

Sentencia T-960/10

PENSION DE VEJEZ-Caso en que ISS vulnera derecho a la seguridad social al negar reconocimiento de pensión de vejez, por haber reconocido con anterioridad indemnización sustitutiva, la cual nunca fue notificada ni reclamada por el actor

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Protección por vía de tutela

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE VEJEZ-Supuestos necesarios establecidos para el estudio por parte de autoridad judicial sobre su procedencia

INDEMNIZACION SUSTITUTIVA Y PRINCIPIO DE BUENA FE-ISS no puede recibir cotización después de reconocida la indemnización sustitutiva a un afiliado, en caso de que lo haga, crea en éste expectativa legítima para seguir aportando a riesgos de vejez, invalidez o muerte

PENSION DE VEJEZ-Orden al ISS de reconocer y pagar mesada pensional que corresponda por cumplir los requisitos para acceder a ésta

Referencia: expediente T-2.758.611

Acción de tutela instaurada por Heriberto González contra el Instituto de Seguro Social ISS.

Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C. veintiséis (26) de noviembre 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 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira y la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad, en la acción de tutela instaurada por Heriberto González contra el Instituto de Seguro Social (ISS)

I. ANTECEDENTES

El pasado catorce (14) de abril de dos mil diez (2010) el ciudadano Heriberto González interpuso acción de tutela ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira solicitando el amparo de su derecho fundamental a la seguridad social, el cual, en su opinión, ha sido vulnerado por el Instituto de Seguros Sociales.

De acuerdo con la acción de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, la accionante sustenta su pretensión en los siguientes

Hechos

1.- Heriberto González, de 81 años de edad, afirma que el día 10 de enero de 1990, solicitó ante el Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

2.- Dicho instituto, por medio de la Resolución No. 616 de 1994 negó la prestación reclamada, por cuanto el actor de las 625 semanas cotizadas únicamente 485 correspondían a los 20 años anteriores a la presentación de la solicitud, por lo que “no cumplía los requisitos contemplados en el artículo 11 del Acuerdo 224 de 1966 (Decreto 3041 de 1966) modificado por el artículo 1 del acuerdo 029 de 1983 (Decreto 1900 de 1983)” (Folio 24, cuaderno 2).

En razón a ello, se le concedió al peticionario una indemnización sustitutiva equivalente a un millón seiscientos veintinueve mil setecientos cincuenta pesos (\$ 1.629.750. oo.).

3. Esta resolución, sostiene el actor, solo fue conocida por él en febrero de 2008 cuando solicitó, por segunda vez, la pensión de vejez.

4.- En el interregno, es decir, entre la primera y la segunda vez que el actor solicitó la

referida prestación, añade el peticionario, siguió cotizando al Sistema de Seguridad el Pensiones.

5.- Por medio de la Resolución 6383 de 2008, el Instituto de Seguros Sociales negó nuevamente el reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

Argumentó en esta ocasión que el señor Heriberto González “había recibido una indemnización por vejez concedida mediante resolución número 616 de 1 de marzo de 1994, lo cual lo inhabilita inmediatamente para reclamar alguna prestación, por tanto no es procedente la solicitud del asegurado puesto que la misma resolución 616 el Artículo Segundo reza: “Una vez recibida la indemnización concedida por ésta resolución, el asegurado (a) no podrá inscribirse nuevamente al ISS para cotizar al Sistema General de Pensiones”.

6.- Contra la anterior decisión la accionante interpuso el día 8 de agosto de 2008 recurso de reposición y en subsidio el de apelación ya que, afirma el actor, nunca fue le fue notificada la Resolución No. 616 de 1994 y en consecuencia tampoco le fue pagada la referida indemnización.

7.- El Instituto de Seguros Sociales, por medio de la resolución No. 036 de 2009 confirmó la Resolución impugnada por las mismas razones expuestas en la Resolución 6383 de 2008. (Folio 21, cuaderno 2)

Solicitud de Tutela

8.- Con fundamento en los hechos narrados, el ciudadano Heriberto González solicitó la protección de su derecho fundamental a la seguridad social que considera vulnerado al negarse la entidad demandada a reconocerle la pensión de vejez. En consecuencia pide que se le conceda dicha prestación (Folio 14, cuaderno 2).

Respuesta de la entidad demandada

9.- A pesar de ser notificado del amparo interpuesto por el señor Heriberto González, el Instituto de Seguros Sociales no se pronunció sobre el amparo que se tramitaba ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira (folio 36, cuaderno 2).

Decisiones judiciales objeto de revisión

Sentencia de primera instancia

10.- El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira denegó el amparo solicitado pues consideró que la acción de tutela impetrada al ser interpuesta 21 meses después de proferida la Resolución No 036 de 2009, por parte del Instituto de Seguros Sociales, carecía del requisito de inmediatez.

11.- Aunado a lo anterior, sostuvo el ad quo, que el petente no utilizó, pudiendo hacerlo, los medios contenciosos que el ordenamiento jurídico brinda para atacar la legalidad de los actos administrativos que negaron la prestación de vejez.

Impugnación

12.- El accionante interpuso recurso de apelación contra la decisión proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira con el objetivo de que revoque la decisión de primera instancia y en su lugar se le concedan sus pretensiones.

Sentencia de segunda instancia

13. La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira confirmó en su integridad y con idéntica motivación la decisión de primera instancia (folio 99, cuaderno 2).

Tramite De Revisión

14.- El magistrado sustanciador, por medio de auto del 8 de marzo de 2010, ordenó al Instituto de Seguros Sociales que informara de manera detallada si:

i. La Resolución No. 616 de 1994 fue notificada a Heriberto González o a su apoderado judicial, en caso afirmativo cuál fue la forma de notificación y cuándo se hizo ésta y en caso contrario, explique detalladamente las razones por las cuáles no fue realizada esta actuación.

ii. La indemnización sustitutiva concedida por parte del Instituto de Seguros Sociales al señor Heriberto González, por medio de Resolución No. 616 de 1994, fue efectivamente pagada a éste y cuándo fue reclamada aquella prestación.

Así mismo, se solicito a esta misma entidad que enviará a este Alto Tribunal copia de la historia laboral actualizada del señor Heriberto González.

A pesar de ser notificado del auto en cuestión, esta el Instituto de Seguros Sociales no se pronunció sobre el amparo que se tramitaba ante esta Corporación.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

1.- 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

2.- En atención a lo expuesto, esta Sala de Revisión debe determinar si el Instituto de Seguros Sociales vulneró el derecho fundamental a la seguridad social del señor Heriberto González al negarse a reconocerle su pensión de vejez, por haberse reconocido con anterioridad la indemnización sustitutiva, la cual nunca fue notificada ni reclamada por el actor.

A fin de resolver el asunto, la Sala se pronunciará sobre los siguientes tópicos: (i) la seguridad social como derecho constitucional fundamental y su protección por medio de la acción de tutela, (ii) la procedencia de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento de la pensión de vejez; (iii) la indemnización sustitutiva y el principio de buena fe; y (iv) el caso concreto.

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

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”¹.

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 social². El artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona afirma que:

“Artículo XVI. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.

Así mismo se encuentra estipulado en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales:

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.

De manera similar, el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prescribe:

“Artículo 9. Derecho a la Seguridad Social. 1. 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.

Como se puede apreciar, el derecho a la seguridad social demanda el diseño de una estructura básica que, en primer lugar, establezca las instituciones encargadas de la prestación del servicio y precise, además, los procedimientos bajo los cuales éste debe ocurrir. 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 social³.

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” 4.

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 positiva⁵. 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 fundamentales⁶ 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 una 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 normas⁷.

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 conculcado⁸, 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 indefensión⁹.

De esta forma queda claro que el derecho a la seguridad social, 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.

La procedencia de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento de la pensión de vejez

De conformidad con la jurisprudencia reiterada de esta Corporación¹⁰, la acción de tutela no procede, en principio, para ordenar el reconocimiento de prestaciones derivadas del derecho a la seguridad social, como la pensión de vejez.

La razón para ello es el carácter subsidiario que posee el mecanismo judicial previsto en el artículo 86 de la Constitución¹¹, pues el legislador ha establecido un escenario judicial concreto para los eventuales conflictos que surjan a propósito de la exigencia de este

derecho, cual es la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social según el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social¹².

Sin embargo, la jurisprudencia constante de esta Corporación¹³, con base en el artículo 86 de la Constitución, también ha indicado dos excepciones a la regla general de la improcedencia.

En primer lugar, 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. Con el fin de determinar esta situación, la Corte, en oportunidades anteriores, ha valorado varios factores.

Uno de los criterios determinantes ha sido aquel de la avanzada edad del peticionario(a), sobretodo si sobrepasa el índice de promedio de vida en Colombia (74 años), pues el mecanismo ordinario resulta ineficaz si 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(a)¹⁴.

Así en sentencia T 456 de 2004 se afirmó por este alto Tribunal que: “Si una persona sobrepasa el índice de promedio de vida de los colombianos (se estima en 71 años), y ella considera que se le ha dado un trato discriminatorio en el reajuste pensional y por tal motivo ha reclamado ante juez competente, pero se estima razonablemente que el solicitante ya no existiría para el momento que se produjera la decisión judicial, debido a su edad avanzada, unido esto al alto volumen de procesos que razonablemente producen demora en la decisión, pese al comportamiento diligente del juzgador, entonces, ese anciano no tiene otro medio distinto al de la tutela para que, provisionalmente, mientras se decide el fondo del asunto por el juez natural, se ordene el respeto a su derecho. Por supuesto que el Juez de Tutela debe hacer un equilibrado análisis en cada caso concreto, no olvidando que en el momento de transición institucional que vive el país, es posible una demora en las decisiones judiciales. O sea, no se puede adoptar una solución mecánica para todos los casos sino que debe analizarse individualmente a cada uno de ellos.” ¹⁵

Ahora bien, la Corte también ha tomado en cuenta otros factores que no tienen que ver con las condiciones personales del peticionario(a), como es la posibilidad de que para el momento del fallo definitivo el conflicto sobre el cumplimiento de los requisitos para la

pensión de vejez haya perdido su razón de ser. Para ilustrar este punto resulta clarificador traer a colación la sentencia T-052-08 en la que se precisó: “En el caso del señor, es claro que cuenta con las acciones ordinarias para solicitar al juez de esa jurisdicción, que de solución al conflicto suscitado con el Instituto de Seguros Sociales, y defina que régimen pensional es aplicable a su situación...sin embargo es conocida la prolongada duración de este tipo de procesos y teniendo en cuenta que la pretensión del actor es pensionarse con la edad de 55 años...cuando se produzca una decisión judicial que defina el conflicto y que eventualmente acceda a su solicitud, carecería ya de eficacia en el caso concreto porque de cualquier forma el accionante ya habría cumplido la edad, 60 años, que en los dos regímenes le permitiría acceder al derecho reclamado”.

Se debe reparar en que la idoneidad y eficacia del mecanismo ordinario para reclamar el reconocimiento de la pensión se comprueba a través del análisis por parte de la autoridad judicial de los hechos del caso concreto.

En segundo lugar, procederá como mecanismo transitorio, a pesar de la existencia de un medio judicial ordinario idóneo y eficaz, cuando es necesaria para evitar un perjuicio irremediable.

La jurisprudencia constitucional, con el fin de comprobar la presencia de un perjuicio irremediable en el caso concreto, que en la mayoría de los casos consiste en la afectación del mínimo vital del peticionario(a) y de su familia, ha utilizado criterios como (i) la edad del actor(a) para ser considerado(a) sujeto de especial protección por ser una persona de la tercera edad, (ii) el estado de salud del (la) solicitante y su familia, y (iii) las condiciones económicas del peticionario(a)¹⁶.

Es necesario aclarar que la existencia del perjuicio irremediable se verifica mediante el análisis de los hechos del caso concreto, pues éste puede provenir de situaciones diferentes a las contempladas en los criterios antes reseñados, de donde se sigue que éstos son una guía y no una camisa de fuerza para la autoridad judicial.

Si se alega como perjuicio irremediable la afectación del mínimo vital, la Corte ha indicado que si bien es posible presumir su afectación, en general quien alega una vulneración de este derecho como consecuencia de la falta de reconocimiento de su pensión, debe acompañar su afirmación de alguna prueba, al menos sumaria. Esta Corporación ha reconocido que la

informalidad de la acción de tutela no exonera al actor de probar, aunque sea de manera sumaria, los hechos en los que basa sus pretensiones¹⁷.

En relación con la existencia del otro medio de defensa judicial ha señalado la jurisprudencia de la Corte que no existe la obligación de iniciar el proceso ordinario antes de acudir a la acción de tutela, basta que dicha posibilidad esté abierta al interponer la demanda. Sin embargo, si el demandante ha dejado vencer la oportunidad para iniciar el trámite del proceso ordinario, por prescripción o caducidad de la acción, la tutela no procede como mecanismo transitorio¹⁸.

Adicionalmente, la Corte ha exigido que se haya desplegado cierta actividad procesal administrativa mínima por parte del interesado(a)¹⁹.

Ante la presencia de alguno de los dos supuestos explicados la acción de tutela es procedente y la autoridad judicial debe estudiar entonces si se existe una violación o amenaza al derecho fundamental a la seguridad social.

La indemnización sustitutiva y el principio de buena fe

La indemnización sustitutiva, es una de las prestaciones económicas establecidas por el sistema de seguridad en pensiones, en el evento en que una persona haya cumplido la edad requerida para acceder al beneficio pensional pero que, por alguna circunstancia, no cuente con las semanas establecidas para este fin.

Esta figura, a lo largo de su evolución normativa, siempre se ha planteado como una alternativa que tiene el afiliado, en las circunstancias antedichas, cuando no puede seguir realizando los aportes requeridos para la obtener su pensión de vejez, pues en caso contrario se encuentra en libertad de seguir efectuando las cotizaciones correspondientes, hasta cumplir con este requisito, y así acceder a la referida prestación.

Como se puede observar, esta prestación económica siempre ha estado condicionada a que el afiliado se retire del sistema de seguridad social en pensiones, es decir, que manifieste expresamente esta situación o que deje de realizar, por cualquier motivo, las cotizaciones correspondientes, pues ésta, es decir, la indemnización sustitutiva es solo una alternativa con la que cuenta aquel, pues tiene la posibilidad de seguir efectuando los aportes hasta

obtener si pensión.

Así lo ha entendido este Alto Tribunal, cuando en sede de constitucionalidad analizó la figura en cuestión, en particular señaló:

“Considera la Corte que la norma acusada no implica vulneración alguna del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Cuando el legislador estableció que 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 no instituyó mandato alguno que vincular a tales aportantes. Por el contrario, incorporó una permisión libre en cabeza de los mencionados cotizantes, en el sentido de autorizarlos a optar por recibir la señalada restitución dineraria, o no hacerlo, y continuar cotizando al sistema hasta tanto alcancen el monto requerido de cotizaciones para acceder al beneficio pensional. En ese sentido, la norma incorpora una posibilidad no obligatoria para los afiliados (recibir la indemnización o devolución de aportes) y así mismo, la no prohibición de continuar cotizando al sistema hasta acreditar el requisito pensional faltante. (Negrillas fuera del texto)

27.- En conclusión, el cargo de vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad no prospera, por cuanto la norma demandada, tal como fue señalado por la vista fiscal y por todos los intervinientes, no impone la obligación de recibir la devolución de saldos o la indemnización sustitutiva, sino que, por el contrario, ofrece una alternativa, permaneciendo siempre en cabeza del afiliado la decisión de optar o no por dicha prerrogativa. En ese sentido, pueden las personas que se encuentran cubiertas por el supuesto de hecho de la norma demandada continuar cotizando al sistema para cumplir con el tiempo de servicios necesario para tener acceso a la pensión de vejez”²⁰ (Negrillas fuera del texto).

Aunado a lo anterior, las disposiciones anteriores a la Ley 100 de 1993 que reglamentan esta figura ordenaban que una vez reconocida esta prestación, los afiliados no podrían seguir cotizando al sistema de seguridad social en pensiones. Así por ejemplo, en el parágrafo artículo 14 del el Decreto 758 de 1990, señalaba lo siguiente: “.PARÁGRAFO. Las personas que en cualquier tiempo reciban la indemnización de que trata este artículo, no podrán ser inscritas nuevamente en el seguro de vejez, invalidez y muerte. Las semanas tenidas en cuenta para efectos de la indemnización, no se computarán para la pensión de jubilación por aportes de que trata la Ley 71 de 1988” y el Decreto 3041 de 1966, que aprobó el Acuerdo

224 del mismo año, indicaba en el párrafo del artículo 14, que: “PARÁGRAFO. Las personas que en cualquier tiempo reciban la indemnización de que trata este artículo, no podrán ser inscritas nuevamente en el seguro de vejez, invalidez y muerte” (Negrillas fuera del texto).

Por su parte, el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 aunque no consagra de forma expresa esta prohibición, se vale de una circunstancia fáctica, que consiste en la imposibilidad de continuar cotizando por parte del afiliado, para enrostrar el mismo efecto jurídico que las disposiciones precedentes.

De ahí que, al Instituto de Seguros Sociales le esté vedado recibir los aportes de una persona que a la que se le haya reconocido la indemnización sustitutiva, pues en el primer caso la normatividad lo prohíbe expresamente y en el segundo es el propio afiliado que trunca esta posibilidad cuando manifiesta que no puede seguir cotizando, hecho al que la legislación le endilgó la misma consecuencia jurídica.

Es por ello, que el Instituto de Seguros Sociales no puede recibir alguna cotización después reconocida la indemnización sustitutiva a un afiliado, pues en caso de que lo haga, dicho instituto crea en éste la expectativa legítima que puede seguir aportando para los riesgos de vejez, invalidez o muerte hasta alcanzar las semanas requeridas para obtener su pensión de vejez.

Esta confianza creada en el asegurado tendría como fundamento, en primer lugar, que las personas que hayan cumplido la edad, pero que no han alcanzado las semanas suficientes para acceder a su pensión de vejez tienen la posibilidad, tal como quedo explicado en líneas precedentes, de seguir realizando los aportes al subsistema de pensiones hasta cumplir las semanas requeridas para alcanzar la referida prestación y en segundo lugar la buena fe.

Este principio constitucional establece que “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas” y por tanto las relaciones entre los sujetos, desde su inicio hasta su terminación, deben estar gobernadas por este principio, lo que implica por una parte, el deber de proceder con lealtad y, de otra, el derecho a esperar que los demás procedan de la misma forma²¹. Esta exigencia, que se predica de todas las

relaciones de derecho, asume especial relevancia en aquéllas en las que participa la administración, dado el poder público del que se encuentra investida, e irradia la actividad del Estado, derivándose de él, otros como el de respeto por el acto propio y la confianza legítima.²²

5. El caso concreto

En el presente asunto, el señor Heriberto González considera vulnerado su derecho fundamental a la seguridad social por el Instituto de Seguro Sociales, entidad que se negó a reconocerle la pensión de vejez.

La primera verificación que se debe realizar en este caso es aquélla que consiste en determinar si los derechos fundamentales presuntamente vulnerados son susceptibles de protección por medio de la acción de tutela, ya que, como se señaló anteriormente, algunas facetas prestacionales de ciertos derechos fundamentales requieren para ello de desarrollo legal y/o reglamentario, salvo que se concrete el supuesto de hecho de la excepción ya explicada.

Como se expuso, en el caso del derecho a la pensión de vejez, que hace parte del derecho fundamental a la seguridad social, es necesario un desarrollo legal y/o reglamentario que establezca (i) las instituciones encargadas de la prestación del servicio, (ii) las condiciones para acceder a tal prestación y (iii) un sistema que asegure la provisión de fondos, pues la Constitución no determina directamente tales elementos. Este desarrollo se efectuó por los Decretos 3041 de 1966 y 1900 de 1983 y más recientemente por la Ley 100 de 1993, lo que hace que el derecho a la pensión de vejez sea susceptible de protección mediante la acción de tutela.

La segunda verificación que se debe llevar a cabo en este caso es la relativa a la procedibilidad de la acción de tutela, pues, en primer lugar, al ser ésta interpuesta 21 meses después de proferida la Resolución No 036 de 2009, por parte del Instituto de Seguros

Sociales, los jueces de instancia consideraron que la referida acción carecía del requisito de inmediatez.

Esta Corporación ha indicado que la solicitud de amparo debe ser elevada dentro de un término razonable y proporcionado a partir del momento en que acaeció el hecho presuntamente vulnerador de los derechos que se quieren hacer valer, pues, de lo contrario, se desdibuja su naturaleza como mecanismo de protección inmediata de derechos que se han visto comprometidos o se encuentran ante la amenaza inminente de serlo²³.

La razón de ser de la exigencia de la inmediatez estriba en que la real configuración de una trasgresión a los derechos fundamentales y la necesidad urgente de su protección se pone en duda cuando la demanda de tutela se interpone en un momento demasiado alejado de la ocurrencia del hecho que supuestamente la generó²⁴.

Empero, siguiendo esta misma lógica, la jurisprudencia constitucional también ha considerado que no es procedente alegar la inmediatez en la interposición de la acción de tutela cuando el juez constitucional puede constatar que el desconocimiento del derecho fundamental alegado efectivamente subsiste a pesar del paso del tiempo²⁵, pues la inmediatez en ningún caso puede entenderse como una suerte de caducidad que la Constitución no ha previsto para el mecanismo contenido en el artículo 86 de la misma, argumento que se refuerza en el caso del derecho a la seguridad social que es, de acuerdo con el artículo 53 de la Constitución, irrenunciable.

En el presente asunto, puede determinarse que la vulneración al derecho a la seguridad social del señor Heriberto González persiste en el tiempo, por cuanto, la negación del reconocimiento de las mesadas pensionales, le restringe la posibilidad al actor de contar mes a mes con un ingreso básico para satisfacer sus necesidades, por lo que no es conducente, como lo anotan los jueces de instancia, alegar la ausencia de este requisito.

En segundo lugar, como ya se señaló, el artículo 86 de la Constitución prescribe que la acción de tutela sólo procederá cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial idóneo, salvo que se interponga de forma transitoria para evitar un perjuicio irremediable.

En efecto, la jurisprudencia de esta Corporación, ha sostenido que ésta acción no procede, en principio, para ordenar el reconocimiento 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. De modo tal que es necesario analizar si, en este caso, se presenta alguna que el ordenamiento jurídico ha indicado para el reconocimiento de pensiones de vejez por medio de acción de tutela.

Esta Sala considera que, en esta oportunidad, el mecanismo ordinario no resulta idóneo y eficaz según los factores valorados por la jurisprudencia constitucional pues el actor sobrepasa el índice de promedio de vida en Colombia (74 años) al contar con 81 años de edad²⁶ por lo que es posible inferir, tal como lo ha hecho esta Corporación en otras oportunidades, que probablemente no existirá para el momento en el que se adopte un fallo definitivo en la jurisdicción laboral ordinaria dada la congestión existente por el alto número de procesos que se discuten en la misma²⁷.

Superadas las cuestiones acerca de la procedibilidad, en adelante la Sala analizará si el Instituto de Seguros Sociales vulneró el derecho fundamental a la seguridad social del actor al negarle el reconocimiento de la pensión de vejez, por habersele concedido, por medio de la Resolución No. 616 de 1994, indemnización sustitutiva.

Tal y como quedó señalado en la parte motiva de esta sentencia, la indemnización sustitutiva es una alternativa con la que cuenta en afiliado, que cumplió la edad para acceder a la pensión de vejez, pero que, por alguna circunstancia, no tiene las semanas establecidas para este fin y no desea, o no puede seguir realizando los aportes a la sistema de seguridad social en pensiones.

Por tanto, el Instituto de Seguros Sociales no puede por el simple hecho de la solicitud del reconocimiento y pago de la pensión de vejez, concederle de manera automática al afiliado, que no cuenta con las semanas cotizadas necesarias para obtener el beneficio pensional, pero sí con la edad, la indemnización sustitutiva, pues como se ha señalado, esta constituye solo una de las posibilidades con las que cuenta éste.

Si se permitiera esta conducta, se cercenaría una de las posibilidades con las que cuenta el asegurado, que es: seguir realizando los aportes a la seguridad social, con el objetivo de obtener su pensión de vejez, lo que generaría una afrenta a su derecho a la seguridad social.

Así las cosas, cuando una persona ha cumplido la edad requerida y solicita ante el Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento y pago de su pensión de vejez pero no cuenta con las semanas cotizadas por el ordenamiento jurídico, éste debe poner en conocimiento de aquel tal situación, para que el afiliado opte por alguna de las alternativas ya señaladas.

Cuando es reconocida la referida prestación por este instituto, debe notificar al interesado esta situación y debe dejar de recibir los aportes que se hagan con posterioridad al reconocimiento de aquella, ya que, el afiliado debe ser retirado, según la normatividad que regula esta figura, del sistema de seguridad social en pensiones.

No obstante, cuando este instituto no informa al interesado que cuenta con las mencionadas opciones y concede de manera unilateral la referida prestación, pero no notifica al interesado que le ha sido concedida ésta y sigue recibiendo las cotizaciones para pensiones, crea en el afiliado la convicción de que se encuentra en libertad de seguir realizando los aportes al sistema de seguridad social.

En este evento, el Instituto de Seguros Sociales tiene la obligación de actuar de manera consecuente con sus conductas precedentes, de tal forma que no sorprenda al afiliado con conductas que, por ser contrarias, defrauden sus expectativas legítimamente fundadas.

Esta Sala, considera que en el presente asunto la entidad demandada al seguir recibiendo los aporte del actor, en contravía de las disposiciones que regulan la materia, no habiéndole notificado la Resolución 616 de 1994, por la cual se le concedió a éste la indemnización sustitutiva, creó en el señor Heriberto González la expectativa legítima, que podía seguir realizando los aportes al Instituto de Seguros Sociales para así obtener su pensión de vejez.

Bajo este convencimiento, el accionante siguió realizando aportes al sistema de seguridad social en pensiones desde 1994, año en que se le reconoció la indemnización sustitutiva, hasta el año 2008, es decir el Instituto de Seguros Sociales permitió que esta conducta se prolongara por más de 14 años, por lo que no es dable en este momento argüir que el

reconocimiento de la indemnización sustitutiva es un impedimento para que éste acceda a la pensión de vejez, pues esta actuación defraudaría las expectativas legítimamente fundadas del actor, configurándose así una vulneración al principio de buena fe.

En este orden de ideas, el Instituto de Seguros Sociales no puede imponerle al actor asignación de la indemnización sustitutiva como razón para negarle la pensión de vejez a éste, pues, como quedo señalado, esta conducta afectaría las expectativas que la mencionada entidad creó en el accionante al actuar en contra de las normatividad vigente.

Determinado que el argumento expuesto por el Instituto de Seguros Sociales no es valido para negar la pensión de vejez al peticionario, la Sala entrara a determinar si este cumple con los requisitos establecidos en el régimen pensional aplicable en su caso para acceder a la referida prestación.

Este último debe determinarse a la luz del artículo 36 de la ley 100 de 1993, que contempla el denominado régimen transición ya que, como se verá, el señor Heriberto González satisface sus exigencias. La disposición mencionada, con el fin de proteger las expectativas de las personas que están ad portas de acceder a los derechos pensionales y con la convicción de que éstas no deben sacrificarse, prescribió que “La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que [a primero de abril de 1994] tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o mas años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados”.²⁸. Según lo dicho, para ser beneficiario de éste es necesario que a la entrada en vigencia del Sistema de Seguridad Social, es decir, al 1 de abril de 1994, el actor tuviera más de 40 años de edad. De las pruebas aportadas al expediente se puede establecer que el accionante para ese momento superaba esta edad pues tenía 63 años (folio 10, cuaderno 2).

Ahora bien, también se encuentra probado que el actor con anterioridad a la entrada en vigencia del Sistema de Seguridad Social se encontraba realizando los aportes al Instituto de Seguros Sociales, circunstancia que permiten delimitar la eficacia de la normatividad pensional precedente, que es el acuerdo 49 de 1990²⁹.

El acuerdo 49 de 1990 exige para el reconocimiento del derecho pensional: (i) 60 años para

el hombre y haber cotizado 500 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad exigida; (ii) 55 años para la mujer y haber cotizado 500 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad exigida o; (iii) 60 o 55 años dependiendo de si es hombre o mujer y 1000 semanas de cotización en cualquier tiempo.

En el caso concreto, el señor Heriberto González de Archila tiene 81 años de edad y 1188 semanas cotizadas por lo que cumple con los requisitos exigidos por la normatividad aplicable en este caso y en consecuencia es acreedor de la pensión de vejez.

De acuerdo con lo anterior, la Sala de Revisión revocará los fallos proferidos en el trámite de la acción de tutela por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira y por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de la misma ciudad y concederá de manera definitiva el amparo del derecho fundamental a la seguridad social de Heriberto González.

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 los fallos proferidos en el trámite de la acción de tutela por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de la misma ciudad, para en su lugar CONCEDER de manera definitiva el amparo del derecho fundamental a la seguridad social de Heriberto González.

Tercero.- 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

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Ausente en comisión

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Sobre el alcance de la seguridad social como derecho protegido a la luz del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en su observación general número XX el Comité hizo las siguientes precisiones: “26. El artículo 9 del Pacto prevé de manera general que los Estados Partes “reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso el seguro social”, sin precisar la índole ni el nivel de la protección que debe garantizarse. Sin embargo, en el término “seguro social” quedan incluidos de forma implícita todos los riesgos que ocasionen la pérdida de los medios de subsistencia por circunstancias ajenas a la voluntad de las personas. 27. De conformidad con el artículo 9 del Pacto y con las disposiciones de aplicación de los Convenios de la OIT sobre seguridad social -Convenio Nº 102, relativo a la norma mínima de la seguridad social (1952) y Convenio Nº 128 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes (1967)- los Estados Partes deben tomar las medidas adecuadas para establecer, con carácter general, sistemas de seguros de vejez obligatorios, a percibir a partir de una edad determinada, prescrita por las legislaciones nacionales” (...) 30. Finalmente, para dar pleno cumplimiento al mandato del artículo 9 del Pacto, como ya se ha señalado en los párrafos 20 y 22, los Estados Partes deberán establecer, dentro de los recursos disponibles, prestaciones de vejez no contributivas u otras ayudas, para todas las personas mayores que, al cumplir la edad prescrita fijada en la legislación nacional, por no haber trabajado o no tener cubiertos los períodos mínimos de cotización exigidos, no tengan derecho a disfrutar de una pensión de vejez o de otra ayuda o prestación de la seguridad social y carezcan de cualquier otra fuente de ingresos”.

2 (i) artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Artículo 22. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”; (ii) artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “Artículo 9 Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”; (iii) artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona: “Artículo XVI. 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”; (iv) artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “Artículo 9. Derecho a la Seguridad Social. 1. 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”; y (v) el artículo 11, numeral 1, literal “e” de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: Artículo 11 || 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular: e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas;

3 Sentencia C-623 de 2004

4 Posición planteada desde la sentencia T-406 de 1992.

5 Víctor Abramovich, Christian Courtis, Los derechos sociales como derechos exigibles, Editorial Trotta, Madrid, 2002.

6 Ver las sentencias T-016-07 sobre el derecho a la salud, T-585-08 sobre el derecho a la vivienda y T-580-07 sobre el derecho a la seguridad social.

7 Al respecto ver las Sentencias C-616 de 2001, C-130 de 2002, C-791 de 2002 y SU-623 de 2001

8 Sentencia T-016-07.

9 Ibídem.

10 Sentencias T-174-08, T-762-08, T-286-08, T-239-08, T-052-08, T-607-07, T-691A-07, T-652-07, T-307-07, T-376-07, T-284-07, T-529-07, T-149-07, T-935-06, T-229-06, entre otras.

11 “Esta acción [la de tutela] sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

12 ARTICULO 2o. COMPETENCIA GENERAL. <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de: (...) 4. Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan.

13 Sentencias T-762-08, T-286-08, T-239-08, T-052-08, T-691A-07, T-376-07, T-284-07, T-529-07, T-149-07, T-229-06, entre otras.

15 Sentencia T-456/94, T-529/05, T- 149 de 2007 entre otras.

16 Sentencia T-762-08, T-376-07, T-607-07, T-652-07, T-529-07, T-935-06 y T-229-06, entre otras.

17 En sentencia SU-995 de 1999 la Corte señaló que “(...) en esta clase de procesos preferentes y sumarios, el régimen probatorio está orientado por las facultades excepcionales que confiere el Decreto 2591 de 1991 al juez de amparo, especialmente en los artículos 18, 20, 21 y 22. Además, en la aplicación de las reglas de la sana crítica, debe partir el fallador del principio de la buena fe, constitucionalizado en el artículo 83 de la Carta de 1991.” En el mismo sentido, ver las sentencias T-174-08, T-286-08, T-284-07, T-307-07 y

T-1088 de 2000, entre otras.

18 Sentencias T-286-08, T-284-07, T-871 de 1999, T-812 de 2000, entre otras.

19 Ibídem.

20 Corte Constitucional, Sentencia C- 375 de 2004.

21 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-544 del 1 de diciembre de 1994 y C-540 del 23 de noviembre de 1995, M.P. Jorge Arango Mejía.

22 Ver Sentencia T-248 del 6 de marzo de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil

23 Al respecto, entre otras, las sentencias T-1694 de 2000, T-873 de 2001, T-1122 de 2002, T-712 de 2003, T-481 de 2004.

24 Ver sentencia T-158 de 2006

25 Ver sentencias T-1059 de 2007, T-855 de 2008 y T-129 de 2008, entre otras.

26 Folio 1, Cuaderno 2.

27 Sentencias T-239-08, T-284-07, T-149-07 y T-229-06.

28 Artículo 36, ley 100 de 1993: La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

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

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE

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

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

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

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