DE PENSIONES

Tanto en el régimen de prima media con prestación definida como en el régimen de ahorro individual con solidaridad, esa irrenunciabilidad de la pensión de vejez, y más precisamente de las figuras alternas de la indemnización sustitutiva o la devolución de aportes, tiene otra finalidad relacionada con la sostenibilidad financiera del sistema, que también es un propósito constitucional explícito. De permitirse la renuncia a estos derechos en casos individuales, se empezaría a desmoronar gradualmente el delicado diseño técnico, financiero y actuarial del sistema, que presupone un tiempo suficiente de aportes, y unos requisitos de edad mínimos, de tal manera que, en promedio, sea dable pagar pensiones en forma que no se imponga una carga excesiva sobre el sistema que pondría en riesgo los derechos pensionales de la gran mayoría de quienes a él contribuyen. La renuncia voluntaria a la pensión de vejez implicaría, por ejemplo, la desaparición de la obligación de cotizar al sistema, con grave riesgo para el fondo común y solidario en que se basa el sistema de prima media, y también para la satisfacción de las garantías ofrecidas por el sistema de ahorro individual, el cual, por lo demás, también tiene un componente solidario que depende de la disciplina en los aportes.

PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS PENSIONALES-Después de la Constitución de 1991 no admite excepciones

El principio de la irrenunciabilidad de los derechos pensionales, que después de la Constitución de 1991 no admite excepciones, tiene entonces una doble connotación: por un lado, y principalmente, se funda en la concepción de la seguridad social como un derecho, y por lo tanto dota a la pensión de un atributo con el cual se la protege de cualquier pacto privado o urgencia coyuntural. Por otro lado, la irrenunciabilidad de la pensión garantiza el cumplimiento de los deberes de los afiliados al sistema de seguridad social, y pone de presente el aspecto solidario y mancomunado de los subsistemas pensionales que lo integran.

DERECHO A LA DEVOLUCION DE SALDOS

DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE INDEMNIZACION SUSTITUTIVA O DEVOLUCION DE SALDOS-Finalidad y naturaleza jurídica

DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE INDEMNIZACION SUSTITUTIVA O DEVOLUCION DE SALDOS-Improcedencia de tutela por no cumplir requisito objetivo de edad

para esta Sala está claro que la actora cumplirá 52 años de edad en marzo del 2010, es decir que aún le faltan más de cinco años para llegar a la edad que constituye el primero de los supuestos de hecho para la procedencia de la devolución de saldos, según el artículo 66 de la Ley 100 de 1993. En las sentencias anteriormente citadas, los accionantes habían ya sobrepasado dicha edad, y lo que se discutía eran la aplicabilidad o no de otros requisitos para acceder al derecho a la devolución de saldos. No debe perderse de vista que la devolución de saldos es un mecanismo alternativo al de la pensión de vejez, pero inspirado en la misma necesidad de proteger al individuo ante la contingencia de la desaparición de ingresos por razón de la edad. En consecuencia, la edad legal para acceder al derecho tiene que ser necesariamente el punto de partida del examen

de su procedencia. La devolución de saldos es una alternativa a la pensión de vejez, pero, por supuesto, no puede hacerse efectiva sino cuando se cumple al menos el requisito de edad. Así concebido, el derecho a la devolución de saldos por lo menos presupone, para su realización, la llegada a la edad legalmente exigida. Sólo verificado ese presupuesto necesario inicial, habrá de examinarse el cumplimiento o no de los demás requisitos y la viabilidad constitucional de ellos en cada caso concreto. En consecuencia, no le es posible a la Administradora de Fondo de Pensiones contra la cual se dirigió la acción de tutela, acceder a una solicitud en la que no se satisface siquiera el primero de los requisitos legalmente establecidos, más aún cuando, como se dejó establecido, la pensión de vejez es un derecho irrenunciable.

DERECHO A LA DEVOLUCION DE SALDOS-Es una alternativa a la pensión de vejez y no puede estar sujeta a la discrecionalidad del titular de la cuenta de ahorro individual

La devolución de saldos es una alternativa a la pensión de vejez, pero se nutre de sus mismas finalidades y reglas iniciales, ella no puede estar sujeta a la discrecionalidad del titular de la cuenta de ahorro individual. Estas cuentas no se asimilan a las cuentas corrientes o de ahorro bancarias, que surgen de la mera voluntad del cuentahabiente y se rigen enteramente por el derecho privado. Por contraste, las cuentas de ahorro individual en el régimen pensional tienen una finalidad de orden público, están concebidas para garantizar un derecho irrenunciable, y su manejo y disponibilidad están detalladamente reguladas en la ley.

PRINCIPIO DE IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LAS PENSIONES E INDEMNIZACION SUSTITUTIVA O DEVOLUCION DE SALDOS

La Corte, aplicando el principio de imprescriptibilidad de las pensiones, ha reiterado que la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos, como figuras alternativas a la pensión de vejez, también son imprescriptibles y por tanto pueden reclamarse en cualquier tiempo. Pero, simultáneamente, ha señalado, como no podía ser de otra forma, que esa posibilidad se da siempre que la persona haya cumplido la edad para pensionarse. De lo contrario, ni siquiera se daría el supuesto básico para comenzar a evaluar la procedencia de la solicitud.

Referencia: Expedientes acumulados T- 2.413.372, T- 2.414.958, T- 2.418.448

Accionantes: Juan Manuel Buelvas Tovio, Betty Ayala Perdomo[2], Martha Lucía Caballero Sierra, respectivamente.

Accionados: Instituto de Seguros Sociales, Instituto de Seguros Sociales, y Porvenir S.A. Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías, respectivamente.

Fallos objeto de Revisión: Respectivamente: Sentencia de primera instancia del Juzgado Décimo Civil del Circuito de Barranquilla, proferida el 12 de junio de 2009 y sentencia de segunda instancia de la Sala Tercera de Decisión Civil –Familia- del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, proferida el 13 de agosto de 2009; Sentencia no impugnada del Juzgado Noveno Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, D.C., proferida el 7 de septiembre de 2009; Sentencia de primera instancia del Juzgado Cincuenta y Uno Civil Municipal de Bogotá D.C., proferida el 17 de julio de 2009 y sentencia de segunda instancia del Juzgado Veintiocho Civil del Circuito de Bogotá D.C., proferida el 31 de agosto de 2009.

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Juan Carlos Henao Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

I. ANTECEDENTES.

Demandas y pretensión.

Elementos de la demanda.

1.1.1 Derechos fundamentales cuya protección se invoca:

1.1.1.1 Expediente T- 2.413.372: El ciudadano Juan Manuel Buelvas Tovio, identificado con la cédula de ciudadanía 17.036.359 de Bogotá, considera que el Instituto de Seguros Sociales (en adelante, el ISS) ha violado su derecho a la vida, a la igualdad, al debido proceso y a la seguridad social.

1.1.1.2 Expediente T-2.414.958: La ciudadana Betty Ayala Perdomo, identificada con la cédula de ciudadanía 41.510.664, considera que el ISS ha violado su derecho a la respuesta oportuna y eficaz de una petición, a la dignidad humana, y, consecuentemente, se le ha violado el derecho al mínimo vital, a la seguridad social y al buen trato.

1.1.1.3 Expediente T-2.418.448: La ciudadana Martha Lucía Caballero Sierra, identificada con la cédula de ciudadanía 35.467.177, considera que Porvenir S.A. Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías (en adelante, Porvenir S.A.) le ha violado su derecho de petición y consecuentemente su derecho al mínimo vital.

1.1.2 Conductas que causan la vulneración:

1.1.2.1 Expediente T-2.413.372

El ciudadano Juan Manuel Buelvas Tovio considera que el ISS ha vulnerado sus derechos fundamentales al expedir las Resoluciones 000742 de enero 27 de 2006, 031578 del 26 de julio de 2007 y 00187 del 28 de febrero de 2008, que, respectivamente, le negaron el derecho a la pensión de vejez, y confirmaron tal decisión al resolver los correspondientes recursos de reposición y apelación.

Expediente T- 2.414.958

La ciudadana Betty Ayala Perdomo considera que la ausencia de respuesta, por parte del ISS, a una petición elevada el 20 de febrero de 2009, vulnera su derecho fundamental de petición y, consecuentemente, los otros derechos reseñados en el acápite 1.1.1.2

Expediente T-2.418.448

Considera Martha Lucía Caballero Sierra que Porvenir S.A., al negarle la devolución de saldos de su cuenta de ahorro individual, solicitada el 27 de mayo de 2009, vulneró sus derechos fundamentales.

Pretensión.

1.1.3.1 Expediente T- 2.413.372

El ciudadano Juan Manuel Buelvas Tovio solicita que se tutelen los derechos fundamentales invocados, decretando la suspensión de los efectos de las resoluciones del ISS citadas en el punto

1.1.2.1, y se le ordene a dicha entidad el otorgamiento de su pensión de vejez, así sea transitoriamente.

Expediente T- 2.414.958

La ciudadana Betty Ayala Perdomo pide en la tutela que se ordene al ISS que conteste “de manera efectiva, eficaz, y ágil” la petición de pensión presentada por ella.

Expediente T-2.418.448

La ciudadana Martha Lucía Caballero Sierra solicita en su escrito de tutela que se ordene a Porvenir S.A. que le devuelva a ella los aportes, rendimientos financieros, el valor del bono pensional, y, en general, todo lo que constituya su cuenta de ahorro individual, y consecuentemente, se anule el oficio emanado de Porvenir S.A., en el que se le negó dicha solicitud.

1.2 Fundamento de la pretensión.

1.2.1 Expediente T- 2.413.372

Informa el ciudadano Juan Manuel Buelvas Tovio, a través de apoderado, que el día 5 de julio de 2005 solicitó al ISS que se le concediera la pensión de vejez, por haber cumplido a dicha fecha 64 años, 3 meses y 28 días. Esto significa que ya cumplía con el requisito de edad, (60 años) y también, “por ser beneficiario del régimen de transición”, el requisito de haber cotizado más de 1000 semanas en cualquier tiempo. Afirma que, de conformidad con el inciso 2 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a él le es aplicable el artículo 12 del acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990. El propio ISS, en las resoluciones que le negaron la pensión de vejez, reconoce que él cotizó 1033 semanas, y por lo tanto no hay razón alguna para que le nieguen la pensión. No es válida la interpretación restrictiva que le impone cumplir el requisito de 1075 semanas, en aplicación de la Ley 797 de 2003. Afirma que hoy en día tiene 68 años de edad, carece de ingresos, y no puede por tanto acudir a la justicia ordinaria laboral. Sostiene que cuando entró a regir la Ley 100 de 1993, ya tenía 53 años de edad, muy por encima de los 40 que se exigen para tener derecho al régimen de transición de dicha ley. Agrega, además, que ese régimen de transición lo protege incluso con posterioridad a la entrada en vigor del acto legislativo 01 de 2005, pues él ya cotizó más de las 750 semanas que en esa reforma constitucional se exige para poder beneficiarse del régimen de transición. Cita in extenso sentencias de la Corte Constitucional que, a su juicio, resolvieron favorablemente casos idénticos al suyo, y concluye afirmando que padece de enfermedad coronaria y sufre de otras dolencias como angina, infarto del miocardio, hipertensión y, posiblemente, arterioesclerosis, en respaldo de lo cual adjunta algunos documentos.

1.2.2 Expediente T- 2.414.958

Dice la ciudadana Betty Ayala Perdomo, mediante apoderado, que una vez reunió su estatus pensional, radicó ante el ISS solicitud de pensión de vejez, la cual le fue reconocida. Sin embargo, por sentirse mal pensionada, el 20 de febrero de 2009 radicó solicitud de reliquidación pensional, y hasta la fecha de presentación de la acción de tutela (26 de agosto de 2009), no se ha recibido respuesta ni positiva ni negativa, y esa circunstancia constituye vulneración de sus derechos fundamentales.

1.2.3 Expediente T-2.418.448

Afirma Martha Lucía Caballero Sierra en el escrito de tutela, presentado directamente por ella, que el 27 de mayo de 2009 presentó ante Porvenir S.A. una solicitud en la que renunciaba a su pensión de vejez y pedía que le devolvieran los aportes realizados a su cuenta de ahorro individual. En la petición argumentó que no puede seguir cotizando al sistema, porque a su edad, 51 años, le es imposible conseguir trabajo. De modo que su única opción para garantizar su ingreso mínimo vital es que le hagan la devolución de aportes, y con esos recursos hacer unas inversiones en su casa que le permitan ponerla a producir. En el escrito presentado ante Porvenir S.A., autorizó que se le pidiera al ISS el giro de los aportes hechos por ella a dicha entidad, para que se sumaran al saldo de su cuenta individual.

El 8 de junio de 2009, Porvenir S.A. le negó la solicitud, argumentando que la devolución del saldo acumulado en la cuenta individual sólo procede, según el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, cuando a los 57 años (para las mujeres), no se reúne el número mínimo de semanas exigidas y no se acumula el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo. Dado que la señora Caballero no contaba con la edad señalada en la ley, Porvenir S.A. no accedió a la solicitud.

La accionante considera que con esta respuesta se le vulneran sus derechos fundamentales derivados de la ausencia de un ingreso que garantice su mínimo vital. Alega que la cuenta de ahorro individual que le administra Porvenir S.A. es de su propiedad y por lo tanto tiene derecho a que se le devuelvan los dineros allí contenidos. Para sustentar su petición, cita sentencias de la Corte Constitucional que, a su juicio, respaldan la solicitud.

Respuesta de los accionados.

2.1 Expediente T- 2.413.372

El ISS no intervino en el trámite de la tutela, pero obran en el expediente las tres resoluciones que le negaron la pensión de vejez al ciudadano Juan Manuel Buelvas Tovia.

En la primera de ellas, de fecha 27 de enero de 2006, se concluyó que si bien Buelvas Tovia cumplía con el requisito de edad, no cumplía con el requisito de 1075 semanas cotizadas, como lo exige la Ley 100 de 1993. Por lo tanto, podía optar por seguir cotizando hasta completar el número de semanas faltante, o, mediante solicitud escrita, reclamar la indemnización sustitutiva.

En la segunda resolución del 26 de julio de 2007, que resolvió el recurso de reposición instaurado por el accionante contra la resolución anterior, el ISS concluyó que, por un lado, en efecto, no cumplía con las 1075 semanas de cotización exigibles para el 2006. Y, por el otro, si bien podría aplicársele el régimen de transición, por tener más de 40 años cuando entró a regir la Ley 100 de 1993, lo cierto es que no le son aplicables los regímenes que él invoca (Acuerdo 040 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año), porque no se encontraba realizando cotizaciones al Seguro Social con anterioridad al 1 de abril de 1994, fecha de entrada en vigor del sistema general de pensiones. Tampoco cumple con las 1100 semanas exigibles para el año 2007. Finalmente, tampoco le es aplicable la Ley 33 de 1985, porque no cumplió las semanas exigidas allí como empleado público.

En la tercera resolución, del 28 de febrero de 2008, que resolvió el recurso subsidiario de apelación, el ISS revisó nuevamente la documentación y concluyó:

(i) Que el ciudadano Buelvas Tovia no cotizó al ISS con anterioridad a enero de 1995.

(ii) Que desde esa fecha hasta el 2003, cotizó 879 semanas.

(iii) Que, si por virtud del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, se aplicara al ciudadano Buelvas Tovío la Ley 33 de 1985, se tiene que tampoco cumple los requisitos allí establecidos, pues prestó servicios al estado durante casi 9 años, y no durante los 20 años que dicha ley exige.

(iv) Que tampoco le es aplicable el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, por cuanto “con anterioridad al 01 de abril de 1994, fecha en que entra en vigencia el nuevo Sistema de Pensiones, no cotizó a este Instituto y en consecuencia ninguno de los regímenes mencionados corresponde al que estaba afiliado a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993”. [3]

(v) Que si se aplica el régimen contemplado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, se tiene que para el año de 2008 tendría que haber acreditado 1125 semanas de cotización, pero sólo se acreditan 879 semanas. La resolución agrega:

“[...]Es importante explicar que el total de semanas determinadas en el considerando anterior resultó previa imputación de pagos, precisando, que no se tuvieron en cuenta, para los períodos cotizados en pensión como trabajador dependiente de Arango Villar Constructores desde el 2003-03-01 hasta el 28 de febrero de 2006, toda vez que los aportes realizados en salud los efectuó como trabajador independiente, ya que tendría que haberlos acreditado como dependiente de la misma empresa, con la que aportó para pensión.

[...]

Igualmente, se hace saber al recurrente que debe allegar constancia de pagos como dependiente, en salud de la E.P.S. correspondiente, para convalidar pagos en pensión o en su defecto pagar retroactivamente los mismos.

[...]

Es importante aclarar que aunque se convaliden los ciclos de marzo de 2003 a febrero de 2006, el asegurado no reuniría el número de semanas requerido por la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, toda vez que para el año 2006, en el cual presenta su última cotización se requieren 1075 semanas y sólo contaría con 1033” [4]

En esta tercera resolución el ISS confirmó, en apelación, las resoluciones anteriores que habían negado la pensión de vejez.

2.2 Expediente T- 2.414.958

A pesar de que se le corrió traslado de la acción de tutela interpuesta por Betty Ayala Perdomo, el ISS no presentó escrito alguno durante el trámite.

2.3. Expediente T-2.418.448

Al intervenir dentro del trámite de la tutela promovida por Martha Lucía Caballero, Porvenir S.A. explicó que a la luz de la Ley 100 la devolución de saldos en el régimen pensional de ahorro individual con solidaridad, sólo procede cuando:

El afiliado ha fallecido sin cumplir con los requisitos para causar una pensión de sobrevivientes, caso en el cual se le entregará a sus beneficiarios la totalidad del saldo abonado en su cuenta

individual de ahorro pensional, incluidos los rendimientos y el valor del bono pensional si a este hubiere lugar.

El afiliado se invalide sin cumplir con los requisitos para acceder a una pensión de invalidez, caso en el cual se le entregará la totalidad del saldo abonado en su cuenta individual de ahorro pensional, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional si a este hubiere lugar.

La persona llegue a los 62 años siendo hombre, o 57 si es mujer, y no cuente con un capital suficiente para financiar una pensión de por lo menos un salario mínimo. En tal caso, la persona tendrá derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a este hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho.

Dice Porvenir S.A. que la ciudadana Caballero Sierra no ha sido declarada inválida, ni ha fallecido, ni tampoco tiene la edad mínima para tener derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual. Si Porvenir S.A. accediera a la petición, se haría acreedora a las correspondientes sanciones pero, sobre todo, estaría violando la norma constitucional (artículo 48), que prohíbe destinar o utilizar recursos de la Seguridad Social para fines diferentes a ella. Agrega Porvenir S.A.:

“La norma en cuestión tiene una razón lógica, pues su fin es que el capital acumulado en la cuenta de ahorro pensional sea efectivamente destinado al pago de una pensión, y si no alcanza el capital acumulado para financiar una pensión se devuelva cuando ya no haya una expectativa de continuar aportando al sistema, bien porque la persona envejeció (...) o porque la persona se invalidó (...) o se murió, caso en el cual el dinero se devuelve a sus herederos.

De no ser así, los afiliados podrían manejar sus cuentas de ahorro pensional tal como una cuentas de ahorro de cualquier entidad financiera y podrían retirar los recursos en cualquier momento, lo que desvirtuaría el fin del capital que se encuentra acumulado en ellas, que no es otro diferente al de financiar el pago de una pensión. Quiere decir que cualquier persona a cualquier edad pudiera retirar los dineros cotizados de forma arbitraria, ilegal e inconstitucional.

Además, si procediéramos a entregar los saldos de la cuenta de ahorro individual en cualquier momento, implicaría ello un perjuicio grave para el accionante puesto que si posteriormente se invalidara, falleciera o tuviera la edad para estudiar una eventual pensión de vejez, no habrían recursos ni semanas para acceder a una eventual prestación económica...”[5]

Concluye Porvenir S.A. su intervención argumentando que en todo caso, la controversia planteada por la accionante debería tramitarse ante la justicia ordinaria laboral, según el Código de Procedimiento Laboral; que al no cumplir los requisitos legales para la devolución de saldos no se puede hablar de la vulneración de un derecho fundamental, y finalmente, que no probó que estuviera ad portas de sufrir un perjuicio irremediable.

Decisiones de tutela objeto de revisión.

3.1 Expediente T-2.413.372

3.1.1 Sentencia de primera instancia proferida el 12 de junio de 2009 por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Barranquilla.

Consideró este Despacho que las decisiones adoptadas por el ISS pueden ser objeto de las acciones contencioso administrativas propias de esta clase de reclamación: “Teniendo en cuenta que existe otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz que puede ser ejercido por el peticionario, la acción de tutela resulta improcedente”. [6] Agregó, adicionalmente, que la tutela se presentó más de un año después de que se hubiera expedido la última de las resoluciones del ISS, razón por la cual queda desvirtuado el carácter inmediato de la protección solicitada. Finalmente, se afirmó, pero no se probó, la afectación al mínimo vital del accionante. Por estas razones, se declaró improcedente la acción de tutela.

3.1.2 Sentencia de segunda instancia proferida el 13 de agosto de 2009 por la Sala Tercera de Decisión Civil –Familia- del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla.

Considera el fallador de segunda instancia que en el caso del ciudadano Buelvas Tovio existe un mecanismo idóneo para desatar la controversia planteada, que es la jurisdicción contencioso administrativa, lo cual hace improcedente la tutela. Tampoco es posible concederla como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, por cuanto, tal y como lo dijo el juez de primera instancia, la acción se interpuso mucho tiempo después –“un año y tres meses después”- de haberse proferido los actos administrativos por parte del ISS, “lo que en realidad desmaterializa el carácter de la inmediatez de la acción y trunca la posibilidad de prosperidad de la misma”.

Citando sentencias de la Corte según las cuales la acción de tutela debe ejercerse en un término oportuno, justo y razonable, concluye el Tribunal que en este caso la acción “se interpuso desproporcionadamente por fuera de un plazo razonable, lo que efectivamente tornó improcedente la acción instaurada”. [8] Por ello, se confirmó la improcedencia de la acción de tutela.

Expediente T- 2.414.958: Sentencia no impugnada del Juzgado Noveno Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, proferida el 7 de septiembre de 2009.

Después de establecer que el caso planteado por la ciudadana Betty Ayala Perdomo se refiere exclusivamente a la posible violación del derecho de petición por parte del ISS, el despacho concluyó que no es posible conceder la tutela pues en el expediente no obra prueba de la fecha de radicación de la petición, de la cual tan sólo se acompañó la primera hoja, y por lo tanto es imposible determinar cuánto tiempo ha pasado desde su presentación. En consecuencia, se negó el amparo.

3.3 Expediente T-2.418.448:

3.3.1 Sentencia de primera instancia del Juzgado 51 Civil Municipal de Bogotá, D.C., proferida el 17 de julio de 2009.

Se consideró que el derecho fundamental de petición invocado por Martha Lucía Caballero Sierra no se había vulnerado, por cuanto Porvenir S.A. suministró oportuna y fundada respuesta a lo pedido, el 8 de junio de 2009, resolviendo los cuestionamientos elevados, y exponiendo los motivos que llevaron a dicha Administradora a denegar la petición.

Por su parte, en cuanto a la posible vulneración del derecho al mínimo vital, concluyó este fallador de primera instancia que “resulta claro que a pesar que el legislador permitió a los afiliados que no cumplieren con la totalidad de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, la devolución de los saldos consignados, no lo hizo de manera incondicional, pues estableció

como presupuesto básico el presupuesto de la edad mínima para obtener tal facultad, supuesto que, en el caso sub judice, no cumple la accionante, quien persigue obtener dicha devolución con olvido del cumplimiento de tal requisito, situación que no se abre paso por esta senda procesal”.[9]

Con base en estos argumentos, negó la solicitud de amparo.

3.3.2 Sentencia de segunda instancia del Juzgado Veintiocho Civil del Circuito de Bogotá, D.C., proferida el 31 de agosto de 2009.

Este Despacho concluyó, al conocer de la impugnación planteada por la accionante Martha Lucía Caballero Sierra, que en ningún momento se conculcó su derecho de petición por cuanto recibió respuesta oportuna y adecuadamente motivada a su petición.

En cuanto a la supuesta afectación del mínimo vital, concluyó el Juzgado 28 Civil del Circuito que al juez constitucional no le es posible ordenar el reconocimiento de un derecho cuando es evidente que no se han cumplido los requisitos legales para acceder a él.

Por estas razones, confirmó la negación decidida en primera instancia.

4. Actuación de la Corte Constitucional en sede de revisión

Mediante auto del 22 de octubre de 2009, proferido por la Sala de Selección Número Diez, se decidió seleccionar para revisión los tres expedientes reseñados en los acápites anteriores, repartirlos al despacho del Magistrado Mauricio González Cuervo, y acumularlos entre sí, por presentar unidad de materia, para que fueran fallados en una sola sentencia, si así lo consideraba la correspondiente Sala de Revisión, cosa que en efecto se hará.

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

La Sala es competente para la revisión del presente caso, con fundamento en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Nacional y 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento del Auto de Sala de Selección #10, fechado el 22 de octubre de 2009.

2. Cuestión de constitucionalidad.

2.1 Procedencia de la tutela en casos relacionados con el reconocimiento y pago de la pensión de vejez. Reiteración de jurisprudencia.

En principio, la discusión sobre el reconocimiento y pago de una pensión de vejez no es asunto susceptible de ser tramitado judicialmente por la vía de la acción de tutela, toda vez que la legislación laboral contempla expresamente el camino procesal para resolver tal clase de asuntos.

El carácter subsidiario que la Constitución le atribuye a la acción de tutela en el artículo 86 (“esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”) lleva a que la regla general, dado que la ley dispone de un procedimiento específico de solución de una determinada controversia en la que puedan estar involucrados derechos constitucionales, sea la improcedencia de la tutela en casos relacionados con el reconocimiento y pago de la pensión de vejez. Además de los recursos en vía gubernativa contra las decisiones administrativas en aquellos casos en que la pensión debe ser reconocida y pagada por una entidad del estado, existe la regla general contenida en el artículo 2º del Código de Procedimiento

Laboral, modificado por el artículo 2º de la Ley 712 de 2001, según la cual:

“Artículo 2º. Competencia General: La jurisdicción ordinaria, en su especialidad laboral y de seguridad social conoce de:

[...] 4. Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan.”

No existe una razón, a priori, para considerar que este medio de defensa judicial es inadecuado para garantizar el derecho al reconocimiento y pago de una pensión de vejez.

Sin embargo, la Corte Constitucional, en reiterados pronunciamientos, ha establecido que dadas ciertas condiciones y presupuestos, el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez puede solicitarse y decidirse a través del mecanismo de la acción de tutela. Al respecto se ha dicho que “la regla que restringe la participación de la acción de tutela en la protección de los derechos prestacionales tampoco es absoluta. Excepcionalmente, es posible el reconocimiento de esta clase de derechos por la vía del amparo constitucional, no solo cuando se ejerce como mecanismo transitorio, caso en el cual es necesario demostrar la existencia de un perjuicio irremediable, sino también cuando el medio judicial preferente es ineficaz o no es lo suficientemente expedito para brindar una protección inmediata, circunstancias que deben ser valoradas por el juez constitucional en cada caso particular”,[10] y que “...la acción de tutela deviene procedente para el reconocimiento de pretensiones prestacionales en materia pensional, si su desconocimiento compromete de forma conexa derechos fundamentales como el mínimo vital y la vida digna, y el juez constitucional, a la luz de las particularidades fácticas del caso en revisión, arriba a la conclusión de que el mecanismo judicial de que dispone el interesado es ineficaz, debido a que no resuelve el conflicto de manera integral o no es lo suficientemente expedito frente a la exigencia de protección inmediata de derechos fundamentales”.

Al precisar las circunstancias o requisitos que permitirían de manera excepcional conocer por vía de tutela la cuestión relativa al reconocimiento y pago de una pensión de vejez, la Corte Constitucional ha establecido lo siguiente:

“...Respecto a la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de acreencias laborales, particularmente cuando estas corresponden a pensiones de jubilación, el juez constitucional, de manera previa deberá verificar que en el caso concreto concurren ciertos requisitos a saber: (i) que se trate de una persona de la tercera edad, para ser considerado sujeto especial de protección; (ii) que la falta de pago de la prestación o su disminución, genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital, (iii) que se haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial por el interesado tendiente a obtener la protección de sus derechos, y (iv) que se acredite siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados. De este modo, deberá analizarse en cada caso concreto si se verifican estos requerimientos a fin de declarar la procedencia del amparo.”[12]

Si concurren los cuatro requisitos mencionados, al juez de tutela le será dable conocer el fondo del asunto, esto es, examinar si se dan o no los requisitos legales que le permiten al accionante en tutela adquirir el derecho a una pensión de vejez. Naturalmente, la verificación de estos requisitos excepcionales de procedibilidad no significa, ni mucho menos, que la tutela deba

automáticamente concederse. Ellos aluden simplemente a la admisibilidad de esta especial vía de amparo constitucional para conocer de este tipo de asuntos, que normalmente corresponderían, como se vio, a la jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social.

En los tres casos que ahora la Sala revisa simultáneamente por vía de acumulación, sólo uno de ellos plantea directamente la cuestión de la posible vulneración de derechos fundamentales por la negativa de una entidad administradora del sistema integral de seguridad social en pensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez. Los otros dos casos se refieren a otros aspectos relacionados con la pensión de vejez, pero no directamente a la cuestión de su reconocimiento y pago. Las particularidades fácticas y jurídicas de cada caso serán examinadas en los acápites correspondientes.

2.2 Problema de Constitucionalidad.

Aunque a los tres casos aquí acumulados los une el hecho de que giran en torno a posibles vulneraciones de derechos fundamentales asociadas a la pensión de vejez (su reconocimiento y pago, su reliquidación, y la posibilidad de renunciar a ella y sustituirla por una devolución de aportes), lo cierto es que cada expediente contiene un planteamiento fáctico y unos problemas jurídicos distintos entre sí, que obligan a abordarlos por separado.

En el expediente T-2.413.372, promovido por el ciudadano Juan Manuel Buelvas Tovio, se plantea el problema jurídico consistente en determinar cuál es el régimen legal aplicable a su solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez, y una vez definido dicho régimen, se hace necesario examinar si el accionante cumple los requisitos para acceder al derecho. Pero antes será necesario dilucidar si en su caso particular la acción de tutela es el camino jurídico adecuado para conseguir tal propósito.

En el expediente T- 2.414.958, promovido por la ciudadana Betty Ayala Perdomo, será necesario determinar si la falta de respuesta a su petición de revisión del monto de la pensión previamente reconocida constituye una violación a su derecho fundamental de petición.

Finalmente, en el expediente T-2.418.448, originado en la tutela impetrada por la ciudadana Martha Lucía Caballero Sierra, se plantean dos problemas constitucionales. Por un lado, de la solicitud de la actora se deriva la cuestión de saber si es posible o no renunciar al derecho a la pensión de vejez, y en tal caso, bajo cuales circunstancias. En segundo lugar, se plantea el problema, en el sistema pensional de ahorro individual con solidaridad, relativo a la procedencia de una devolución de aportes con anterioridad al cumplimiento de los requisitos de edad previstos en la ley.

3 Consideraciones de la Sala de Revisión.

Expediente T- 2.413.372

Tal y como se explicó en el acápite 2.1 de las consideraciones de este fallo, para determinar si en un caso concreto es procedente que una controversia relativa al reconocimiento y pago de una pensión de vejez pueda abordarse judicialmente por el camino de la acción subsidiaria de tutela, es necesario verificar si se dan los prerequisites de procedibilidad jurisprudencialmente establecidos para el efecto.

De la revisión del presente expediente, y tal como se resumió en el capítulo de Antecedentes del presente fallo, se tiene que el ciudadano Juan Manuel Buelvas Tovio cumplirá 69 años de edad

en marzo de 2010. El primero de los requisitos jurisprudencialmente reconocidos para evaluar la procedencia de la tutela como mecanismo para conseguir el reconocimiento y pago de una pensión de vejez es que “se trate de una persona de la tercera edad, para ser considerado sujeto especial de protección”.^[13]

El problema consiste en determinar qué es la tercera edad para esos efectos. Para dilucidar este punto es plausible utilizar uno de varios criterios posibles:

Un primer criterio consiste en encontrar en el ordenamiento jurídico colombiano una norma positiva, de rango legal, que contenga una definición objetiva y razonable del concepto de “tercera edad”. Al respecto, la Sala encuentra que el 5 de enero de 2009 se expidió la Ley 1276 de 2009 “A través de la cual se modifica la Ley **687** del 15 de agosto de 2001 y se establecen nuevos criterios de atención integral del adulto mayor en los centros vida”. Esta ley equipara los conceptos de “adulto mayor” y “persona de la tercera edad” desde su primer artículo, cuando dice que “La presente ley tiene por objeto la protección a las personas de la tercera edad (o adultos mayores) de los niveles I y II de Sisbén, a través de los Centros Vida, como instituciones que contribuyen a brindarles una atención integral a sus necesidades y mejoran su calidad de vida”.

En su artículo séptimo, y sólo para los fines de la propia Ley 1276, el legislador adoptó la siguiente definición:

“Artículo 7: DEFINICIONES. Para fines de la presente ley, se adoptan las siguientes definiciones:

...b) Adulto Mayor. Es aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más. A criterio de los especialistas de los centros de vida, una persona podrá ser clasificada dentro de este rango, siendo menor de 60 años y mayor de 55, cuando sus condiciones de desgaste físico, vital y psicológico así lo determinen;”

En consecuencia, podría argumentarse que, existiendo una norma positiva, que suministra un criterio preciso y objetivo de definición del concepto de “persona de la tercera edad”, a ella debe atenerse el juez constitucional para efectos de determinar si se cumple el primero de los requisitos jurisprudenciales que permitirían examinar la eventual existencia de un derecho a pensión de vejez por la excepcional vía de la tutela.

Este criterio, sin embargo, enfrenta dos dificultades: en primer lugar, la citada definición legal está expresamente concebida para los fines de la ley en la que está incluida. Así lo dice sin ambigüedades el encabezado del artículo 7º que se acaba de transcribir. Esta ley no se relaciona sino de manera muy tangencial y remota con el sistema de seguridad social en pensiones, y su propósito, también explícito desde su artículo 1º es regular la actividad de unos centros públicos de atención para un segmento poblacional. Aunque se trata de una definición de orden legal, y con el deseable nivel de precisión, trasladarla de su ámbito propio, para el cual fue exclusivamente concebida, al ámbito del sistema de seguridad social en pensiones podría darle a la definición un alcance extraordinariamente más amplio que el deseado expresamente por el legislador.

En segundo lugar, la definición del concepto de “tercera edad” contenido en la Ley 1276 de 2009, de aplicarse para efectos de determinar la procedibilidad excepcional de la tutela en materia de pensiones de vejez, llevaría al absurdo de consagrar un parámetro de edad inferior al definido en el régimen legal del sistema general de seguridad social en pensiones para adquirir el

derecho a la pensión. En efecto, a fecha de hoy, según el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, tal y como fuera modificado por la Ley 797 de 2003, la edad para pensionarse es de cincuenta y cinco (55) años de edad en el caso de las mujeres, o sesenta (60) años de edad en el caso de los hombres. Pero estos parámetros de edad son transitorios, por cuanto, a renglón seguido, el mismo artículo establece que “a partir del 1º de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre”.

La Sala entiende que estos requisitos de edad (57 años en mujeres, 62 años en hombre) constituyen la regla general del sistema ordinario pensional colombiano, pues, de todos los existentes, es el parámetro con el mayor nivel de generalidad, abstracción y permanencia dentro del régimen pensional colombiano. La regla actualmente vigente (55 años en mujeres, 60 en hombres), tiene fecha de expiración legalmente establecida, y por tanto carece del atributo de permanencia y generalidad que permitiría considerarla el parámetro básico del sistema, al menos para los efectos que aquí se discuten.

En ese orden de ideas, trasladar la definición de la Ley 1276 de 2009 para los propósitos que se vienen analizando –precisar el concepto de “tercera edad” para admitir que el reconocimiento del derecho a la pensión de vejez pueda hacerse excepcionalmente vía tutela-, implicaría aceptar una definición que está incluso por debajo del parámetro básico del sistema general de pensiones. Esto no tendría sentido porque llevaría al absurdo de permitir que por la vía excepcional de la tutela se estudien reconocimientos de pensiones de quienes, según la regla general, aún no tendrían derecho a ella.

En consecuencia, no es posible aplicar la definición de “tercera edad” contenida en la Ley 1276 de 2009, como criterio para determinar el primero de los criterios jurisprudenciales que permitirían viabilizar la tutela como mecanismo para amparar el derecho a la pensión de vejez, al menos en el caso de los hombres, que es el que aquí se analiza.

Por razones similares, tampoco es posible utilizar la definición contenida en la Ley 1251 de 2008, “Por la cual se dictan normas tendientes a procurar la protección, promoción y defensa de los derechos de los adultos mayores”. Esta ley, a diferencia de la Ley 1276 de 2009 que se acaba de analizar, no equipara expresamente los conceptos de “adulto mayor” y “persona de la tercera edad”. Y, de otra parte, su definición del concepto de adulto mayor (“**Adulto mayor.** Es aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más”)[14], de adoptarse para efectos de procedibilidad de la tutela en materia de reconocimiento y pago de pensiones, trastocaría, al menos en el caso de los hombres, la excepción en regla, por las razones que se acaban de explicar. Finalmente, esta definición legal está contenida en una ley cuyo propósito esencial es regular el funcionamiento de las instituciones que atienden a los adultos mayores, y extender su alcance a un asunto procesal como el que aquí se examina desbordaría su propósito.

Un segundo criterio consistiría precisamente en considerar que son personas de la tercera edad las que cumplen el requisito de edad para pensionarse. Este criterio tiene una cierta fuerza lógica: si el legislador ha considerado que al llegar a cierta edad –la que legislativamente se defina-, la persona adquiere el derecho a recibir un ingreso sin trabajar –a pensionarse-, es porque considera que a partir de dicha edad, y presuponiendo que aportó al sistema durante el tiempo suficiente, sus capacidades no le permiten seguir generando ingresos como fruto de su trabajo y por lo tanto, la sociedad, como corresponde en un Estado Social de Derecho, le compensa los largos años de trabajo con una garantía de ingreso periódico, que no es ya la remuneración por su trabajo inmediato, sino el reconocimiento a su trayectoria laboral de largo plazo, y su garantía al mínimo vital. En otras palabras, podría lógicamente afirmarse que al llegar a la edad de pensionarse, la

persona pierde, al menos por presunción legal, su capacidad de laborar; precisamente por ello tiene derecho a la pensión. De lo contrario, el sistema estaría creando una carga absurda al pensionar a personas que todavía pueden trabajar, producir y aportar al sistema. Luego, la equiparación entre el arribo a la edad de pensión y el concepto de “tercera edad”, que amerita una especial protección constitucional, tendría sentido.

Sin embargo, de lo que aquí se trata es de establecer un concepto de “tercera edad” como primer pero no único presupuesto que permita de manera excepcional que la dilucidación del derecho a la pensión de vejez se haga por la vía de la acción de tutela y no por la vía ordinaria. Para esos efectos puntuales, este criterio tampoco sería adecuado: al aplicar la regla general de edad de pensión para definir el concepto de tercera edad susceptible de una especial protección constitucional, se estaría incorporando la regla general a un conjunto de casos que tiene que ser excepcional. Veamos:

Por las razones explicadas en el acápite 2.1 de estas consideraciones, las controversias relativas al reconocimiento y pago de pensiones de vejez deben, por regla general, tramitarse ante la justicia laboral ordinaria. Sólo excepcionalmente, y sólo en tanto se den ciertas circunstancias concurrentes jurisprudencialmente establecidas, tal asunto puede tramitarse vía tutela. La primera de esas circunstancias es, como se dijo antes, el que la persona sea de la tercera edad. Si se equipara el concepto de tercera edad al de “edad de pensión”, tendríamos que lo excepcional –la posibilidad de acceder a la pensión de vejez por la vía de la tutela- se tornaría en la regla general, y la gran mayoría de las personas que llegan a la edad que las hace en principio acreedoras a una pensión de vejez tendrían al menos un primer argumento para acudir a la tutela, vía de suyo excepcional por mandato constitucional. De modo que, para estos fines, el concepto de “tercera edad” no puede asimilarse al de “edad de pensión”, pues se trastocaría totalmente la excepción en regla.

Precisamente debido a estas dificultades, algunas Salas de Revisión han adoptado un criterio distinto a los dos aquí mencionados que parte, razonablemente, de distinguir el concepto de “vejez” (que determina la posibilidad de acceder a una pensión), del concepto de “ancianidad” o “tercera edad”, que es el que auténticamente amerita una especial protección constitucional, y por lo tanto justificaría que, en concurrencia con otros requisitos, quienes se encuentren en dicha categoría especial puedan, en principio, acudir a la acción de tutela para reclamar su derecho a la pensión de vejez.

Esa distinción ha permitido a la Corte establecer que el criterio para considerar a alguien de “la tercera edad”, es que tenga una edad superior a la expectativa de vida oficialmente reconocida en Colombia. Este criterio reconoce, por un lado, que la edad legalmente definida para efectos de pensión suele tener un rezago considerable frente a las realidades demográficas. Y por otro lado, introduce un parámetro de distinción objetivo y técnicamente definido, que le permite al juez constitucional, dentro del universo de quienes han llegado a la edad para hacerse acreedores a una pensión de vejez –regla general-, determinar a aquel subgrupo que amerita una especial protección constitucional y por lo tanto, quienes hacen parte de él podrían eventualmente, si concurren los demás requisitos de procedibilidad jurisprudencialmente establecidos, reclamar su pensión de vejez por la vía excepcional de la tutela. Se trata, en consecuencia de un criterio objetivo y que, a diferencia de los otros criterios posibles, permite una distinción que atiende el carácter excepcional de la tutela.

De conformidad con el documento de Proyecciones de Población elaborado por el Departamento Nacional de Estadística, de Septiembre de 2007[15] -que constituye el documento oficial estatal

vigente para efectos de determinar el indicador de expectativa de vida al nacer-, para el quinquenio 2010-2015, la esperanza de vida al nacer para hombres es de 72.1 años y para mujeres es de 78.5 años.

En consecuencia, y a menos que concurran en algún caso concreto circunstancias específicas que ameriten hacer alguna consideración particular, sólo los ciudadanos hombres mayores de 72 años pueden acudir a la tutela como mecanismo excepcional para lograr judicialmente el reconocimiento y pago de una pensión. Y, en tal caso, acreditado ese primer requisito, tendrán también que acreditar los otros requisitos de procedibilidad tales como la demostración de la afectación al mínimo vital, el despliegue de alguna actividad administrativa o judicial y la ineficacia del medio judicial ordinario.

Claro está que este criterio no es absoluto y pueden darse casos de personas que, aún sin llegar a la edad mencionada, requieran de la intervención urgente del juez constitucional para efectos de garantizar, a través del reconocimiento del derecho a su pensión de vejez, la protección de su derecho fundamental al mínimo vital. Pero, sin duda, este criterio de edad permite tener un punto de partida objetivo y preciso para entrar en el análisis de procedibilidad de la tutela.

En el presente caso el tutelante cumplirá 69 años en marzo de 2010. En consecuencia, no puede predicarse de él, según el criterio jurisprudencial aquí reiterado y acogido, que pertenezca a la tercera edad, y por lo tanto tenga por ahora derecho a una especial protección estatal. Por lo tanto, en principio, no le es dable solicitar el reconocimiento y pago de su pensión de vejez por el camino excepcional de la acción de tutela. Por esta razón la Sala confirmará los fallos de instancia que denegaron el amparo, teniendo en cuenta, además, las siguientes consideraciones adicionales:

-Al accionante aún le es posible acudir al mecanismo judicial ordinario para reclamar el derecho a la pensión de vejez que cree tener. La jurisdicción laboral ordinaria, en su especialidad laboral y de seguridad social, es la competente para conocer de este asunto según el ya citado artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, tal y como fuera modificado por la Ley 712 de 2001. En el mismo Código –artículo 151- se establece una clara regla de prescripción según la cual “las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible”. La última de las resoluciones del ISS que negaron la solicitud del accionante Buelvas Tovia tiene fecha del 28 de febrero de 2008, y por lo tanto aún no han transcurrido los tres años dentro de los cuales puede ejercer la acción ordinaria. Por lo demás, de operar esta prescripción ella sólo afectaría las mesadas no reclamadas en tiempo, pero no el derecho mismo al reconocimiento y pago de la pensión, el cual es, por mandato constitucional, imprescriptible.

-El accionante afirmó, pero no demostró, la posible grave afectación a su mínimo vital, lo cual era una elemental carga procesal que debía asumir, más aun cuando, como en este caso, está asesorado en su accionar judicial por un profesional del derecho.

-Tampoco demostró por qué, a pesar de aun tener esa posibilidad procesal, el mecanismo judicial ordinario le es ineficaz.

-La Sala constata que en las resoluciones del ISS que negaron la pensión de vejez, el Instituto hizo un esfuerzo serio y razonado por examinar todas las circunstancias del caso, y especialmente en la última de ellas –Resolución 00187 del 28 de febrero de 2008-, la entidad accionada exploró todos los regímenes pensionales que plausiblemente le eran aplicables al

accionante para ver si en alguno de ellos cumplía los requisitos que permitieran concederle la pensión. No se percibe una actitud arbitraria, manifiestamente irrazonable o injusta por parte del ISS en el presente caso. En tal virtud, la controversia legal y probatoria sobre los supuestos y conclusiones a las que llegó el Instituto no pueden abordarse en sede de tutela, sino en el marco de la jurisdicción ordinaria.

-Finalmente, al accionante, como bien lo dice en las resoluciones respectivas el ISS, además de la posibilidad de acudir a la jurisdicción laboral ordinaria, tiene la alternativa de continuar cotizando hasta completar el número de semanas legalmente exigidas o ejercer el derecho para obtener la indemnización sustitutiva.

Por todas estas razones, se confirmarán las decisiones de instancia.

Expediente T- 2.414.958

En este caso, la ciudadana Betty Ayala Perdomo considera vulnerado su derecho fundamental de petición por cuanto una solicitud de reliquidación de la pensión de vejez presentada, al parecer, en febrero de 2009, no ha sido aún contestada por parte del ISS.

Sucede sin embargo que ni la accionante ni su apoderado acompañaron copia completa del escrito de petición que presentaron ante el ISS. A folio 11 del expediente aparece la primera hoja de dicho escrito, donde se alcanza a leer que se trata de una solicitud de reliquidación de la pensión, y se pueden conocer apenas parcialmente algunos de los hechos en que se sustenta la solicitud. Pero es imposible para el juez constitucional conocer en su integridad los hechos en que se sustenta la solicitud de reliquidación, ni sus fundamentos jurídicos, ni el contenido exacto de la petición.

Tampoco es posible extraer del expediente la fecha de presentación de la solicitud, que constituye el dato clave para establecer si ha habido o no vulneración del derecho fundamental de petición. En el escrito de tutela se afirma que esa solicitud se radicó el 20 de febrero de 2009, pero entre dicho escrito y la copia incompleta de la solicitud radicada ante el ISS existen varias inconsistencias, sin que sea posible establecer si el punto de la fecha es o no una más. Entre ellas, cabe destacar que mientras en el escrito de tutela se da a entender que la accionante no está recibiendo ingresos, en la copia parcial de la solicitud ante el ISS se pone de presente que ella tiene reconocida desde 2007 su derecho a la pensión y que de lo que se trata es de una reconsideración de su monto, por discrepancias en el régimen aplicable.

Así las cosas, la Sala confirmará el fallo de instancia que negó la tutela, por que no existen en el expediente pruebas suficientes que permitan concluir que en efecto ha ocurrido la violación del derecho de petición. De hecho, el que no se hubiera acompañado copia completa de la petición con indicación de la fecha de presentación, aunado al hecho de que tampoco se allegó dicha documentación con posterioridad a la expedición del fallo de tutela de primera instancia, por ejemplo para efectos de impugnación, y que ni siquiera se hubiera anexado al trámite de revisión en la Corte Constitucional, permiten suponer o bien que finalmente la respuesta reclamada se produjo, o que la accionante perdió interés en el resultado del trámite de tutela.

Por lo demás, es claro que en el presente caso no está en juego el derecho al mínimo vital de la accionante, quien, como ya se reseñó, y a diferencia de los otros dos expedientes aquí acumulados, tiene ya reconocido, desde hace cerca de tres años, su derecho a la pensión de vejez por parte del ISS. La discusión sobre su monto es asunto que puede y debe tramitarse a través de

los procedimientos gubernativos y jurisdiccionales ordinarios.

Expediente T- 2.418.448

Este expediente plantea una situación fáctica sustancialmente distinta a la de los otros dos expedientes acumulados. En primer lugar, el caso se inscribe en el marco del régimen pensional de ahorro individual con solidaridad, y no en el régimen pensional de prima media con prestación definida. En segundo lugar, la petición no tiene que ver con el reconocimiento, pago o eventual reliquidación de una pensión de vejez, sino justamente con lo opuesto: la accionante cree tener derecho a renunciar a su pensión de vejez y pide que se le autorice a hacerlo.

En efecto, como se resumió en el acápite 1.2.3 del capítulo de Antecedentes de este fallo, la ciudadana Martha Lucía Caballero Sierra, de 51 años de edad, quien en los últimos años no se ha podido ubicar laboralmente, y previendo que no estará en capacidad de seguir cotizando a su cuenta de ahorro individual, pide a su A.F.P. que le devuelva anticipadamente el saldo de los aportes que ha hecho en dicha cuenta, con el fin de poder invertir ese capital en un proyecto productivo que le garantice su subsistencia. Para que la petición sea procedente, anuncia que “renuncia a la pensión de vejez”. Por su parte, la administradora (Porvenir S.A.), se niega a acceder a la petición por considerar que la señora Caballero no cumple aún el requisito de edad legalmente establecido para poder solicitar la devolución de aportes. Esta negativa es la que suscita la interposición de la acción de tutela.

La Sala examinará en primer lugar si es constitucionalmente posible renunciar a la pensión de vejez, y en seguida mirará la procedencia específica de la petición de la actora.

La pensión de vejez como derecho irrenunciable.

El segundo inciso del artículo 48 de la Constitución establece que “se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social” y el artículo 53 consagra como principio mínimo fundamental de la legislación laboral la “irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales”. De otra parte, el inciso tercero del artículo 48 también señala que “no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella”.

El artículo 3º de la Ley 100 de 1993, “por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, reitera por su parte el principio constitucional según el cual “el Estado garantiza a todos los habitantes del territorio nacional el derecho irrenunciable a la seguridad social”.

La Corte ha entendido que este principio de irrenunciabilidad a los beneficios laborales mínimos, incluyendo los vinculados con la seguridad social, es un mecanismo de protección a los trabajadores. Por ejemplo, en la sentencia T-166/97 se dijo lo siguiente:

“[...] En torno a la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos en materia laboral, conviene repetir:

"Cuando surge la pregunta de por qué son irrenunciables ciertos beneficios mínimos establecidos por las leyes laborales, la respuesta debe apuntar a la conexidad del trabajo con la dignidad de la persona humana y con el libre desarrollo de la personalidad. Ya se ha mencionado cómo el artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que debe haber condiciones **equitativas y satisfactorias de trabajo**. No se trata de laborar de cualquier forma,

sino de una manera adecuada a la dignidad del trabajador. Por ende, la cultura humana ha descubierto unas veces, y ha luchado por implantarlos, otras, beneficios que una vez adquiridos, se tornan en irrenunciables, porque de renunciar a ellos, se desconocería la dignidad humana, exigible siempre, y nunca renunciable. Porque para renunciar jurídicamente a la dignidad humana, tendría que renunciarse al ser personal, hipótesis impensable en un orden social justo. El Estado Social de Derecho, que tiene como fin servir a la comunidad, no puede tolerar que el derecho al trabajo -que es de interés general-, se vea menguado por renunciaciones que el trabajador en estado de necesidad pueda verse forzado a hacer. Como, por ejemplo, aceptar un despido sin justa causa, ante la perspectiva de recibir con prontitud el dinero proveniente de una indemnización. De una u otra forma, implicaría renunciar a uno de los fines personales del hombre, que es, como se ha dicho, el de buscar su propia realización a través de un trabajo honrado y lícito, y cuando un fin es inalcanzable, de una u otra forma, todos los medios van perdiendo su razón de ser". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-023 del 27 de enero de 1994).

La garantía constitucional estriba en hacer efectivas las de orden legal que favorecen al trabajador, quien, indefenso ante el poder del patrono y en razón de sus apremiantes necesidades, podría consentir de manera forzada en renunciar a sus prerrogativas y derechos a trueque del beneficio de un pago pronto que lo saque de apuros.

Es ante esas perspectivas que el Constituyente y el legislador quitan todo valor jurídico a las renunciaciones que provengan del trabajador y que recaigan sobre beneficios legales mínimos, con lo cual se afirma el carácter imperativo de las normas que los consagran y la defensa, a cargo del Estado Social de Derecho, de la parte más débil en la relación contractual".

Al aplicar este criterio general sobre la irrenunciabilidad de los derechos laborales mínimos al caso específico de la pensión de vejez, la jurisprudencia de la Corte ha partido de la premisa según la cual la pensión está ligada inescindiblemente a las protecciones constitucionales del derecho al trabajo. Al respecto, se ha afirmado que:

"El derecho a la pensión de jubilación o de vejez, como una rama de la seguridad social, no puede concebirse desunido del derecho al trabajo "La Seguridad Social que se reclama mediante el reconocimiento de la pensión de vejez, no puede verse como algo independiente o desligado a la protección al trabajo el cual es garantizado de manera especial en la Constitución, por considerar que es un principio fundante del Estado social de derecho que ella organiza. Como el derecho controvertido nace y se consolida ligado a una relación laboral, en cuyo desarrollo la persona cumplió los requisitos de modo, tiempo de cotización y edad a los cuales se condicionó su nacimiento, es necesariamente derivación del derecho al trabajo"[16]

Una vez determinado ese vínculo entre pensión y derecho al trabajo, la Corte reiteradamente ha concluido que la irrenunciabilidad de la pensión "significa que el aspirante a pensionado no puede renunciar a que se le otorgue su derecho, ni total ni parcialmente"[17]; que tal atributo se predica de "todos los elementos integrantes del derecho a la seguridad social"[18]; y que, por ende, el derecho a la pensión no es susceptible de transacción o de renuncia por la vía de la conciliación.

Y en el caso específico de la indemnización sustitutiva (en el régimen de prima media con prestación definida) o de devolución de aportes (en el régimen de ahorro individual con solidaridad), la Corte ha dicho que estas dos figuras gozan de las mismas protecciones constitucionales que se predicán del derecho a la pensión, y que, por lo tanto, también son

irrenunciables. Al respecto, se ha dicho que “La indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, invalidez o sobrevivientes se trata de una garantía establecida por el legislador que busca sustituir la prestación, cuando no se cumplen los requisitos para su reconocimiento, es claro mutatis mutandis que puede equipararse a un derecho pensional...”.[20]

De este breve repaso jurisprudencial puede concluirse que el derecho a la pensión de vejez, y su manifestación alterna, esto es, el derecho a la indemnización sustitutiva (o, en el caso del régimen de ahorro individual con solidaridad, la devolución de aportes), al ser uno de los derechos laborales mínimos constitucionalmente protegidos, también es irrenunciable. Y que ese atributo de irrenunciabilidad está concebido precisamente como una protección al trabajador, activo o retirado, que, de no tener dicha garantía, podría ponerla en riesgo ante una presión económica coyuntural o una proveniente de su empleador.

A esta pacífica y reiterada posición jurisprudencial valdría la pena además agregar que tanto en el régimen de prima media con prestación definida como en el régimen de ahorro individual con solidaridad, esa irrenunciabilidad de la pensión de vejez, y más precisamente de las figuras alternas de la indemnización sustitutiva o la devolución de aportes, tiene otra finalidad relacionada con la sostenibilidad financiera del sistema, que también es un propósito constitucional explícito (inciso séptimo del artículo 48 C.P.). De permitirse la renuncia a estos derechos en casos individuales, se empezaría a desmoronar gradualmente el delicado diseño técnico, financiero y actuarial del sistema, que presupone un tiempo suficiente de aportes, y unos requisitos de edad mínimos, de tal manera que, en promedio, sea dable pagar pensiones en forma que no se imponga una carga excesiva sobre el sistema que pondría en riesgo los derechos pensionales de la gran mayoría de quienes a él contribuyen. La renuncia voluntaria a la pensión de vejez implicaría, por ejemplo, la desaparición de la obligación de cotizar al sistema, con grave riesgo para el fondo común y solidario en que se basa el sistema de prima media, y también para la satisfacción de las garantías ofrecidas por el sistema de ahorro individual, el cual, por lo demás, también tiene un componente solidario que depende de la disciplina en los aportes.

El principio de la irrenunciabilidad de los derechos pensionales, que después de la Constitución de 1991 no admite excepciones, tiene entonces una doble connotación: por un lado, y principalmente, se funda en la concepción de la seguridad social como un derecho, y por lo tanto dota a la pensión de un atributo con el cual se la protege de cualquier pacto privado o urgencia coyuntural. Por otro lado, la irrenunciabilidad de la pensión garantiza el cumplimiento de los deberes de los afiliados al sistema de seguridad social, y pone de presente el aspecto solidario y mancomunado de los subsistemas pensionales que lo integran.

El derecho a la devolución de saldos.

Dice el literal p) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, “por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, que una de las características del sistema general de pensiones es que:

“...p). Los afiliados que al cumplir la edad de pensión no reúnan los demás requisitos para tal efecto, tendrán derecho a una devolución de saldos o indemnización sustitutiva de acuerdo con el régimen al cual estén afiliados y de conformidad con lo previsto en la presente ley...”

Esta norma fue declarada exequible condicionalmente por la Corte Constitucional, en sentencia C-375 de 2004. El condicionamiento consistió en precisar que “dicho literal no ordena el retiro del trabajador, sino que le confiere la facultad de solicitar la cancelación de la indemnización

sustitutiva o la devolución de saldos o continuar cotizando hasta alcanzar el monto requerido para acceder a la pensión mensual vitalicia de jubilación”.[21]

El desarrollo específico de esta característica general del sistema de seguridad social en pensiones se encuentra en los artículos 37 (para el régimen solidario de prima media con prestación definida) y 66 (para el régimen de ahorro individual con solidaridad) de la Ley 100 de 1993. El texto del artículo 66, pertinente para este caso, por tratarse la accionante de una persona afiliada al régimen de ahorro individual, dice lo siguiente:

“Artículo 66. Devolución de saldos. Quienes a las edades previstas en el artículo anterior no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho”.[22]

Las edades previstas en “el artículo anterior” (artículo 65 de la Ley 100 de 1993), son sesenta y dos (62) años de edad si son hombres y cincuenta y siete (57) si son mujeres. Este artículo prevé que los afiliados que lleguen a estas edades y no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la ley, y hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta semanas (1.150), tendrán derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión.[23] Estas normas también han de interpretarse en conjunto con el artículo 64 de la misma ley, que define los requisitos mínimos para obtener la pensión de vejez, y con el 35, que define el concepto de pensión mínima.

Interpretados armónicamente los artículos 35, 64, 65 y 66 de la Ley 100 de 1993, y la posición jurisprudencial señalada en acápites anteriores, es posible llegar a las siguientes conclusiones:

1. Las personas afiliadas al régimen de ahorro individual con solidaridad tienen derecho a pensión de vejez a la edad que escojan. Ese derecho es irrenunciable.
2. Ese derecho sólo podrá adquirirse si el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual le permite obtener una pensión mensual superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de la Ley (1º de abril de 1994), reajustado anualmente según la variación porcentual del índice de precios al consumidor certificado por el DANE. Para el cálculo de dicho monto se tendrá en cuenta el valor del bono pensional, si lo hubiere.
3. Esto es así por que el artículo 35 de la Ley 100 de 1993 establece que el monto de la pensión mínima de vejez o jubilación no podrá ser inferior al valor del salario mínimo legal mensual vigente, regla que adquirió nivel constitucional con el Acto Legislativo 1 de 2005, en el que se dijo expresamente que “ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente.”
4. Cuando a pesar de cumplir con el requisito de capital mínimo, el trabajador opte por continuar cotizando, el empleador estará obligado a efectuar las cotizaciones a su cargo, mientras dure la relación laboral, legal o reglamentaria, y hasta la fecha en la cual el trabajador cumpla 60 años si es mujer y sesenta y dos años de edad si es hombre.
5. Puede suceder que un hombre llegue a los 62 años de edad, o una mujer a los 57 años de edad, y el capital acumulado no les alcance para generar la pensión mínima, esto es, una suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente. En ese caso, y siempre y cuando hayan cotizado por lo menos 1150 semanas, tendrán derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta

para obtener dicha pensión. Esos recursos provienen del fondo de garantía de pensión mínima, que se nutría originalmente de un 0.5% del ingreso base de cotización, pero este porcentaje se ha ido incrementado gradualmente a partir de 2004, por mandato de la Ley 797 de 2003. De ahí la importancia de la disciplina en los aportes a la cuenta individual, pues ella garantiza no sólo la posibilidad de una pensión de vejez cuando llegue el momento, sino que incrementa el fondo solidario con el que se garantizará la pensión mínima de quienes no alcanzan a ahorrar lo suficiente, pero han hecho un esfuerzo de fidelidad al sistema.

6. Ahora bien, los hombres que hayan llegado a los sesenta y dos años, y las mujeres que hayan llegado a los cincuenta y siete, y no hayan cotizado 1150 semanas, y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a optar por uno de dos caminos: o bien (i) pueden solicitar la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a este hubiere lugar o (ii) pueden continuar cotizando hasta alcanzar el derecho.

En el presente caso, la accionante solicita que opere la devolución de saldos, sin haber llegado a la edad de 57 años, basada en que, ante la imposibilidad de seguir cotizando, le es posible renunciar a la pensión de vejez. Pero antes de abordar el estudio del caso concreto, es necesario resumir brevemente la posición de la Corte Constitucional frente a la figura de la devolución de saldos, cuyo mecanismo análogo en el régimen de prima media con prestación definida se denomina “indemnización sustitutiva”.

En la sentencia T-1046/07, se hizo una completa síntesis de la naturaleza jurídica de estos dos conceptos, en los siguientes términos:

“2.1.1 La indemnización sustitutiva de la pensión de vejez (indemnización sustitutiva), es un derecho consistente en el pago de una suma determinada de dinero, equivalente a los aportes realizados por una persona al sistema de seguridad social en salud, actualizados a valor presente de acuerdo con la fórmula legalmente establecida, cuando el afiliado se ve imposibilitado para acceder a la pensión de vejez, por no cumplir con el requisito de tiempo exigido por la Ley.

2.1.2 Por otra parte, en el régimen de ahorro individual con solidaridad, precisamente en concordancia con el concepto de ahorro individual que inspira el sistema, la Ley 100 de 1993 consagró el derecho a la devolución de saldos, que consiste en el reembolso del dinero acumulado en la cuenta individual, actualizado y con los rendimientos financieros respectivos, al afiliado cuyos ahorros no son suficientes para acceder a la pensión de vejez (en sus diversas modalidades), o a la pensión mínima prevista por el sistema.

2.1.3 Se concluye, entonces, que las prestaciones tienen fines idénticos, si bien se basan en presupuestos diferenciales, precisamente por la concepción de cada uno de los sistemas pensionales. Estas diferencias se concretan en la competencia para el pago de la prestación, y en el manejo financiero de la misma, de forma que, bajo las mismas condiciones de tiempo y aportes, el monto podría variar entre los dos sistemas.

2.2. Naturaleza jurídica.

2.2.1 Sobre la naturaleza jurídica de la indemnización sustitutiva, en consideraciones que comprenden también a la devolución de saldos, la Corte ha indicado que ésta surge como una compensación para quienes no logran acreditar los requisitos para acceder a la pensión de vejez.

En tal sentido, es un derecho de carácter pensional, pues comparte la característica básica de ser un derecho que se constituye a través de un ahorro forzoso, destinado a cubrir el riesgo de vejez. Al respecto, ha señalado la Corte:

“La indemnización sustitutiva hace parte del Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, convirtiéndose en una especie de ahorro que pertenece al trabajador por los aportes efectuados durante un periodo de su vida laboral, razón por la cual se traduce en una garantía con que cuentan los afiliados a este sistema que no han podido cumplir con uno de los requisitos para adquirir su derecho a la pensión”.

En consecuencia, la indemnización sustitutiva se guía por los principios que rigen la seguridad social en pensiones. Es decir, es de carácter irrenunciable e imprescriptible, y son aplicables -en la medida en que sea posible- los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad del sistema.

2.2.2 Sin embargo, existen también diferencias relevantes entre el derecho a la pensión y la indemnización sustitutiva, situación que ha llevado a la jurisprudencia constitucional a señalar que se trata de un derecho suplementario de la pensión de vejez.

Esta denominación, por supuesto, no se orienta a restarle importancia a la indemnización sustitutiva, sino que hace referencia a que se trata de un derecho que solo debe hacerse efectivo en caso de que sea imposible acceder a la pensión, pues es evidente que, al tratarse de un pago único, no posee uno de los elementos definitorios del derecho a la pensión de vejez, como es su carácter periódico. Por la misma razón, debe concluirse que la protección al riesgo de vejez, en el caso de la indemnización sustitutiva, es de carácter precario.

Se trata de un derecho que, por así decirlo, no quisiera hacerse efectivo pues implica una renuncia definitiva para acceder al derecho a la pensión, presupuesto del Estado social de derecho. La prestación se orienta entonces, a afrontar las contingencias que el desarrollo progresivo de los derechos sociales, implica para algunas personas que no logran cumplir con los requisitos legalmente establecidos para la concreción del derecho a la pensión; condiciones que, por otra parte, son indispensables para que el sistema logre ser económicamente sostenible, y pueda avanzar hacia la universalidad del derecho a la pensión.

2.2.3 Lo que se desprende del panorama expuesto, es que en la indemnización sustitutiva y la devolución de saldos, se encierran criterios estrechamente ligados a la equidad. Así, el sentido de la prestación, asociado a un mínimo de justicia material, es que una persona que, en su etapa laboral, constituyó un ahorro para afrontar sus necesidades durante el período en que cesan sus capacidades productivas, tiene derecho a beneficiarse directamente de ese ahorro pues, sin duda, le pertenece...”

En otras ocasiones, la jurisprudencia ha subrayado:

“...esta Corporación ha sostenido que la finalidad de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos -dependiendo del régimen de que se trate-, no es otra que “[p]ermidir a las personas que luego de haber llegado a la edad de pensión y que (i) no hayan alcanzado a generar la pensión mínima (ii) no hayan cotizado al menos 1150 semanas reclamar la devolución de saldos o la indemnización sustitutiva de sus aportes. La hipótesis contraria implicaría que, aún cuando los cotizantes hayan alcanzado la edad en la cual ley presume la disminución significativa de la capacidad laboral, y pese a que los mismos declaren la imposibilidad de seguir cotizando, el Estado institucionalice la obligación de seguir aportando, sin tomar en

consideración las condiciones fácticas que impiden a los sujetos hacerlo.”

En esos términos, es claro entonces que la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, es un beneficio pensional que se otorga a las personas que cumplen parcialmente con los requisitos para acceder de manera definitiva a la pensión de vejez, esto es, que si bien tienen el requisito de la edad no han cotizado el número de semanas exigidas por la Ley -en el régimen de prima media- o no tienen el capital requerido para acceder al derecho a la pensión - en el régimen de ahorro individual-.”[24]

Al aplicar estas consideraciones generales a casos concretos, la Corte, por ejemplo, ha ordenado que se le devuelva a un hombre el saldo de su cuenta de ahorro individual, a pesar de no haber completado las 500 semanas que el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 exige para quienes voluntariamente decidieron cotizar en ese régimen a pesar de tener 55 años más de edad cuando entró en vigencia el sistema, por considerar, aplicando argumentos de equidad, que, dadas las circunstancias particulares de invalidez y de edad, era imposible para el solicitante seguir cotizando al sistema. [25] En el mismo sentido pueden examinarse las sentencias T-708/09, T-237/08 y T-250/07. Asimismo, se ha ordenado el reconocimiento de la indemnización sustitutiva cuando los aportes se hicieron antes de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, por considerar que los requisitos para hacerse a ella no tienen un límite temporal.

Análisis del caso concreto.

En el presente caso, la ciudadana Martha Lucía Caballero Sierra considera que Porvenir S.A. ha vulnerado sus derechos constitucionales al rechazarle su solicitud de devolución de saldos.

La Sala encuentra que, en este caso específico, no ha habido vulneración alguna de los derechos fundamentales invocados por la actora, por cuanto, a diferencia de los casos brevemente reseñados en el acápite anterior, en éste la actora ni siquiera cumple el requisito objetivo de la edad que permitiría empezar a estudiar la procedencia de su solicitud.

En efecto, para esta Sala está claro que la actora cumplirá 52 años de edad en marzo del 2010, es decir que aún le faltan más de cinco años para llegar a la edad que constituye el primero de los supuestos de hecho para la procedencia de la devolución de saldos, según el artículo 66 de la Ley 100 de 1993. En las sentencias anteriormente citadas, los accionantes habían ya sobrepasado dicha edad, y lo que se discutía eran la aplicabilidad o no de otros requisitos para acceder al derecho a la devolución de saldos. No debe perderse de vista que la devolución de saldos es un mecanismo alterno al de la pensión de vejez, pero inspirado en la misma necesidad de proteger al individuo ante la contingencia de la desaparición de ingresos por razón de la edad. En consecuencia, la edad legal para acceder al derecho tiene que ser necesariamente el punto de partida del examen de su procedencia. La devolución de saldos es una alternativa a la pensión de vejez, pero, por supuesto, no puede hacerse efectiva sino cuando se cumple al menos el requisito de edad.

Así concebido, el derecho a la devolución de saldos por lo menos presupone, para su realización, la llegada a la edad legalmente exigida. Sólo verificado ese presupuesto necesario inicial, habrá de examinarse el cumplimiento o no de los demás requisitos y la viabilidad constitucional de ellos en cada caso concreto.

En consecuencia, no le es posible a la Administradora de Fondo de Pensiones contra la cual se dirigió la acción de tutela, acceder a una solicitud en la que no se satisface siquiera el primero de los requisitos legalmente establecidos, más aún cuando, como se dejó establecido en el acápite

3.3.1, la pensión de vejez es un derecho irrenunciable.

Caben, adicionalmente, las siguientes consideraciones:

El argumento de la actora, en el sentido de que la cuenta de ahorro individual le pertenece, es verdad sólo parcialmente. Ciertamente es que el sistema de ahorro individual con solidaridad está basado en el “ahorro proveniente de las cotizaciones”[27], que los aportes se capitalizarán en la cuenta individual de ahorro pensional “de cada afiliado”, [28] y que “las cotizaciones obligatorias y voluntarias se abonarán a la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado. Cada afiliado sólo podrá tener una cuenta.” [29] Pero al mismo tiempo es cierto que el sistema general de 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” determinadas en la ley;[30] que dicho sistema se aplica “a todos los habitantes del territorio nacional”[31]; que la “afiliación al sistema implica la obligación de efectuar los aportes que se establecen” en la ley[32] y, sobre todo, que “las sumas existentes en las cuentas individuales de ahorro pensional, sólo podrán ser utilizadas para acceder a las pensiones” de que trata la Ley 100.[33] Todo lo cual es desarrollo legal del principio constitucional según el cual “para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley...” y “los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas,..., serán los establecidos en las leyes del sistema general de pensiones”. (Artículo 48, C.P.)

Si, como quedó visto, la devolución de saldos es una alternativa a la pensión de vejez, pero se nutre de sus mismas finalidades y reglas iniciales, ella no puede estar sujeta a la discrecionalidad del titular de la cuenta de ahorro individual. Estas cuentas no se asimilan a las cuentas corrientes o de ahorro bancarias, que surgen de la mera voluntad del cuentahabiente y se rigen enteramente por el derecho privado. Por contraste, las cuentas de ahorro individual en el régimen pensional tienen una finalidad de orden público, están concebidas para garantizar un derecho irrenunciable, y su manejo y disponibilidad están detalladamente reguladas en la ley.

En el mismo orden de ideas, es necesario aquí reiterar que la obligatoriedad de la afiliación y la irrenunciabilidad a la pensión de vejez obedecen, no sólo a una garantía de protección para el futuro pensionado, sino también a la necesidad de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema, especialmente la de sus componentes solidarios. Si se abriera la puerta para que los afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad, validos de una especie de infundada teoría relativa a la titularidad privada sobre sus cuentas, renunciaran al derecho a la pensión de vejez, y por lo tanto a su deber de cotizar, y aspiraran a una devolución anticipada de los saldos, no sólo anularían la posibilidad de hacerse a una pensión de vejez, sino que pondrían en peligro su eventual derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivientes, con grave riesgo para su familia; y, más grave aún, disminuirían los recursos del fondo de pensión mínima, afectando la sostenibilidad del sistema.

De otra parte, no es tampoco cierta la afirmación que hace la actora en el sentido de que la jurisprudencia de la Corte acepta que la devolución de saldos (o la indemnización sustitutiva) se pueda solicitar en cualquier tiempo. Lo que la Corte ha dicho, con toda razón, en sentencias tales como la T-972/06 y la T-386/09, es que “dicha prestación puede ser reclamada en cualquier tiempo, siempre que el interesado haya cumplido la edad para pensionarse pero no haya cotizado al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por un tiempo igual o superior al mínimo requerido para la obtención de la pensión de vejez” y que “la indemnización sustitutiva, dada su naturaleza

de derecho pensional, es imprescriptible y puede ser solicitada en cualquier tiempo por aquellas personas que, habiendo cumplido la edad para pensionarse, no logren acreditar cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones por un tiempo igual o superior al mínimo requerido para la obtención de la pensión de vejez”. La Corte, aplicando el principio de imprescriptibilidad de las pensiones, ha reiterado que la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos, como figuras alternativas a la pensión de vejez, también son imprescriptibles y por tanto pueden reclamarse en cualquier tiempo. Pero, simultáneamente, ha señalado, como no podía ser de otra forma, que esa posibilidad se da siempre que la persona haya cumplido la edad para pensionarse. De lo contrario, ni siquiera se daría el supuesto básico para comenzar a evaluar la procedencia de la solicitud.

Finalmente, no escapan a la Sala las dificultades laborales de la accionante que la motivan a solicitar con notoria anticipación la devolución de saldos. Pero lo cierto es que a la actora aún le faltan unos años para adquirir el derecho a la pensión de vejez. No es conveniente empezar a construir una especie de extensiva presunción de debilidad para personas que, no exentas de las dificultades económicas bien conocidas en Colombia, aún están en pleno uso de sus facultades mentales y físicas, y no deben tener la posibilidad de poner en riesgo el ahorro precisamente concebido para el momento en que dichas facultades realmente empiecen a disminuir.

Por estas razones, la Sala confirmará las decisiones de los jueces de instancia.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

PRIMERO:- Respecto del expediente T-2.413.372, CONFIRMAR el fallo proferido el trece (13) de agosto de 2009 por la Sala Tercera de Decisión Civil- Familia, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, que confirmó el proveído del doce (12) de junio de 2009, proferido por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Barranquilla, que a su vez declaró la improcedencia de la acción de tutela formulada por Juan Manuel Buelvas Tovio.

SEGUNDO:- Respecto del expediente T-2.414.958, CONFIRMAR la sentencia proferida el siete (7) de septiembre de dos mil nueve (2009) por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, D.C., que negó el amparo de tutela solicitado por la ciudadana Betty Ayala Perdomo.

TERCERO:- Respecto del expediente T-2.418.448, CONFIRMAR la sentencia proferida el treinta y uno (31) de agosto de 2009 por el Juzgado Veintiocho Civil del Circuito de Bogotá, D.C., que confirmó el fallo del diecisiete (17) de julio de 2009, proferido por el Juzgado Cincuenta y uno Civil Municipal de Bogotá, D.C., que negó la solicitud de amparo elevada por Martha Lucía Caballero Sierra.

CUARTO:- Por la Secretaría General, LÍBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado Ponente

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

[1] Pg 37.

[2] En algunas piezas procesales de este expediente se refieren a la accionada como Betty Alaya Perdomo, pero en el único folio donde aparece su firma se lee claramente el nombre Betty Ayala Perdomo.

[3] Fl 55. Expediente 2413372

[4] Folio.56. Expediente 2.413.372

[5] Fl 46. Expediente T-2418448

[6] Fl. 76. Expediente T- 2.413.372

[7] Fl.8. Segundo cuaderno, expediente T- 2.413.372

[8] Fl 10, ibídem

[9] Folio 56, expediente T-2.418.448

[10] Sentencia T-083/04

[11] Sentencia T-248/08

[12] Sentencia T-249/06. En el mismo sentido, se pueden consultar, entre otras, las sentencias T-055/06, T-851/06, T-433/02.

[13] T-249/06

[14] Ley 1251 de 2008, artículo 3º

[15] Pg 37.

[16] Sentencia T-268/09

[17] Sentencia T-631/02

[18] Sentencia T-169/03

[19] Sentencia T-893/08

[20] Sentencia T-269/09

[21] La Corte explicó así la declaratoria de exequibilidad, y su respectivo condicionamiento:

"...28.- De conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, es competencia del legislador, en ejercicio de su facultad de configuración política, estipular las causales de terminación de las relaciones públicas y privadas, en atención a los principios y valores constitucionales. Resulta razonable, en consecuencia, que prevea la terminación de la relación laboral del trabajador particular o del servidor público que haya laborado durante el tiempo necesario para acceder al beneficio pensional por vejez, una vez sea notificada en debida forma la inclusión del afiliado en la nómina de pensionados. En ese orden de ideas, si una de las causales de terminación de la relación laboral consiste en que el trabajador ha cumplido íntegramente los requisitos para pensionarse, además de la respectiva inclusión en nómina, resulta inadmisile tanto legal como constitucionalmente que se desvincule a un funcionario que no cumpla con el número de semanas cotizadas. Es decir, los empleados que han alcanzado la edad legal de pensión, pero no el monto de semanas cotizadas, no pueden ser desvinculados de sus trabajos bajo el argumento de que el literal p, del art. 2º de la ley 797 de 2003 así lo prescribe. El enunciado normativo en mención establece, por el contrario, la potestad en cabeza del trabajador de retirarse y solicitar la cancelación de la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos o continuar cotizando hasta alcanzar el monto requerido para acceder al la pensión mensual vitalicia de jubilación. 29.- La Corte encuentra, entonces, que la norma acusada es un desarrollo posible de la libertad de configuración del legislador, que no desconoce los principios constitucionales que regulan el derecho a la seguridad social, pues se limita a normar un supuesto de hecho particular en punto de sistemas pensionales. En ese sentido, el literal acusado se limita a presentar la posibilidad a los afiliados que, luego de haber llegado a la edad de pensión (i) no hayan alcanzado a generar la pensión mínima (ii) no hayan cotizado al menos 1150 semanas, de solicitar la devolución de saldos o la indemnización sustitutiva de acuerdo con el régimen al cual se encuentren afiliados. Resta precisar que tan sólo en el entendido que el literal acusado incorpora una facultad en cabeza del afiliado, más no un deber de recibir la devolución o indemnización correspondientes, es constitucional la norma demandada..."

[22] Esta norma fue objeto de control constitucional en la sentencia C-086 de 2002, pero en aquella ocasión no se examinó a fondo su contenido, porque la demanda giraba en torno a la constitucionalidad general del régimen pensional de ahorro individual con solidaridad, del cual ésta norma hace parte.

[23] Este artículo 65 de la Ley 100 de 1993 había sido modificado por el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, pero esa modificación fue declarada inconstitucional por vicios de trámite insubsanables en el proceso legislativo de su aprobación. En consecuencia, la norma vigente es la contenida en la redacción original del artículo 65.

[24] Sentencia T-1049/06

[25] Sentencia T-084/06. Ese requisito de las 500 semanas fue declarado exequible mediante sentencia C-674 de 2001, pero en éste y otros casos, la Corte lo inaplicó, por consideraciones relativas al caso concreto.

[26] Sentencias T-386/09 y T-972/06

[27] Art. 59, Ley 100 de 1993

[28] Art. 60, literal b), Ley 100 de 1993

[29] Art. 63. Ley 100 de 1993.

[30] Art. 10, Ley 100 de 1993.

[31] Art. 11, Ley 100 de 1993

[32] Literal d), art. 13, Ley 100 de 1993

[33] Art. 63, Ley 100 de 1993.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

