

Sentencia T-853/10

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE INDEMNIZACION SUSTITUTIVA Y DEVOLUCION DE SALDOS-Casos en que se niega devolución de saldos de cuenta de ahorro individual y pago de bono pensional por no haber cotizado semanas exigidas en las normas que le son aplicables

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Derecho constitucional fundamental y su protección por medio de la acción de tutela

INDEMNIZACION SUSTITUTIVA Y LA DEVOLUCION DE SALDOS EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL-Prestaciones que actúan como sucedáneas de la pensión de vejez, cuando no se tienen los requisitos

PRINCIPIO DE EQUIDAD-Criterio de interpretación de la ley ante la imposibilidad de los sujetos de especial protección constitucional de cumplir con los requisitos del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL Y MINIMO VITAL-Vulneración al exigir cotizar semanas faltantes y completar el capital suficiente para obtener la pensión cuando se ha manifestado la imposibilidad de seguir cotizando

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE INDEMNIZACION SUSTITUTIVA Y DEVOLUCION DE SALDOS-Orden de redimir y pagar bono pensional y reconocer y pagar la devolución de saldos de la cuenta de ahorro individual de los actores

Referencia: expedientes T-2.706.373 y T-2.714.387

Acciones de tutela instauradas por Manuel Eduardo Palomino Ortiz contra la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Administradora de Fondos de Pensiones ING Pensiones y Cesantías y María Olinda Piedrahita Giraldo a través de apoderado judicial contra la Administradora de Fondos de Pensiones BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías.

Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C.veintiocho (28) de octubre de dos mil diez (2010).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Luís Ernesto Vargas Silva, María Victoria Calle Correa y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Nacional y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente.

## SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos en primera instancia por la Sala de Decisión No.1 del Tribunal Administrativo de Sucre y en segunda instancia por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta del Consejo de Estado (expediente T-2.706.373) y del fallo proferido en única instancia por el Juzgado Cuarto Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Manizales (Caldas) (expediente T-2.714.387).

- Acumulación

Los procesos T-2.706.373 y T-2.714.387 fueron acumulados mediante auto del siete (7) de julio de dos mil diez (2010), proferido por la Sala de Selección número Siete (7), por existir unidad de materia y semejanza fáctica de los problemas jurídicos planteados en las respectivas acciones de tutela.

## I. ANTECEDENTES

Expediente T- 2.706.373 (Manuel Eduardo Palomino Ortiz)

El señor Manuel Eduardo Palomino Ortiz de 67 años de edad, el pasado veintinueve (29) de enero de dos mil diez (2010) interpuso acción de tutela solicitando el amparo de sus derechos fundamentales a la vida, a la dignidad humana y al mínimo vital, los cuales, en su opinión, han sido vulnerados por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Administradora de Fondos de Pensiones ING Pensiones y Cesantías, de conformidad con los siguientes:

## Hechos

1.- En el mes de octubre de 2009, solicitó ante la Administradora de Fondos de Pensiones ING Pensiones y Cesantías el reconocimiento de su pensión de vejez o la devolución de saldos y bono pensional con base en lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, por haber cumplido 67 años de edad y además porque requiere de un ingreso económico ya que desde hace varios años está desempleado.

2.- Señala el accionante que las entidades demandadas negaron su petición. La Directora del Área Previsional de la AFP-ING Pensiones y Cesantías, mediante oficios ABP09-0823 de octubre 26 de 2009 y ABP09-0892 de noviembre 18 de 2009, argumentó que si bien cuenta con la edad de 67 años de edad, a la fecha no presenta capital suficiente para acceder a la pensión. Explica, además que en razón a la función que le corresponde, le informó a la OBP que el peticionario superó considerablemente la edad para acceder al beneficio.

3.- Afirma que mediante oficio 2.3 de fecha noviembre 17 de 2009, la Oficina de Bonos Pensionales, argumentó la negativa en lo siguiente:

“A) No tengo derecho a que se me reconozca el beneficio de la Pensión Mínima con base en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, toda vez que para acceder a este derecho tendría que haber cotizado un mínimo de 1.150 semanas, de las cuales registro solo 213 semanas, faltándome para cumplir este requisito cotizar 937 semanas, para eventualmente otorgárseme el beneficio de la garantía de pensión mínima.

B) No cuento con el capital suficiente para poder negociar mi bono pensional y obtener la pensión anticipada, por no cumplir el requisito consagrado en el artículo 64 de la ley 100 de 1993.

C) No tengo derecho a la redención anticipada para devolución de saldos por vejez conforme a lo dispuesto en el artículo 66 de la ley 100 de 1993, argumentando que este derecho opera para quienes no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo; debiendo esperar para la REDENCION ANTICIPADA PARA LA DEVOLUCION DE SALDOS POR VEJEZ hasta la fecha de redención normal del bono pensional,

que se llevará a cabo el 17 de julio de 2013; finalmente manifiesta que en mi caso se debe tener en cuenta que la fecha de redención normal del bono se causará, en la fecha en que completaría 1000 semanas de vinculación laboral válida conforme al artículo 20 del Decreto 1278 de 1995.”

5.- Afirma que la espera para acceder a la devolución de saldos incluyendo el bono pensional pone en riesgo su derecho a la vida, pues para esa época, dada su precaria situación económica, probablemente ya no exista. Además considera con base en la jurisprudencia de la Corte Constitucional que se ha vulnerado su derecho al mínimo vital y el derecho que las personas de su edad tienen a la devolución oportuna de los saldos y del bono pensional, máxime cuando no están en condiciones de continuar cotizando como en su caso.

#### Solicitud de Tutela

6.- Con fundamento en los hechos narrados, el ciudadano Manuel Eduardo Palomino solicitó además de la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la dignidad humana que considera vulnerados por parte de las demandadas, disponer que con base en el artículo 66 de la ley 100 de 1993 le sean devueltos los saldos aportados y el bono pensional.

#### Respuesta de las entidades demandadas

Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

7.- El Jefe de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda mediante oficio radicado en la Secretaría del Tribunal Administrativo de Sucre el 5 de febrero de 2010, respondió la acción de tutela de la referencia solicitando denegar el recurso de amparo, en razón a que el accionante no tiene derecho a la redención anticipada para devolución de saldos por vejez solicitada.

8.- Previo a exponer las razones de su negativa, estima necesario integrar el litisconsorcio necesario con la Administradora de Fondos de Pensiones ING, dada la obligación legal que

tiene para la expedición del cupón principal del bono del afiliado y con el ISS, contribuyente en el bono pensional en su condición de cuentapartista. Adicionalmente señala, con apoyo en jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia que la acción de tutela no puede convertirse en instrumento que facilite pretermitir los procedimientos legales.

9.- Precisa en primer lugar en relación con la situación actual del bono pensional del accionante, que se trata de un bono tipo "A", en liquidación provisional cuyo emisor es la Nación con el cupón principal y el ISS con participación de cuota parte.

10.- En segundo lugar explica que los criterios jurídicos que informan la posición de la Oficina respecto de la situación del bono pensional del accionante fueron expuestos con anterioridad a la AFP ING, de la siguiente forma:

\* El Bono Pensional del señor MANUEL EDUARDO PALOMINO ORTIZ se redimirá normalmente el día 17 de julio de 2013.

\* La Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público tiene máximo un mes para pagar el cupón principal y el cupón del ISS.

\* Cuando la AFP I.N.G. reciba el monto del Bono Pensional en ese momento hará nuevamente un análisis para determinar si el afiliado MANUEL EDUARDO PALOMINO ORTIZ tiene derecho a pensión. También en ese momento, la AFP I.N.G. verificará si cumple con los requisitos para obtener la Garantía de Pensión Mínima.

\* Para efectos de la Garantía de Pensión Mínima el señor MANUEL EDUARDO PALOMINO ORTIZ hoy NO cumple con uno de los requisitos básicos señalados en el artículo 65ª de la Ley 100 de 1993: que el beneficiario hubiese cotizado por lo menos 1150 semanas durante toda su vida laboral. Para el caso del señor Manuel Eduardo palomino, y según los datos que nos suministra la AFP ING, -solicitud de liquidación provisional del 17 de enero de 2010- la suma de las semanas cotizadas, arroja un total de 213 semanas, lo que quiere decir que el afiliado no cumple con el requisito legal esencial previo de tener 1.150 semanas cotizadas y le

faltaría por cotizar 937 semanas, para eventualmente otorgarle el beneficio de la Garantía de Pensión Mínima.

\* El señor MANUEL EDUARDO PALOMINO ORTIZ NO tiene derecho a la redención anticipada para Devolución de Saldos por Vejez (Artículo 66 de la Ley 100 de 1993) porque el señor Manuel Eduardo palomino, nació el 09 de septiembre de 1942, y hoy tiene 67 años y su bono pensional se redime el 17 de julio de 2013, fecha cuando completaría 1000 semanas de vinculación laboral válida (Artículo 20 del Decreto 1748 de 1995). En este caso, de acuerdo con lo demostrado, TAMPOCO tendría derecho a que se le redima anticipadamente el bono pensional por devolución de saldos por vejez, puesto que hay devolución de saldos cuando el beneficiario alcanza 62 años hombres o 57 las mujeres y no han acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo. En este momento de acuerdo con los cálculos efectuados con los datos de la AFP, el accionante tendría capital suficiente para financiar una pensión. Al respecto, la AFP debe determinar, si el valor del bono hoy, más lo que tenga ahorrado en su cuenta, al proyectarlo al futuro, a fecha de redención normal, determina que en ese momento si tendría derecho a una pensión. El cálculo lo debe hacer la AFP para evitar que la persona cambie una eventual pensión futura por una devolución de saldos hoy.

\* A la fecha, el producto de la hipotética negociación del bono pensional del señor MANUEL EDUARDO PALOMINO ORTIZ no es suficiente aún para financiar una pensión del 110% de un salario mínimo legal vigente (artículo 64 de la Ley 100 de 1993). Luego la eventual negociación del bono debe retrasarse hasta la fecha en que el capital producto de dicha negociación sea suficiente para otorgar una pensión anticipada en el Régimen de Ahorro Individual. La AFP ING debe evaluar periódicamente para determinar en que momento se podría financiar la pensión de vejez del beneficiario con el producto de la Negociación del Bono Pensional adicionado con el capital de la cuenta de ahorro individual del mismo, Si nunca se presentare ese evento, entonces el afiliado debe esperar hasta la fecha de redención normal del bono pensional.

\* De acuerdo con todo lo expuesto (...), NO procede la REDENCION ANTICIPADA del bono pensional del señor MANUEL EDUARDO PALOMINO ORTIZ para otorgarle la devolución de saldos por vejez.

\* La Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de hacienda ha cumplido con sus obligaciones respecto del bono pensional del señor MANUEL EDUARDO PALOMINO ORTIZ actuando dentro de lo establecido por las normas vigentes de los bonos pensionales.”  
(Negrillas del texto)

\*

11.- Por lo anterior solicita que no se autorice la devolución de saldos por vejez, toda vez que un fallo en tal sentido iría en contravía de los derechos fundamentales del accionante, pues estaría cambiando una eventual pensión a la cual tendría derecho a partir del mes de julio de 2013, por la devolución de los saldos hoy.

ING Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.

12.- El representante legal de ING Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., dio respuesta a la acción de tutela mediante escrito presentado de manera extemporánea en el que indicó que pese a las gestiones adelantadas por la AFP, la Oficina de Bonos Pensionales se niega a realizar la redención anticipada para la devolución de los saldos por vejez, pues de acuerdo a los cálculos que esa Oficina realizó el accionante puede tener derecho a la pensión.

13.- Explica que frente a la decisión tomada por el Ministerio, la AFP guarda respeto, puesto que no puede conminarla a la emisión anticipada, teniendo en cuenta que ING Pensiones y Cesantías no emite ni expide los bonos, sino que según sus funciones, realiza esa gestión en nombre del afiliado. Agrega que sólo puede proceder a la devolución del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, cuando cuente con el bono pensional.

14.- Por último sostiene que tratándose de una reclamación relativa a una devolución de saldos del valor de un bono pensional no emitido, la acción de tutela se torna improcedente pues es claro que el actor cuenta con un mecanismo judicial ordinario ante la jurisdicción ordinaria laboral para hacer valer sus pretensiones.

## Decisiones judiciales objeto de revisión

15.- La Sala de Decisión No.1 del Tribunal Administrativo de Sucre, concedió el amparo solicitado. Ordenó a la AFP ING que inicie el trámite correspondiente para la devolución de saldos que reclama el actor y a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público relevar al accionante de su compromiso de cotizar 500 semanas al régimen de ahorro individual, a fin de que éste pueda acceder a la devolución del saldo reclamado.

16.- Concluyó el Tribunal que conforme a las sentencias T-237 de 2008 y T-084 de 2006 proferidas por la Corte Constitucional, es factible reconocer la devolución de saldos a que se refiere el artículo 66 de la Ley 100 de 1993 a las personas que se encuentran en imposibilidad de seguir cotizando para que las Administradoras de Fondos de Pensiones y la Oficina de Bonos Pensionales les devuelvan los aportes y les reconozcan el valor de los bonos pensionales, todo en el supuesto de no cumplir con los requisitos para obtener una pensión mínima.

17.- De no existir normas como la Ley 100 de 1993 que consagra en el artículo 61 la exclusión, el artículo 37 sobre indemnización sustitutiva o la del artículo 66 sobre devolución de saldos, se caería en el absurdo de concluir que para algunas personas, independiente de su edad y su condición, resulta inexorable la carga de sostener una relación laboral o de conseguir por su cuenta los recursos para cotizar al Sistema de Pensiones.

18.- Por lo anterior, considera que las entidades demandadas no pueden desconocer que en el presente caso se trata de una persona de 67 años, sin condiciones de seguir cotizando en ningún régimen de pensiones y por tanto la controversia planteada deberá resolverse en equidad, según las previsiones del artículo 46 superior y la jurisprudencia en la materia.

## Impugnación

19.- El jefe de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, impugnó el fallo proferido en primera instancia con base en los argumentos expuestos ampliamente en la contestación de la demanda. Preciso además que no comparte la orden impartida por el Tribunal para relevar al actor de su compromiso de cotizar 500 semanas al

régimen de ahorro individual, puesto que la Oficina no ha argumentado que se encuentre cobijado con la exclusión del literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993.

20.- Por su parte, el Gerente de la AFP ING, Oficina de Barranquilla, informó al Tribunal que en cumplimiento de lo ordenado en el fallo, envió comunicación al accionante informándole de la autorización de la devolución de los recursos de la cuenta pensional de ahorro individual y solicitándole los documentos necesarios para ellos. De la misma forma solicita se aclare el fallo, toda vez que en el caso particular no existe obligación para el afiliado de cotizar 500 semanas.

#### Sentencia de segunda instancia

21.- La Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, revocó la sentencia proferida por el ad quo al considerar que la tutela es improcedente para brindar el apoyo reclamado pues el actor tiene a su disposición la acción ordinaria laboral que puede iniciar a partir del momento en que las entidades accionadas le resuelvan con carácter definitivo su reclamación, en tanto que es el juez natural el llamado a dirimir la inconformidad planteada relacionada con la devolución de saldos y la redención del bono pensional. De otra parte, el actor no demostró el perjuicio irremediable, puesto que no allegó prueba alguna de su situación económica actual, ni de la imposibilidad de propiciarse otra fuente de ingresos, ni tampoco probanza relativa a que padezca de problemas de salud que ameriten una especial atención.

Expediente T-2.340.473 (María Olinda Piedrahita Giraldo)

22.- El pasado once (11) de mayo de dos mil diez (2010), la ciudadana María Olinda Piedrahita Giraldo de 67 años de edad, a través de apoderado judicial interpuso acción de tutela solicitando el amparo de sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social integral en conexidad con el derecho a la vida en condiciones dignas, los cuales en su opinión, han sido vulnerados por la Administradora de Fondos de Pensiones BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías, de conformidad con los siguientes:

Hechos:

23.- La accionante se vinculó a BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías desde el año 1998, pero al quedar sin empleo desde hace muchos años no volvió a cotizar para dicho Fondo.

24.- Señala la accionante que no obstante que desde hace más de 10 años ha solicitado al Fondo la devolución de los saldos tal como lo ordena el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, esto no ha sido posible debido a la exigencia de requisitos que ha cumplido, pues hoy en día cuenta con 67 años de edad y ya manifestó que no tiene capacidad económica para seguir cotizando como lo ordena la ley.

25.- Sostiene que para adelantar el trámite anterior, autorizó al Fondo de Pensiones para el cobro del bono a cargo del Instituto de Seguros Sociales con sus respectivos rendimientos, pero a la fecha ignora si este fue pagado, pues sólo conoce de una nota de fecha 6 de agosto de 2002, en la que le manifiestan que han “adelantado todas las gestiones para hacer efectivo el bono pensional”.

26.- Considera que lo anterior, constituye una violación o amenaza de sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la salud integral, pues se trata de “una persona de la tercera edad, sin salud, y sin trabajo para suplir (sic) sus necesidades básicas”.

Solicitud de Tutela

Respuesta de las entidades demandadas

Fondo de Pensiones y Cesantías BBVA Horizonte

La Gerente de la Oficina de Manizales del Fondo de Pensiones y Cesantías BBVA Horizonte, por medio de escrito del 14 de mayo 2010 respondió la acción de tutela de la referencia y solicitó desestimar las pretensiones teniendo en cuenta que la entidad no ha vulnerado derecho fundamental alguno de la accionante. Expuso los siguientes argumentos:

28.- Precisó que la accionante se vinculó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a

través de la AFP Horizonte de manera libre y voluntaria el 16 de septiembre de 1997 y por tanto se acogió a las normas y disposiciones legales para dicho régimen.

29.- Indicó que, solicitada la devolución de saldos por parte de la accionante, la Administradora le informó mediante comunicaciones del 13 de junio de 2000 y del 7 de junio de 2006, que “tratándose de una persona excluida del régimen, en los términos del literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, la devolución de saldos solicitada sólo podría realizarse, hasta el momento en que haya cotizado 500 semanas en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad” (fl. 21 Cd.Ppal).

30.- Señaló que la accionante tan sólo ha cotizado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad 73.71 de las 500 semanas a que hace referencia la disposición citada, por lo tanto su vinculación al Fondo “no ha producido efectos jurídicos” (fl. 21 Cd.Ppal).

31.- De otra parte explicó que, el reconocimiento al bono pensional por haberse traslado de régimen, hace parte del capital con el que se financia el pago de las prestaciones a cargo del Sistema General de Pensiones y representa los tiempos servidos y cotizados con anterioridad al traslado del régimen pensional. Por tanto, la redención que se llegue a generar “sólo se producirá en el momento que la citada señora complete quinientas (500) semanas de cotización en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad”, (fl.22 Cd. Ppal), de conformidad con lo dispuesto en el literal b) del artículo 20 del Decreto 1748 de 1995 que exige 500 semanas para la redención del bono y en el artículo 18 del Decreto 3798 de 2003, que además de exigir las 500 semanas cotizadas, prohíbe la negociación del bono pensional para pensión o devolución de saldos, antes de completarse las semanas exigidas.

32.- Indicó que la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, fijó su posición en el documento denominado “Anexo 1”, en el que precisó que no emitirá, ni autorizará la redención de los mismos para la devolución de saldos por vejez, mientras no se hayan cotizado las 500 semanas exigidas en nuestro ordenamiento jurídico, es decir, que sólo hasta ese momento se contaría con los recursos provenientes del bono pensional para el pago de cualquier prestación que conceda el Régimen de Ahorro Individual.

33.- Adicionalmente, afirmó el representante de la AFP que, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, señaló que las personas mencionadas en el literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, no hacen parte del Régimen de Ahorro Individual, mientras no

tomen la decisión efectiva de cotizar 500 semanas en dicho régimen.

34.- Precisó que el Fondo que representa, es un simple intermediario entre el afiliado y los emisores de bono pensionales y por tanto, no puede responder por la emisión y pago de los mismos, sino por la adecuada gestión en ese propósito. Por tanto, en caso de que se ordene acceder al reconocimiento y pago del bono pensional sin que haya cotizado las 500 semanas, deberá ser la Oficina de Bonos la llamada a responder por la liquidación, emisión y pago del mismo.

35.- Por último, sostiene con apoyo en jurisprudencia de la Corte Constitucional que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para obtener el pago de una pensión pues ello no solamente escapa de la competencia del juez de tutela, sino que la acción es improcedente por existir otro medio de defensa judicial ante la jurisdicción laboral.

Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público

37.- En primer lugar señala que la acción de tutela no puede convertirse en un instrumento destinado a pretermitir los procedimientos legales y los requerimientos establecidos en las normas para otorgar los bonos pensionales.

38.- A continuación explica que, la accionante se encuentra excluida del régimen de ahorro individual, pues no ha demostrado haber cotizado 500 semanas adicionales ordenadas por el literal b) del artículo 61 de la ley 100 y en consecuencia se le debe ordenar que regrese al ISS. Para estar vinculada legalmente al RAIS la accionante debió cotizar 500 semanas en el régimen de ahorro individual. En su criterio, la norma es taxativa al señalar que las mujeres que tenían 50 años o más de edad al entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones regulado por la Ley 100 de 1993, estaban excluidas del Régimen, como sucede con la accionante puesto que habiendo nacido el 12 de marzo de 1943, el 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley, tenía más de 50 años de edad cumplidos.

39.- Al momento de producirse la afiliación al RAIS, lo que se produjo el 16 de septiembre de 1997, la Administradora de Fondos de Pensiones debió explicarle a la accionante la norma de exclusión del Régimen contemplada en el inciso 3º, artículo 5º del Decreto 692 de 19941, así

como lo previsto en el artículo 7ª del Decreto Ley 1299 de 1994 que exige para efectos del cálculo del bono pensional para la pensión de vejez, la fecha en que completaría 500 semanas adicionales de cotización en el RAIS y lo dispuesto en el artículo 21 del Decreto 1474 de 19972, modificado taxativamente por el artículo 28 del Decreto 1513 de 19983.

Por tanto, antes de que la accionante se trasladara voluntariamente al RAIS y se sometiera a las exigencias legales, para solicitar la devolución de los saldos y la emisión y redención del bono pensional, debía comprometerse a cotizar 500 semanas adicionales. Si no demuestra el cumplimiento de tal compromiso, el afiliado no puede solicitar emisión del bono, ni negociarlo, ni pensionarse anticipadamente, ni tampoco la devolución de saldos.

40.- Sustenta su postura respecto a la redención anticipada o negociación de bonos pensionales de personas afiliadas al RAIS y que está cobijados por lo dispuesto en el literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, en los fundamentos legales y en la jurisprudencia del Consejo de Estado, expuesta en los fallos del 13 de marzo de 2003 y en el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil emitido el 22 de mayo de 1997, así como en la política trazada por el Viceministerio Técnico de Hacienda, contenidos en el documento “ANEXO Personas excluidas del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad salvo que decidan cotizar por lo menos 500 semanas al RAIS Literal b) del artículo 6, de la Ley 100 de 1993”, que allegó con el escrito y que se concreta en lo siguiente:

Explica que de conformidad con el artículo 18 del Decreto 3798 de 2003, las personas a las que se refiere el artículo 61-b de la Ley 100 de 1993 (que al 1º de abril de 1994 contaban con 55 años, si eran hombres, o 50, si eran mujeres, y se trasladaron al RAIS) no pueden negociar el bono pensional para solicitar la pensión o la devolución de saldos, antes de completar las 500 semanas a las que están obligadas.

Además, llama la atención sobre el hecho que los bonos tipo A “por ser susceptibles de ser negociados, se deben calcular sobre bases conocidas y ciertas” (fl.62 Cd.Ppal). Por ello, como el bono de las personas a las que se refiere el artículo 61-b de la Ley 100 no tiene fecha cierta de redención, por cuanto está sujeto a la condición de cotizar quinientas (500) semanas, para calcular anticipadamente su valor, el artículo 20 del Decreto 1748 de 1995, define la fecha más tardía de tres posibles para establecer la fecha de redención de los bonos tipo A y dentro de estas fechas, fija aquella en la cual se alcanzan quinientas (500)

semanas de cotización. Por tanto, “el papel tanto de la OBP como de las Administradoras, sería emitir cuando se esté seguro de que se han cotizado las 500 semanas. De lo contrario, desde el punto de vista del cálculo, sería emitir con una fecha de redención incierta” (fl.63 Cd. Ppal).

De otra parte, según el fallo del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, del 13 de marzo de 2003, que resolvió negar la solicitud de nulidad interpuesta contra el artículo 21 del Decreto 1474 de 1997, las personas que se encuentren cobijadas por lo dispuesto en el artículo 61-b, les está vedado pensionarse anticipadamente antes de completar las 500 semanas a las que se comprometieron y por la misma razón, su bono pensional tampoco puede ser negociable hasta tanto no complete dicho número de semanas, por haber escogido cotizar quinientas (500) semanas en el RAIS en vez de pensionarse en el régimen al que venían cotizando. La condición establecida en dicha norma, conlleva necesariamente a la imposibilidad de que las personas contenidas en tales supuestos, puedan pensionarse anticipadamente, no obstante complete el capital exigido en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 y a la vez que su bono se negocie antes de que el número de semanas se cumpla. Si se aceptara que tales personas pudieran negociar el bono emitido antes de ese término, que es el único momento en que se hace negociable el bono de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 del Decreto 1299 de 1994, se tendría que a partir de ese momento dejaría de cotizar al régimen y en consecuencia, la exigencia legal sería inane. Por lo cual concluyó, que el artículo 21 demandado mediante acción de nulidad, debía interpretarse a la luz de los contenidos normativos de los artículos 61 de la Ley 100 de 1993, 12 del Decreto 1299 de 1994 y 20 del Decreto 1748 de 1995.

Hace alusión de igual manera al concepto del Consejo de Estado del 22 de mayo de 1997, Sala de Consulta y Servicio Civil sobre el literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, en el cual se afirmó que la obligación de las personas a que se refiere la norma, de cotizar mínimo quinientas (500) semanas en el RAIS “se convierte en elemento indispensable para pertenecer de modo efectivo a ese régimen y beneficiarse de sus implicaciones” (fl.67 Cd. Ppal), dentro de las cuales está negociar el bono anticipadamente y solicitar la devolución de saldos, beneficios estos a los que no se accede si no se cumple con tal exigencia.

Trae a colación también, lo dicho por la Corte Constitucional en sentencia C-674 de 2001 a propósito de la constitucionalidad de la exigencia a las personas del artículo 61-b de la Ley

100 de 1993, de cotizar mínimo quinientas (500) semanas para ingresar al sistema de ahorro individual. Al respecto dijo la Corte “si la persona decide de todos modos ingresar al régimen de ahorro individual, entonces puede hacerlo, pero deberá cotizar al menos 500 semanas, lo cual demuestra que la prohibición no es absoluta sino condicionada y armoniza con la filosofía que orienta el régimen de ahorro individual, pues esa cotización suplementaria es la que permite que la persona que decide trasladarse conforme un capital suficiente para obtener una pensión digna.”

Por último, se refiere a la política trazada por el Viceministerio de Hacienda con apoyo de la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, según la cual las personas que se trasladan al Régimen de Ahorro Individual y que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían las edades exigidas, están excluidas del régimen, a no ser que cumplan el requisito de cotizar por lo menos las 500 semanas que establece el artículo 61-b.

Concluye entonces la Oficina que, “Los Bonos de las personas cobijadas por el literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, hasta tanto se demuestre que dichas personas cotizaron quinientas (500) semanas al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), no se puede emitir, ni negociar, ni redimir anticipadamente para devolución de saldos por vejez.(...)”

41.- Aclara con base en el documento “Anexo No. 2 Personas excluidas del Régimen de Ahorro Individual por estar cobijadas por el artículo 61, literal b) de la Ley 100”, mediante el cual se acoge a las directrices trazadas por el Viceministerio Técnico de Hacienda y el concepto del Consejo de Estado del 22 de mayo de 1997, que lo dispuesto en los fallos de tutela T-084 y T-707 de 2006 y T-237 de 2008, se encuentran ceñidos a los casos particulares y concretos de cada uno de los accionantes y por tanto no poseen efectos “inter pares”, además de tratarse de casos distintos al de la presente acción de tutela.

“que demuestre que el accionante ya cumplió con el requisito de haber cotizado 500 semanas adicionales al Régimen Ahorro Individual. Si la AFP HORIZONTE no lo demuestra, entonces la señora accionante está válidamente afiliada al ISS, y esta Administradora de Régimen de Prima Media debe resolver lo pertinente a la prestación que solicita.

En caso de que la AFP HORIZONTE manifieste que el accionante no ha cumplido con ese

requisito indispensable en la Ley, entonces nos permitimos sugerirle que se ordene a la AFP HORIZONTE que traslade al ISS las cotizaciones que la señora MARIA OLINDA PIEDRAHITA GIRALDO le hubiere hecho.

Una vez se cumplan los dos requisitos citados la señora MARIA OLINDA PIEDRAHITA GIRALDO podrá solicitarle al ISS la prestación a la que tenga derecho.

Si se aceptaran las pretensiones de la accionante se estaría vulnerando la espina dorsal del Sistema General de Pensiones, creado por la Ley 100 de 1993, pues se motivaría a que las personas, en lugar de solicitar la Indemnización Sustitutiva ante el ISS, se trasladarían al Régimen de Ahorro Individual para pedir un bono pensional.” (fl.60 Cd. Ppal).

Decisión judicial objeto de revisión

Sentencia de instancia

43.- El Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Manizales (Caldas) negó por improcedente el amparo por considerar que la accionante tiene a su alcance otros mecanismos de defensa judicial y no se demostró la existencia de un riesgo o perjuicio irremediable que hagan de la acción de tutela el mecanismo idóneo para ordenar a las entidades accionadas la adopción de medidas dirigidas a evitar su consumación o frenar los efectos de la misma. Adicionalmente, estima que la solicitud de devolución de saldos no tiene fundamento legal puesto que de las 500 semanas exigidas por el literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, solamente ha cotizado 73.71 semanas y por tanto, las entidades accionadas han dado cumplimiento a la ley y a la Constitución Política.

Por último considera también que la acción es improcedente por no reunir el requisito de inmediatez, pues no obstante que desde el año 2002 empezó hacer sus reclamaciones a la Administradora de Fondos de Pensiones para la devolución de sus aportes argumentando para ello las mismas razones expuestas en la presente acción, después de 8 años no ha iniciado las acciones judiciales ordinarias que corresponden, toda vez que con ello se desvirtúa la afectación de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 1. Competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

### 2. Problema jurídico

De conformidad con lo anteriormente expuesto, los casos bajo análisis tienen en común que sus accionantes son personas de 67 años de edad, afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que solicitan la devolución de saldos de su cuenta de Ahorro Individual y el pago del bono pensional por haber manifestado su incapacidad económica para continuar cotizando al Sistema las semanas exigidas por la Ley, no obstante cumplir con el requisito de la edad. Acuden al mecanismo constitucional por considera que las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y la dignidad humana al negarles sus pretensiones, argumentado para ello no haber cotizado las semanas exigidas en las normas que le son aplicables.

Corresponde a esta Sala de Revisión, analizar si las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales alegados por los accionantes al negarse a reconocer la devolución de saldos y el pago del bono pensional por no haber cotizado la totalidad de las semanas exigidas en las normas que rigen su situación particular, no obstante haber manifestado la imposibilidad de completar el requisito.

A fin de resolver el asunto, la Sala se pronunciará sobre los siguientes tópicos: (i) la seguridad social como derecho fundamental y su protección por medio de la acción de tutela; (ii) la Procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva y la devolución de saldos; (iii) La indemnización sustitutiva y la devolución de saldos en el Sistema de Seguridad Social Integral; (iv) El principio de equidad como criterio de interpretación de la ley; (v) el caso concreto.

### 3. La seguridad social como derecho constitucional fundamental y su protección por medio

de la acción de tutela –Reiteración de Jurisprudencia.

La seguridad social se erige en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho constitucional a cuyo cumplimiento se compromete el Estado, según se sigue de la lectura del artículo 48 superior, el cual prescribe lo siguiente: “Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social”.

La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho a la seguridad social se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional pues son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social. Para el presente asunto, interesa destacar lo establecido en el artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona, en la que se afirma que: “Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.

Así mismo, es importante tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que consagra que: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.

De manera similar, el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prescribe que “Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes”.

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

De la lectura de las normas transcritas se deduce que el derecho a la seguridad social protege a las personas que están en imposibilidad física o mental para obtener los medios de subsistencia que le permitan llevar una vida digna a causa de la vejez, del desempleo o de

una enfermedad o incapacidad laboral. El derecho a la pensión de vejez es uno de los mecanismos que, en virtud del derecho a la seguridad social, protege a las personas cuando su vejez produce una esperable disminución de la producción laboral lo que les dificulta o impide obtener los recursos para disfrutar de una vida digna<sup>4</sup>.

En el caso colombiano, el sistema de seguridad social fue creado a partir de la Ley 100 de 1993, en la que se encuentra establecida la estructura básica a partir de la cual ha de ser ejercido el “derecho irrenunciable a la seguridad social”. Esta estructura comprende elementos que permitan en primer lugar, establecer las instituciones encargadas de la prestación del servicio y precisar, además, los procedimientos bajo los cuales éste debe discurrir. En segundo término, debe definir el sistema a tener en cuenta para asegurar la provisión de fondos que garanticen su buen funcionamiento. En este punto cobra especial importancia la labor del Estado, el cual, por medio de asignaciones de sus recursos fiscales, tiene la obligación constitucional de brindar las condiciones necesarias para asegurar el goce del derecho irrenunciable a la seguridad social<sup>5</sup>.

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

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

Sin embargo, desde muy temprano, el Tribunal Constitucional colombiano admitió que los derechos sociales, económicos y culturales, llamados también de segunda generación,

podían ser amparados por vía de tutela cuando se lograba demostrar un nexo inescindible entre estos derechos de orden prestacional y un derecho fundamental, lo que se denominó “tesis de la conexidad” 6.

Otra corriente doctrinal ha mostrado, entretanto, que los derechos civiles y políticos así como los derechos sociales, económicos y culturales son derechos fundamentales que implican obligaciones de carácter negativo como de índole positiva<sup>7</sup>. El Estado ha de abstenerse de realizar acciones orientadas a desconocer estos derechos (deberes negativos del Estado) y con el fin de lograr la plena realización en la práctica de todos estos derechos – políticos, civiles, sociales, económicos y culturales – es preciso, también, que el Estado adopte un conjunto de medidas y despliegue actividades que implican exigencias de orden prestacional (deberes positivos del Estado).

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

Es por ello que en pronunciamientos más recientes esta Corte ha señalado que todos los derechos constitucionales son fundamentales<sup>8</sup> pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención). Significan, de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios – económicos y educativos – indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar. De ahí el matiz activo del papel del Estado en la consecución de un mayor grado de libertad, en especial, a favor de aquellas personas ubicadas en un situación de desventaja social, económica y educativa. Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter positivo o de acción).

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

Existen facetas prestacionales de los derechos fundamentales - sean éstos civiles, políticos, económicos, sociales o culturales -, como el derecho a la pensión de vejez, cuya implementación política, legislativa, económica y técnica es más exigente que la de otras y depende de fuertes erogaciones económicas en un contexto de escasez de recursos. Esto supone que algunas veces sea necesario adoptar políticas legislativas y/o reglamentarias para determinar específicamente las prestaciones exigibles y las condiciones para acceder a las mismas, las instituciones obligadas a brindarlas y su forma de financiación, teniendo en cuenta que se debe atender, de modo prioritario, a quienes más lo necesitan. Sobra decir que, en esta tarea, el legislador y la administración deben respetar los mandatos constitucionales y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad, para lo cual deben tener en cuenta las interpretaciones que los órganos autorizados han hecho sobre el alcance de los derechos que reconocen estas normas<sup>9</sup>.

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

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

La anterior regla tiene una excepción, pues también ha indicado la Corte que ante la renuencia de las instancias políticas y administrativas competentes en adoptar e implementar medidas orientadas a realizar estos derechos fundamentales en la práctica, los

jueces pueden hacer efectivo su ejercicio por vía de tutela cuando la omisión de las autoridades públicas termina por desconocer por entero la conexión existente entre la falta de protección de los derechos fundamentales y la posibilidad de llevar una vida digna y de calidad, especialmente de sujetos de especial protección o, en general, de personas colocadas en situación evidente de indefensión<sup>11</sup>.

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

4. Procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva y la devolución de saldos. Reiteración de jurisprudencia.

Sin embargo, esta Corporación, conforme lo establece el artículo 86 de la Constitución, ha indicado dos excepciones a la regla general de la improcedencia: (i) la acción de tutela procederá como mecanismo principal en el evento en que el medio judicial previsto para este tipo de controversias no resulte idóneo y eficaz en el caso concreto; y (ii) la acción procederá como mecanismo transitorio, a pesar de la existencia de un medio judicial ordinario idóneo y eficaz, cuando se requiere para evitar un perjuicio irremediable.

En relación con la existencia del otro medio de defensa judicial, ha señalado la jurisprudencia de la Corte que los mecanismos legales ordinarios, por su duración y costos, no resultan idóneos y eficaces para la protección de los derechos fundamentales de algunos sujetos de especial protección constitucional por sus condiciones, como son las personas inválidas, en tanto que la ausencia de la pensión reclamada y la afectación de la salud, disminuye las oportunidades laborales y afecta su situación económica y respecto de las personas con avanzada edad, pues es probable que la persona no exista para el momento en el que se adopte un fallo definitivo tomando en cuenta el tiempo considerable que demora un proceso de esta índole y la edad del actor.

Ahora bien, respecto del perjuicio irremediable ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte Constitucional que sostiene que el perjuicio debe ser: (i) inminente o próximo a suceder, para lo cual se exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo

demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño; (ii) grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica; (iii) urgente, de manera que se requiera de medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso; y por último, (iv) las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable.<sup>12</sup>

También ha dicho la Corte que la ponderación del perjuicio irremediable, debe consultar las particularidades del caso concreto, a fin de definir la falta de idoneidad del mecanismo judicial ordinario y analizar, frente a las condiciones personales del peticionario, la intensidad sobre la inminencia del perjuicio irremediable para determinar que derechos fundamentales se encuentran vulnerados. Para ello la jurisprudencia constitucional ha dispuesto ciertos requisitos que deberá ser valorado por el juez en cada caso concreto:

- (i) Se trata de una persona de la tercera edad, considerada sujeto de especial protección;
- (ii) El estado de salud del solicitante y su familia;
- (iii) Las condiciones económicas del peticionario
- (iv) La falta de pago de la prestación o su disminución, genera un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital.
- (v) El afectado ha desplegado cierta actividad administrativa y judicial, tendiente a obtener la protección de sus derechos, y
- (vi) El interesado acredita, siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados.<sup>13</sup>

Igualmente, esta Corporación ha sostenido de manera reiterada que, en ciertos casos, cuando la conducta desplegada por las entidades responsables del reconocimiento de derechos pensionales, resulta evidentemente arbitraria e infundada al punto de que se configura una vía de hecho administrativa, el mecanismo de amparo resulta procedente aún

cuando no se demuestre la afectación del mínimo vital, toda vez que en estos casos la procedencia de la acción de tutela se fundamenta, en primer lugar, en la necesidad de proteger al ciudadano de determinaciones abiertamente contrarias al ordenamiento constitucional y, en segundo término, en la protección de los derechos al debido proceso, igualdad, y el principio de dignidad humana de los afectados.<sup>14</sup>

En conclusión, las discusiones que versan sobre la titularidad de derechos en materia de seguridad social y específicamente en el caso de derechos pensionales, tales como la devolución de saldos como sucede en el presente asunto, deben ser controvertidas de manera principal en el natural espacio de debate de la jurisdicción laboral o contencioso administrativa según el caso y sólo de manera excepcional a través de la acción de tutela, siempre y cuando, el medio de defensa judicial previsto en el ordenamiento jurídico, apreciado en concreto, no resulte eficaz para la protección del derecho fundamental invocado y que las circunstancias específicas del caso hagan necesario la intervención del juez de tutela.<sup>15</sup>

## 5. La indemnización sustitutiva y la devolución de saldos en el Sistema de Seguridad Social Integral

El Sistema General de Seguridad Social en Pensiones creado por la Ley 100 de 1993, tiene por objeto “garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente ley”<sup>16</sup>. Está integrado por el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, los cuales se excluyen pero coexisten.

Si bien la afiliación al Sistema es obligatoria, el afiliado puede elegir libremente el régimen bajo el cual puede efectuar su vinculación, en donde, el reconocimiento de las pensiones y prestaciones, está sujeto a la verificación de determinados requisitos que varían dependiendo del régimen al que la persona haya decidido afiliarse. Así, para acceder a la pensión de vejez se requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos:

\* En el régimen de prima media con prestación definida, de acuerdo con lo establecido en el

artículo 33 de la Ley 100 de 1993, se requiere el cumplimiento de una edad mínima (55 años de edad si es mujer o 60 años si es hombre)<sup>17</sup>, y haber efectuado cotizaciones por un período de tiempo determinado (1000 semanas en cualquier tiempo)<sup>18</sup>.

\* En el régimen de ahorro individual con solidaridad, según el artículo 64 de la citada disposición, el afiliado puede pensionarse a cualquier edad, siempre que el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual le permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de la Ley 100 que será reajustado anualmente.

Ahora bien, en el evento en que el afiliado no pueda cumplir con los requisitos necesarios para acceder a la pensión de vejez, el legislador previó para cada uno de los regímenes, una prestación específica para cubrir esta contingencia, cuyos elementos y fundamentos determinados en la Ley, han sido objeto de numerosos pronunciamientos de esta Corporación<sup>19</sup>.

Así, el literal p) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, estipuló que los afiliados que cumplan la edad de pensión, pero no reúnan los demás requisitos, tendrán derecho a la devolución de saldos o a la indemnización sustitutiva de acuerdo con el régimen al cual pertenezcan.

En el régimen de prima media con prestación definida, el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 desarrolla la figura de la indemnización sustitutiva, en los siguientes términos:

“Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado”

Por su parte, para el régimen de ahorro individual con solidaridad, el artículo 66 de la misma normatividad consagra la figura de la devolución de saldos, como el 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, para los afiliados de 62 años de edad si son hombres y 57 si son mujeres, que no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas o que no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo.

En tal sentido, la finalidad de la indemnización sustitutiva o de la devolución de saldos, dependiendo del régimen de que se trata, no es otra que la de permitir que los afiliados que lleguen a las edades ya mencionadas y no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que tratan los artículos 35 y 65 de la ley 100 de 1993 y no hayan podido cotizar al menos 1150 semanas, tendrán derecho a reclamar para sí el reintegro de sus ahorros. 20

El literal p) del artículo 2° de la Ley 797 de 2003<sup>21</sup>, reunió en una sola norma, lo dispuesto en los artículos 37 y 66 de la Ley 100 de 1993, señalando: “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.”

En la sentencia C-375 de 2004 la Sala Plena declaró la exequibilidad de la anterior norma, pero precisó claramente que la inclusión de estas prestaciones en el sistema de seguridad social no impone a los cotizantes que no han completado los requisitos para la pensión, la obligación de continuar realizando aportes al sistema hasta tanto no cumplan los requisitos establecidos y tampoco exige que las personas declinen forzosamente la expectativa de obtener la pensión de vejez para en su lugar recibir la indemnización sustitutiva o el saldo correspondiente, pues los interesados se encuentran autorizados para proseguir llevando a cabo las cotizaciones correspondientes.

De lo anteriormente expuesto se concluye que, tanto la indemnización sustitutiva como la devolución de saldos, son prestaciones que actúan como sucedáneas de la pensión de vejez en aquellos eventos en los cuales, a pesar de alcanzar un determinado requisito de edad, la persona no satisface a plenitud las exigencias establecidas por la ley de seguridad social para obtener el reconocimiento y pago de la mesada pensional<sup>22</sup>, bien porque el número de semanas cotizadas no alcanza el total requerido por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 en el régimen de prima media, o debido a que el capital ahorrado no resulta suficiente en el caso

del régimen de ahorro individual<sup>23</sup>.

Según fue indicado en sentencia T-981 de 2003, estas prestaciones se encuentran orientadas a ofrecer a las personas que están cotizando al sistema de seguridad social una suerte de “compensación” en cuya virtud se restituye el capital aportado de acuerdo con las fórmulas designadas en la ley y en los reglamentos correspondientes<sup>24</sup>. En sentido análogo, en sentencia T-750 de 2006 la Corte manifestó de manera expresa que por esta vía se reconoce una auténtica acreencia que le permite al cotizante “recuperar los aportes efectuados durante el período laboral, ante la imposibilidad de obtener la pensión”

Ahora bien, en sentencia T-546 de 2008 la Corte resolvió el interrogante a propósito de la eventual prescripción de estos derechos. Sobre el particular, reiterando el precedente consignado en la sentencia C-230 de 1997, indicó que el punto de partida desde el cual ha de iniciar esta indagación se encuentra en el principio de la imprescriptibilidad de los derechos pensionales que se encuentra consagrado en el texto constitucional en los artículos 1°, 46 y 48. De manera puntual, en la providencia en comento la Sala indicó lo siguiente:

“En efecto y comoquiera que se trata de una garantía establecida por el legislador que busca sustituir la pensión de vejez, invalidez y sobrevivientes, cuando no se cumplen los requisitos para que sea reconocida cualquiera de ellas, es claro *mutatis mutandis* que puede equipararse a un derecho pensional, razón por la cual el parámetro de imprescriptibilidad para este tipo de derechos, fijado por la jurisprudencia constitucional, debe aplicarse en este ámbito, es decir, que su exigibilidad puede hacerse en cualquier tiempo, sujetándose únicamente a normas de prescripción, una vez ha sido efectuado su reconocimiento por parte de la autoridad correspondiente.

A lo anterior es preciso agregar que la naturaleza imprescriptible de la indemnización sustitutiva y de la devolución de saldos no sólo se sigue de la caracterización de estas prestaciones como derechos pensionales. Tal determinación es, adicionalmente, impuesta por el talante de los bienes jurídicos cuya protección pretenden garantizar, pues en ambos casos persiguen la satisfacción de los derechos a la conservación del mínimo vital, a la vida digna, y muy particularmente del derecho fundamental a la seguridad social<sup>25</sup>.

De otro lado, según fue indicado en sentencia T-746 de 2004, la referida conclusión relativa al carácter imprescriptible de las prestaciones objeto de análisis encuentra particular significado en la medida en que, como regla general, las personas que persiguen su reconocimiento son sujetos de especial protección debido a su edad avanzada, a la considerable pérdida de su capacidad laboral, o al estado de indefensión en que se hallan debido a la pérdida de la persona encargada de garantizar su manutención.

Ahora bien, en cuanto al término del que disponen las entidades encargadas de realizar el reconocimiento y pago de estas prestaciones, en sentencia T-513 de 2007 la Corte manifestó que dicho lapso seguía la regla general aplicable a las solicitudes interpuestas en ejercicio del derecho reconocido en el artículo 23 de la Constitución Nacional. No obstante, añadió que, dada la complejidad de la materia, cuando el término de quince días resultase insuficiente para emitir una decisión definitiva respecto de la prosperidad de la reclamación, aquéllas deberán manifestar al ciudadano dicha situación y, adicionalmente, habrán de informarle la fecha en la que tendrá lugar la efectiva respuesta a su petición. Empero, de acuerdo con lo establecido en sentencia T-981 de 2003 y en la providencia en comento, en ningún caso el plazo indicado por la entidad podrá ser superior a cuatro meses.<sup>26</sup>

6. El principio de equidad como criterio de interpretación de la ley ante la imposibilidad de los sujetos de especial protección constitucional de cumplir con los requisitos del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones

El principio de equidad consagrado en el ordenamiento superior (art. 230), constituye en el ámbito de la justicia constitucional un valioso criterio para distribuir las cargas procesales, y una forma de aplicación de la ley teniendo de presente las circunstancias concretas de la realidad.

La reiterada jurisprudencia constitucional<sup>27</sup> ha establecido que corresponde al Juez tener en cuenta las particularidades de cada caso “de manera que la voluntad del legislador se adecue a los distintos matices que se presentan en la vida real” <sup>28</sup>, en donde la labor del operador judicial que aplica la ley y del órgano encargado de dictarla es complementaria. En tal medida, en la actividad judicial “una decisión en equidad, sin dejar de serlo, puede ser también una decisión jurídicamente aceptable”.<sup>29</sup>

En Sentencia C-1547 de 2000, en la que la Corte precisó el sentido de la equidad dentro de la

Constitución<sup>30</sup>, se explicó:

“[L]a equidad le permite al operador jurídico evaluar la razonabilidad de las categorías generales de hechos formuladas por el legislador, a partir de las situaciones particulares y concretas de cada caso. En este sentido, la equidad se introduce como un elemento que hace posible cuestionar e ir más allá de la igualdad de hecho que el legislador presupone. La equidad permite al operador jurídico reconocer un conjunto más amplio de circunstancias en un caso determinado. Dentro de dichas circunstancias, el operador escoge no sólo aquellos hechos establecidos explícitamente en la ley como premisas, sino que, además, puede incorporar algunos que, en ciertos casos “límites”, resulten pertinentes y ponderables, y permitan racionalizar la igualdad que la ley presupone.

(...)

la equidad actúa como un elemento de ponderación, que hace posible que el operador jurídico atribuya y distribuya las cargas impuestas por la norma general, proporcionalmente, de acuerdo con aquellos elementos relevantes, que la ley no considera explícitamente. La consecuencia necesaria de que esta ley no llegue a considerar la complejidad de la realidad social, es que tampoco puede graduar conforme a ésta los efectos jurídicos que atribuye a quienes se encuentren dentro de una determinada premisa fáctica contemplada por la ley. Por ello, la equidad -al hacer parte de ese momento de aplicación de la ley al caso concreto- permite una graduación atemperada en la distribución de cargas y beneficios a las partes. En este sentido, el operador, al decidir, tiene en cuenta no las prescripciones legales, sino los efectos concretos de su decisión entre las partes.”

En materia pensional también, la equidad ha sido un criterio de interpretación de la ley, según el cual la aplicación de una disposición no puede imponer la exigencia de determinados requisitos que resulten imposibles de cumplir para personas que por su especial condición sean considerados sujetos de protección constitucional.

Así en la sentencia T-084 de 2006, la Corte consideró que en la aplicación del artículo 61 de la Ley 100 de 1993<sup>31</sup>, que establece los requisitos que habrán de cumplir quienes se trasladen al Régimen de Ahorro Individual para tener derecho a pensionarse, debía subyacer

el principio de equidad.

Al respecto de lo consagrado en el literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, según el cual están excluidas del RAIS las personas que al entrar en vigencia el sistema tuvieran cincuenta y cinco (55) años o más de edad, si son hombres, o cincuenta (50) años o más de edad, si son mujeres, salvo que optaran por cotizar mínimo quinientas (500) semanas, la Corte consideró, en el mencionado fallo, que tal imposición es posible “si previamente se parte del presupuesto que el afiliado está en capacidad de cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, porque el hecho de exigir al actor que cotice e imponerle una sanción por no hacerlo conociendo que físicamente está impedido, constituye una inequidad, pese a la constitucionalidad del artículo 61 en mención.”

En la misma sentencia la Corte afirmó que, el actor tiene derecho a la devolución de los saldos, por considerar equitativo no exigir el requisito de la cotización durante el tiempo establecido por el artículo 61 de la Ley 100 de 1993, para acceder a la pensión reclamada, toda vez que se trata de una persona a quien le sobrevino la invalidez y el deterioro físico y mental propios de los años y por tal razón se encuentra en imposibilidad absoluta de seguir realizando los aportes. Por lo tanto concluyó que, “los Jueces de instancia no podían negar el amparo deprecado, por cuanto jurisprudencialmente la Corte ha sostenido que los mismos no pueden someter a trámites procesales dispendiosos a las personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta, ya que en nada distinto a lo que ya se conoce habrá de establecerse, por lo mismo sus decisiones están en abierto desconocimiento de la especial protección que la Constitución Política dispone en su favor, así como de la garantía constitucional a vivir dignamente.”

Esta Corporación también ha considerado que la incapacidad para cotizar, como requisito para acceder a los derechos del sistema de seguridad social, debe ser “ponderada por las autoridades a la luz de los derechos fundamentales de las personas a acceder a una pensión de vejez o a las alternativas que a esto brinda la misma Ley 100. Esto con el fin de garantizar los derechos a una vida digna y al mínimo vital de las personas de que habla en mencionado artículo 61, las cuales cuentan con edades en las que les resulta especialmente difícil tener una relación laboral o poder cotizar como independientes. Incluso, si ellas mismas han decidido voluntariamente someterse a la obligación de cotizar un número mínimo de semanas, pues el hecho que hayan proyectado cumplir con ello, no los obliga a cumplir

condiciones que por su situación particular en cuanto a su edad, les resulta más difícil solventar que a cualquier otra persona.”<sup>32</sup>

De la misma forma en la sentencia T-708 de 2009, a propósito de la interpretación del artículo 61 de la Ley 100, esta Corporación afirmó:

“el juez de tutela, en virtud del principio de equidad que orienta las actuaciones judiciales y administrativas (art. 230 y 29 de la Constitución), debe aplicar el contenido del artículo 61 de la ley 100 de 1993 atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto. Es decir que la imposición del requisito de las (500) semanas, sólo se puede aplicar a aquellas personas que están en capacidad de seguir cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones”.

Pero tal entendimiento no surge únicamente de la interpretación del artículo 61 analizado, sino también de otras disposiciones que procuran una protección especial y reforzada a las personas de edad avanzada y que por tal causa no pueden seguir cotizando al sistema. Tal es el caso de la indemnización sustitutiva contemplada en el artículo 37 de la ley 100 de 1993 y de la devolución de saldos del artículo 66 de dicha norma, que como se explicó en capítulo precedente están previstas para quienes teniendo la edad, no cumplan con los demás requisitos para acceder a la pensión.<sup>33</sup>

Es que en la indemnización sustitutiva y en la devolución de saldos, se encierran criterios estrechamente ligados con la equidad, si se tiene en cuenta que el sentido de tales prestaciones “es que una persona que, en su etapa laboral, constituyó un ahorro para afrontar sus necesidades durante el periodo en que cesan sus capacidades productivas, tiene derecho a beneficiarse directamente de ese ahorro pues, sin duda, le pertenece”<sup>34</sup>. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que “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.”<sup>35</sup>

Así entonces, la Corte ha ordenado la devolución de los saldos existentes en la cuenta de ahorro individual, no obstante que el peticionario no ha completado las semanas exigidas en la Ley 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.”<sup>36</sup>

Por tanto, es equitativo considerar que a las personas que por el paso de los años han visto menguada su capacidad laboral o aquellas afectadas por alguna enfermedad y que por lo mismo se encuentran en estado de debilidad manifiesta, no están obligadas al cumplimiento de requisitos que están en imposibilidad de cumplir, como sería completar las semanas que hacen falta para acceder a la pensión de vejez o a los beneficios que de ella se derivan tales como la devolución de saldos o la indemnización sustitutiva.

Así concluyó la Corte en la sentencia T-084 de 2006: “De manera que está claro que las mismas [sujetos de especial protección constitucional] no pueden ser compelidas, sin más, a trámites que de antemano se sabe no pueden cumplir.” En el mismo sentido, en la sentencia T-707 de 2006 afirmó: “Lo contrario, degeneraría en el absurdo de que para algunas personas, independientemente de su edad y su condición, se exigiera a como de lugar la obligación de ostentar una relación laboral o de conseguir por su cuenta los recursos para cotizar al sistema.”

De conformidad con los anteriores criterios se analizarán los casos objeto de revisión.

## 8. Estudio de los casos concretos

Expediente (T-2.706.373) Manuel Eduardo Palomino Ortiz

En el presente caso, el accionante quien para el 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tenía un poco más de 51 años de edad, se trasladó en octubre de 2001 del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro individual y se afilió a ING Pensiones y Cesantías. En el mes de octubre de 2009, solicitó a la AFP el reconocimiento de su pensión de vejez o la devolución de saldos junto con el bono pensional con base en lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, por haber cumplido 67 años de edad, argumentando que se encuentra en una situación de extrema urgencia, toda vez que por su edad no consigue empleo que le genere ingresos económicos para vivir, ni tampoco tiene quien se los solvante pues es una persona sola y no está en condiciones económicas para seguir cotizando al sistema.

Las entidades accionadas negaron su petición, argumentando para ello que, el peticionario no cuenta con el capital suficiente en la cuenta pensional para acceder a la pensión de vejez prevista en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993<sup>38</sup> o a la garantía de pensión mínima prevista en el artículo 65 de la misma disposición<sup>39</sup>, pues si bien acredita la edad, no cumple con el requisito de cotizar 1150 semanas, de las cuales tan sólo registra 213, lo que significa que le faltarían 937 semanas. Explican que tampoco procede la redención anticipada del bono pensional para otorgarle la devolución de saldos, pues de acuerdo a los cálculos que esa Oficina realizó, el accionante puede tener derecho a la pensión. Por tanto, debe esperar al 17 de julio de 2013, fecha de redención normal del bono, cuando completaría las 1000 semanas de vinculación laboral válida y por ende el capital requerido para otorgarle la pensión.

El Juez de primera instancia concedió el amparo ordenando la devolución de saldos, relevando al accionante de su compromiso de cotizar las semanas que le hacen falta, puesto que por su avanzada edad no se encuentra en condiciones de seguir cotizando en ningún régimen de pensiones y por tanto la controversia planteada deberá resolverse en equidad, según las previsiones del artículo 46 superior y la jurisprudencia en la materia. El Consejo de Estado revocó el fallo al considerar que la tutela es improcedente pues el actor tiene a su disposición la acción ordinaria laboral que puede iniciar a partir del momento en que las entidades accionadas le resuelvan con carácter definitivo su reclamación, además el actor no demostró el perjuicio irremediable.

En primer lugar es necesario dilucidar en el presente caso, si la acción de tutela resulta procedente, ante la existencia de un mecanismo preferente, bien ante la justicia ordinaria laboral o ante la jurisdicción contenciosa administrativa, como instrumento principal de defensa judicial.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución y la jurisprudencia ya expuesta, la acción de tutela procederá cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz, salvo que se interponga de forma transitoria para evitar un perjuicio

irremediable. Por lo anterior, debe la Sala analizar si, en este caso, se presenta alguna de las excepciones que la jurisprudencia constitucional ha indicado para el reconocimiento de pensiones de vejez y sus derechos sucedáneos como es la devolución de saldos por medio de acción de tutela.

Esta Sala considera que en razón a la avanzada edad del accionante, quien en la actualidad cuenta con 67 años de edad, ha de ser considerado sujeto de especial protección constitucional y por tanto, si bien el mecanismo ordinario resulta idóneo, no es eficaz para la protección efectiva de su derecho a la seguridad social, puesto que la demora propia de este tipo de procesos y la edad del peticionario hacen presumir, que superaría su expectativa de vida y por ello no va a conocer la decisión que se adopte. Adicionalmente es necesario tener en cuenta que en su condición de sujeto de especial protección constitucional, no se encuentra en posibilidad de continuar cotizando al sistema, circunstancias estas que hacen que la acción de tutela sea procedente como mecanismo principal indispensable para la defensa de sus derechos prestacionales.

Determinada la procedencia de la tutela en el presente caso, la Sala entra a verificar si las entidades accionadas vulneraron el derecho fundamental del accionante a la seguridad social, al exigirle cumplir con el requisito de cotizar las semanas faltantes y completar el capital suficiente para obtener la pensión que le corresponde y la redención normal del bono pensional.

De conformidad con las pruebas obrantes en el proceso y según la jurisprudencia trazada por esta Corporación, es evidente la vulneración de los derechos fundamentales del señor Manuel Eduardo Palomino Ortiz por parte de las entidades accionadas, dada la imposibilidad absoluta de seguir cotizando debido a su avanzada edad y al hecho de no contar con un ingreso económico por estar desempleado, según lo manifestó desde el mes de octubre de 2009, ante la Administradora del Fondo de Pensiones, al momento de solicitar el reconocimiento de su pensión de vejez o la devolución de saldos, junto con el bono pensional<sup>40</sup>.

La exigencia de las accionadas para que el señor Manuel Palomino complete el capital que le hace falta en su cuenta de ahorro individual para acceder a la pensión de vejez o a la garantía de pensión mínima de vejez y continúe efectuando las cotizaciones hasta completar

las semanas necesarias para la redención normal del bono pensional, constituyen exigencias desproporcionadas e inequitativas pues de antemano se sabe que no está en capacidad de cumplirlas, dadas las especiales circunstancias del actor.

Por lo anterior, esta Sala de Revisión estima que en aplicación del principio de equidad, el actor, persona en estado de debilidad manifiesta por su avanzada edad, tiene derecho a la devolución de los saldos existentes en su cuenta de ahorro individual y a la redención anticipada de su bono pensional, sin que les sea dable a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, ni a la AFP ING Pensiones y Cesantías, exigirle al actor que complete las semanas exigidas en la ley hasta llegar al capital suficiente o a la fecha normal de redención del bono, toda vez que como quedó expuesto, se encuentra en absoluta imposibilidad de cumplir con dicha exigencia.

Así, la Corte revocará el fallo proferido en segunda instancia por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dentro del proceso de tutela iniciado por el señor Manuel Eduardo Palomino Ortiz en contra de AFP ING Pensiones y Cesantías y la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y en su lugar concederá el amparo de los derechos a la Seguridad Social y al mínimo vital del accionante. Por lo anterior, ordenará a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público redima y pague el bono pensional a favor del accionante, con el fin de que la AFP ING Pensiones y Cesantías reconozca y pague la devolución de los saldos de la cuenta de ahorro individual del actor.

## 2. Expediente T-2.714.387 María Olinda Piedrahita Giraldo

La señora María Olinda Piedrahita Giraldo de 67 años de edad, quien se trasladó en septiembre de 1997 del Régimen de Prima Media al RAIS y se afilió a la AFP Horizonte, solicitó ante dicha entidad la devolución de saldos junto con el pago del bono pensional, debido a que no tiene capacidad económica para seguir cotizando como lo ordena la ley, pues carece de trabajo para suplir sus necesidades básicas.

La accionante considera vulnerado su derecho a la seguridad social por la Administradora de Fondos de Pensiones BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías y la Oficina de Bonos Pensionales por haber negado su petición, argumentando estar excluida del RAIS por no cumplir con el requisito de cotizar las 500 semanas en el Régimen, dado que, encontrándose

bajo el supuesto del literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, (pues al 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia la citada ley, contaba con 51 años de edad), tan sólo tiene 73.71 semanas cotizadas y en consecuencia se le debe ordenar que regrese al ISS. Sostienen además que, la redención del bono pensional sólo se producirá en el momento en que complete 500 semanas de cotización en el RAIS conforme a lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 1513 de 1998, literal b) del artículo 20 del Decreto 1748 de 1995, artículo 21 del Decreto 1474 de 1997 y artículo 18 del Decreto 3798 de 2003. Sustentan su postura, además de las normas mencionadas, en la jurisprudencia del Consejo de Estado, expuesta en los fallos del 13 de marzo de 2003 y en el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil emitido el 22 de mayo de 1997, así como en la política trazada por el Viceministerio Técnico de Hacienda. Por tanto, antes de cumplir las 500 semanas cotizadas al RAIS, el afiliado no puede ni solicitar emisión del bono, ni negociarlo, ni pensionarse anticipadamente, ni solicitar devolución de saldos.

El juez de instancia negó por improcedente el amparo, en consideración a que la accionante tiene a su alcance otros mecanismos de defensa judicial y no se demostró la existencia de un riesgo o perjuicio irremediable que haga de la acción de tutela el mecanismo idóneo para ordenar a las entidades accionadas la adopción de medidas dirigidas a evitar su consumación o frenar los efectos de la misma. Adicionalmente, estimó que la solicitud de devolución de saldos no tiene fundamento legal puesto que de las 500 semanas exigidas por el literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, solamente ha cotizado 73.71 semanas y por tanto, las entidades accionadas han dado cumplimiento a la ley y a la Constitución Política.

En primer lugar es necesario dilucidar en el presente caso, si la acción de tutela resulta procedente, puesto que de conformidad con la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, como ya se señaló, la acción de tutela no procede, en principio, para ordenar el reconocimiento de la pensión de vejez, ni para la devolución de saldos como derecho suplementario de la pensión de vejez, pues el legislador ha establecido para ello un escenario judicial concreto: la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social o la jurisdicción contencioso administrativa. De modo tal que es necesario analizar si, en este caso, se presenta alguna de las excepciones que la jurisprudencia constitucional ha indicado para el reconocimiento de pensiones de vejez y sus derechos sucedáneos por medio de acción de tutela.

Esta Sala considera que, en esta oportunidad, no se puede desconocer que en razón a la edad de la accionante, ha de ser considerada sujeto de especial protección constitucional, situación que, como lo ha sostenido de manera reiterada la jurisprudencia constitucional, la coloca en indefensión manifiesta. Por ello, si bien el mecanismo ordinario resulta idóneo, no es eficaz para la protección efectiva de su derecho a la seguridad social, en tanto que la demora propia de este tipo de procesos y la edad de la peticionaria hacen presumir, que superaría su expectativa de vida y por ello no va a conocer la decisión que se adopte. Adicionalmente es necesario tener en cuenta que en su condición de sujeto de especial protección constitucional, no se encuentra en posibilidad de continuar cotizando al sistema, circunstancias estas que hacen que la acción de tutela sea procedente como mecanismo principal indispensable para la defensa de sus derechos prestacionales.

Determinada la procedencia de la tutela en el caso concreto, se dispone la Sala a verificar si existió vulneración por parte de las entidades accionadas del derecho fundamental a la seguridad social de la actora, por negarse al reconocimiento de la devolución de saldos de su cuenta de ahorro individual y la redención de su bono pensional, por no cotizar las semanas exigidas en el literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993 y en el artículo 18 del Decreto 3798 de 2003, normas para cuya interpretación se apoyan en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Para un mejor entendimiento, es necesario citar textualmente el contenido normativo de los artículos citados:

El literal b) del artículo 61 de la ley 100 de 1993 dispone:

**“ARTÍCULO 61. PERSONAS EXCLUIDAS DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.** Están excluidos del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad:

a. (...).

b. Las personas que al entrar en vigencia el sistema tuvieran cincuenta y cinco (55) años o más de edad, si son hombres, o cincuenta (50) años o más de edad, si son mujeres, salvo que decidan cotizar por lo menos quinientas (500) semanas en el nuevo régimen, caso en el

cual será obligatorio para el empleador efectuar los aportes correspondientes.”

El artículo 21 del Decreto 1474 de 1997 estipula lo siguiente:

“Artículo 21. Bonos pensionales para personas que deban cotizar quinientas semanas. La decisión que tomen las personas a que se refiere el ordinal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993 de cotizar quinientas (500) semanas en el nuevo régimen, implica la obligación que asumen estas personas de no negociar el respectivo bono pensional, tipo A, que se expida a su favor, antes del vencimiento de dicho periodo.”

El artículo 28 del Decreto 1513 de 1998, que modificó la anterior norma estipula:

“Artículo 28. El artículo 21 del Decreto 1474 de 1997 quedará a así: Las personas cobijadas por el literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, deberán cotizar por lo menos durante quinientas (500) semanas en el nuevo régimen y no podrán negociar el bono pensional para solicitar pensión o devolución de saldos de conformidad con el artículo 66 de la Ley 100, mientras mantengan una vinculación laboral con algún empleador o puedan seguir cotizando en condición de independientes. De lo contrario, deberán manifestar bajo juramento su imposibilidad de cotizar. (Subrayas fuera del texto)

Así entonces, es evidente que el panorama jurídico cambio a partir del artículo 28 del Decreto 1513 de 1998, en tanto que contiene una excepción a la obligación perentoria de cotizar las 500 semanas, lo que altera necesariamente el alcance dado al artículo 61-b. Otro tanto sucede con el fallo del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, del 13 de marzo de 2003, que resolvió negar la solicitud de nulidad interpuesta contra el artículo 21 del Decreto 1474 de 1997, en la medida en que su análisis no tuvo en cuenta el artículo 28 del Decreto 1513 de 1998 expedido con posterioridad, por lo cual, el Consejo de Estado no podía menos que concluir que el bono pensional para las personas del artículo 61-b de la Ley 100, sólo era negociable cuando el usuario accedía a la pensión antes de la fecha de redención normal del bono, de conformidad con el artículo 12 del Decreto 1299 de 1994, puesto que la excepción no formaba parte del texto del artículo demandado mediante acción

de nulidad.

Precisado lo anterior, en torno a la verificación de la vulneración de los derechos fundamentales invocados por la actora, entra la Sala a determinar la norma que resulta aplicable a su situación particular, teniendo en cuenta que el traslado de régimen y la manifestación de su imposibilidad para seguir cotizando se produjeron antes de entrar en vigencia la norma alegada por las entidades.

Por lo anterior, si se advierte que la señora María Olinda Piedrahita Giraldo, quien se encuentra bajo el supuesto del literal b) del art. 61 de la Ley 100 de 1993, toda vez que para el 1º de abril de 1994 contaba con 51 años de edad, se traslado en septiembre de 1997 del régimen de prima media con prestación definida al RAIS y en comunicación del 21 de mayo de 2002, solicitó a la administradora de pensiones Horizonte BBVA la devolución de saldos argumentado su imposibilidad de económica de seguir cotizando en razón de su edad (fl.9 Cd. Ppal.), la norma aplicable será entonces la contenida en el artículo 21 del Decreto 1474 de 1997, modificado por el Decreto 1513 de 1998 que contempla como excepción a la prohibición de negociar el bono para pedir la devolución de saldos sin completar las 500 semanas, la manifestación de no poder realizar las cotizaciones. Por tanto, no resulta aplicable al presente caso, como lo afirman las accionadas, lo dispuesto en el artículo 18 del Decreto 3798 de 2003, norma que entró a regir casi 5 años después de que la peticionaria se traslado de régimen y que actualmente rige en el punto específico de la prohibición de negociar anticipadamente el bono pensional, en virtud de la derogatoria tácita del artículo 28 del Decreto 1513 de 1998 que modificó el mencionado artículo 21 del Decreto 1474.

Por tanto, es claro para esta Sala de Revisión que la accionante puede reclamar válidamente la devolución de los saldos existentes en su cuenta de ahorro individual, sin que le sea dable a las entidades demandadas exigir el cumplimiento de las 500 semanas cotizadas en el nuevo régimen, por haber manifestado su incapacidad de seguir cotizando, con lo cual se entiende cumplido el requisito exigido por la norma que le es aplicable contenida en el artículo 21 del Decreto 1474 de 1997 modificado por el artículo 28 del Decreto 1513 de 1998, como ya se dijo.

Adicionalmente como se explicó en las consideraciones de la presente providencia, tratándose de personas en debilidad manifiesta y por tanto sujetos de especial protección, la

interpretación de normas que, como el art. 61-b y el art.18 del Decreto 3798 de 2003 contienen exigencia rigurosas para personas que si están en capacidad de seguir cotizando al sistema general de seguridad social en pensiones, debe hacerse, en aplicación del principio de equidad, atendiendo las circunstancias particulares de cada caso, en donde tales personas no estarían obligadas a cumplir condiciones que por su situación particular en cuanto a su edad, les resulta más difícil solventar que a cualquier otra persona, pues han cesado sus capacidades productivas. Por tanto, resulta inequitativo considerar que a las personas que por el paso de los años han visto menguada su capacidad laboral y que por lo mismo se encuentran en estado de debilidad manifiesta, se les exija el cumplimiento de requisitos que están en imposibilidad de cumplir, como sería completar las semanas que hacen falta para acceder a la pensión de vejez o a los beneficios que de ella se derivan.

Así las cosas, en el presente asunto, teniendo en cuenta las especiales circunstancias en las que se encuentra la accionante, quien manifestó claramente su incapacidad para continuar cotizando, las entidades accionadas han vulnerado su derecho fundamental a la seguridad social al exigirle las semanas adicionales a las 73.71 que ya cotizó, hasta completar las 500 exigidas en las normas, pues optaron por la interpretación más restrictiva a sus intereses y el desconocimiento de la norma que le era aplicable y que además la exoneraba de tal exigencia.

Por tal razón, la Sala procederá a revocar las decisiones de instancia que negaron el amparo de los derechos de la actora y en su lugar ordenará a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público que redima y pague el bono pensional a favor de la señora María Olinda Piedrahita Giraldo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 del Decreto 1474 de 1997, modificado por el Decreto 1513 de 1998, con el fin de que BBVA Horizonte Administradora de Fondo de Pensiones reconozca y pague la devolución de los saldos de la cuenta de ahorro individual de la actora.

Por último, llama la atención de esta Sala de Revisión que en la práctica se ha impuesto la utilización generalizada del mecanismo constitucional para reclamar la devolución de los saldos, en razón a la postura asumida por las entidades obligadas de otorgarlos, quienes so pretexto de aplicar de manera preferente unas determinadas normas, han impedido la garantía efectiva de los derechos fundamentales de las personas en debilidad manifiesta, al condicionar la ejecución de la petición a la cotización de las semanas faltantes.

No obstante que, como quedó expuesto en las sentencias T-084 y T-707 de 2006, T-237 de 2008 y T-708 de 2009, la Corte ha protegido el derecho fundamental a la seguridad social de personas que, por su especial condición se encuentran en debilidad manifiesta exonerándolas del cumplimiento del requisito de cotizar las semanas faltantes en aplicación al principio de equidad, esta práctica no resulta constitucionalmente admisible para efectos de obtener la devolución de los saldos reclamados, puesto que como se explicó, en virtud de su especial condición, tales sujetos no pueden ser sometidos a trámites procesales dispendiosos que impidan el goce efectivo e inmediato de sus derechos. Por lo anterior, la Sala ordenará, además de lo ya ordenado en esta providencia, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público que en coordinación con el Ministerio de Salud y Protección Social, tomen las medidas que se consideren necesarias para evitar que la acción de tutela se convierta en el único mecanismo para reclamar ordinariamente asuntos como los decididos en esta sentencia.

### III. DECISION

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

#### RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo proferido en segunda instancia por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dentro del proceso de tutela iniciado por el señor Manuel Eduardo Palomino Ortiz y en contra de AFP ING Pensiones y Cesantías y la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (Expediente T-2.706.373) y en su lugar conceder el amparo del derecho a la Seguridad Social y al mínimo vital del accionante.

Segundo.- ORDENAR a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público que, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a redimir y pagar el bono pensional a favor del señor Manuel Eduardo Palomino Ortiz, con el fin de que la AFP ING Pensiones y Cesantías reconozca y pague la devolución de los saldos de la cuenta de ahorro individual del actor.

Tercero.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Cuarto Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Manizales (Caldas) dentro del proceso de tutela iniciado por la señora María Olinda Piedrahita Giraldo en contra de BBVA Horizonte Administradora de Fondo de Pensiones y la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (Expediente T-2.714.387) y en su lugar conceder el amparo del derecho a la Seguridad Social y al mínimo vital de la accionante.

Cuarto.- ORDENAR a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público que, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a redimir y pagar el bono pensional a favor de la señora María Olinda Piedrahita Giraldo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 del Decreto 1474 de 1997, modificado por el Decreto 1513 de 1998, con el fin de que BBVA Horizonte Administradora de Fondo de Pensiones reconozca y pague la devolución de los saldos de la cuenta de ahorro individual de la actora.

Quinto.- ORDENAR al Ministerio de Hacienda y Crédito Público que, dentro del término de treinta (30) días contados a partir de la notificación de la presente providencia, en coordinación con el Ministerio de Salud y Protección Social, tomen las medidas que se consideren necesarias para evitar que la acción de tutela se convierta en el único mecanismo para reclamar ordinariamente asuntos como los decididos en esta sentencia.

Sexto.- Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrado

Secretaria General

1 La norma dispone lo siguiente: "(...) Quienes al 1º de abril de 1994 tengan cincuenta y cinco (55) años o más de edad si son hombres o cincuenta (50) años o más de edad si son mujeres, podrán seleccionar el régimen de ahorro individual con solidaridad, en cuyo caso deberán cotizar por lo menos quinientas (500) semanas en el nuevo régimen. En este evento será obligatorio para el empleador efectuar los aportes correspondiente."

2 El artículo 21 del Decreto 1474 de 1997 dispone: "Artículo 21. Bonos pensionales para personas que deban cotizar quinientas semanas. La decisión que tomen las personas a que se refiere el ordinal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993 de cotizar quinientas (500) semanas en el nuevo régimen, implica la obligación que asumen estas personas de no negociar el respectivo bono pensional, tipo A, que se expida a su favor, antes del vencimiento de dicho periodo."

3 La citada norma dispone lo siguiente: "Las personas cobijadas por el literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, deberán cotizar por lo menos durante quinientas (500) semanas en el nuevo régimen y no podrán negociar el bono pensional para solicitar pensión o devolución de saldos de conformidad con el artículo 66 de la Ley 100, mientras mantengan una vinculación laboral con algún empleador o puedan seguir cotizando en condición de independiente. De lo contrario, deberán manifestar bajo juramento su imposibilidad de cotizar."

4 Sentencia T-284 de 2007.

5 Sentencia C-623 de 2004

6 Sentencia T-406 de 1992.

7 Víctor Abramovich, Christian Courtis, Los derechos sociales como derechos exigibles,

Editorial Trotta, Madrid, 2002.

8 Ver Sentencias T-016-07, T-585-08 y T-580-07.

9 Sentencias C-616 de 2001, C-130 de 2002, C-791 de 2002 y SU-623 de 2001

10 Sentencia T-016 de 2007.

11 Ibídem.

12 Ver sentencia T 896 de 2007, T 367 de 2008, T 607 de 2007 entre otras.

13 Sentencias T-055 de 2006, T-529 de 2007, T-149 de 2007, T-239 de 2008, T-052 de 2008, T-450 de 2010.

14 Sentencia T-529 de 2008.

15 Ibidem.

16 Artículo 10 de la Ley 100 de 1993.

17 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

18 A partir del 1º de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1º de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

19 Sentencias T-286 de 2008, T-513 de 2007, T-1049 de 2006, C-375 de 2004, T-495 de 2003, T-259 de 2003, T-609 de 2002, T-972 de 2006, T-746 de 2004, C-262 de 2001, C-624 de 2003, T-099 de 2008, T-750 de 2006, entre otras.

20 Sentencia C-375 de 2004.

21 “Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales”,

22 Al respecto, en la sentencia T-1088 de 2007 se encuentra la siguiente caracterización de las prestaciones ahora analizadas: “En esos términos, es claro entonces que la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos, son beneficios pensionales que se otorgan 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 que no tienen el capital requerido para acceder al derecho a la pensión -en el régimen de ahorro individual-”.

23 A lo anterior es preciso agregar que esta prestación no se encuentra circunscrita de manera exclusiva al caso de la pensión de vejez, pues resulta igualmente exigible en los casos de invalidez o supervivencia en los dos regímenes anteriormente referidos. Sobre el particular, consultar artículos 42 y 49 de la Ley 100 de 1993.

24 En el caso de la indemnización sustitutiva es preciso remitirse a lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto 1730 de 2001, mientras que en la hipótesis de la devolución de saldos es menester acudir a lo dispuesto en el artículo 66 de la ley 100 de 1993.

25 Sobre este punto específico se pronunció la Corte en sentencia T-513 de 2007, providencia en la que manifestó que “el reconocimiento de la pensión de invalidez, o en su defecto de la indemnización sustitutiva, se encuentra en conexidad con el derecho a la vida, la integridad física, el trabajo y la igualdad, entre otros, por cuanto a través de dicha prestación, lo que pretende el Estado es dar cumplimiento al mandato constitucional que impone como deber el de garantizar a todos los habitantes “el derecho irrenunciable a la seguridad social”.

26 Sentencia T-539 de 2009.

27 Sentencia C-083 de 1995.

28 Sentencia T-518 de 1998.

29 Sentencia C-1547 de 2000.

30 Ver también las sentencias T-518 de 1998 y SU-837 de 2002.

31 El artículo 61 de la Ley 100 estipula lo siguiente: “ARTÍCULO 61. PERSONAS EXCLUIDAS

DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD. Están excluidos del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad:// a. Los pensionados por invalidez por el Instituto de Seguros Sociales o por cualquier fondo, caja o entidad del sector público.// b. Las personas que al entrar en vigencia el sistema tuvieran cincuenta y cinco (55) años o más de edad, si son hombres, o cincuenta (50) años o más de edad, si son mujeres, salvo que decidan cotizar por lo menos quinientas (500) semanas en el nuevo régimen, caso en el cual será obligatorio para el empleador efectuar los aportes correspondientes.”

32 Sentencia T-707 de 2006.

33 Sentencia T-707 de 2006 y T-237 de 2008, entre otras.

34 Sentencia T-1046 de 2007.

35 Sentencia C- 375 de 2004.

36 Sentencia T-138 de 2010.

37 El artículo 66 de la Ley 100 de 1993 dispone:”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.”

38 El artículo 64 de la Ley 100 de 1993, estipula lo siguiente: “ARTÍCULO 64. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. Los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta Ley, 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, cuando a éste <sic> hubiere lugar. // Cuando a pesar de cumplir los requisitos para acceder a la pensión en los términos del inciso anterior, 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 sesenta (60) años si es mujer y sesenta y dos (62) años de edad si es hombre.”

39 El artículo 65 de la Ley 100 de 1993 dispone: “GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA DE VEJEZ. Los afiliados que a los sesenta y dos (62) años de edad si son hombres y cincuenta y siete (57) si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la presente 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.”

40 Ver fl.2 Cd. Ppal., afirmaciones del accionante en su escrito de tutela