

Sentencia C-408/23
M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo
Expediente D-15142

LA CORTE SE INHIBIÓ DE DECIDIR DE FONDO AL EVIDENCIAR UNA OMISIÓN LEGISLATIVA ABSOLUTA EN LA REGULACIÓN DE LA EDAD A LA QUE LAS PERSONAS CON IDENTIDAD DE GÉNERO NO BINARIA PUEDEN ACCEDER A LAS PRESTACIONES POR VEJEZ

2. Normas demandadas

“LEY 100 DE 1993

Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE
COLOMBIA
DECRETA
[...]

Artículo 33. *Requisitos para obtener la pensión de vejez.* Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad **si es mujer** o sesenta (60) años **si es hombre**.

[...]

Parágrafo 4°. A partir del primero (1°) de Enero del año dos mil catorce (2014) las edades para acceder a la pensión de vejez se reajustarán a cincuenta y siete (57) años **si es mujer** y sesenta y dos (62) años **si es hombre**.

[...]

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

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad **si son mujeres** o cuarenta (40) o más años de edad **si son hombres**, o quince (15) o más 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.

[...]

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.

[...]

ARTÍCULO 61. *Personas excluidas del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad*. Están excluidos del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad:

[...]

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.

[...]

ARTÍCULO 64. *Requisitos para obtener la pensión de vejez*. [...]

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**.

ARTÍCULO 65. *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.

[...]

ARTÍCULO 117. *Valor de los bonos pensionales.* Para determinar el valor de los bonos, se establecerá una pensión de vejez de referencia para cada afiliado, que se calculará así:

a) Se calcula el salario que el afiliado tendría a los sesenta (60) años **si es mujer** o sesenta y dos (62) **si es hombre**, como el resultado de multiplicar la base de cotización del afiliado a 30 de Junio de 1992, o en su defecto, el último salario devengado antes de dicha fecha si para la misma se encontrase cesante, actualizado a la fecha de su ingreso al Sistema según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor del DANE, por la relación que exista entre el salario medio nacional a los sesenta (60) años **si es mujer** o sesenta y dos (62) **si es hombre**, y el salario medio nacional a la edad que hubiere tenido el afiliado en dicha fecha. Dichos salarios medios nacionales serán establecidos por el DANE;

b) El resultado obtenido en el literal anterior, se multiplica por el porcentaje que resulte de sumar los siguientes porcentajes:

45%, más un 3% por cada año que exceda de los primeros 10 años de cotización, empleo o servicio público, más otro 3% por cada año que faltare para alcanzar la edad de sesenta (60) años **si es mujer** o sesenta y dos (62) **si es hombre**, contado desde el momento de su vinculación al sistema.

[...]

PARÁGRAFO 2o. Cuando el bono a emitir corresponda a un afiliado que no provenga inmediatamente del Instituto de Seguros Sociales, ni de Caja o fondo de previsión del sector público, ni de empresa que tuviese a su cargo exclusivo el pago de pensiones de sus trabajadores, el cálculo del salario que tendría a los 62 años **si son hombres** y 60 años **si son mujeres**, parte de la última base de cotización sobre la cual haya cotizado o del último salario que haya devengado en una de dichas entidades, actualizado a la fecha de ingreso al Sistema, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor del DANE.

[...]

ARTÍCULO 133. *Pensión sanción.* [...]

El trabajador no afiliado al Sistema General de Pensiones por omisión del empleador, que sin justa causa sea despedido después de haber laborado para el mismo empleador durante diez (10) años o más y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente Ley, tendrá derecho a que dicho empleador lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad **si es hombre**, o cincuenta y cinco (55) años de edad **si es mujer**, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

Si el retiro se produce por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión se pagará cuando el trabajador despedido cumpla cincuenta y cinco (55) años de edad **si es hombre**, o cincuenta (50) años de

edad **si es mujer**, o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido.

[...]

PARÁGRAFO 3o. A partir del 1o. de enero del año 2014 las edades a que se refiere el presente artículo, se reajustarán a sesenta y dos (62) años **si es hombre** y

cincuenta y siete (57) años **si es mujer**, cuando el despido se produce después de haber laborado para el mismo empleador durante diez (10) años o más y menos de quince (15) años, y a sesenta (60) años **si es hombre** y cincuenta y cinco (55) años **si es mujer**, cuando el despido se produce después de quince (15) años de dichos servicios."

2. Decisión

PRIMERO. INHIBIRSE de adoptar una decisión de fondo en relación con el cargo formulado en contra de los artículos 33, 36, 61, 64, 65, 117 y 133 (parciales) de la Ley 100 de 1993, por falta de competencia para decidir demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta.

SEGUNDO. EXHORTAR al Congreso de la República para que evalúe si, en materia de régimen pensional, las personas identificadas como de género no binario deben recibir un tratamiento diferenciado, con el objeto de impedir o eliminar cualquier tipo de afectación en su acceso a las prestaciones de dicho régimen.

3. Síntesis de los fundamentos

La Sala Plena de la Corte Constitucional decidió inhibirse de adoptar una decisión de fondo en relación con la demanda de inconstitucionalidad presentada en contra de los artículos 33, 36, 61, 64, 65, 117 y 133 (parciales) de la Ley 100 de 1993 por omisión legislativa relativa, en cuanto no regularon para las personas con identidad de género no binaria una edad de acceso a las prestaciones pensionales por vejez a que se refieren dichas disposiciones.

La Sala Plena consideró que carecía de competencia para estudiar la demanda al constatar que, en el asunto sometido a su consideración, lo que se configura es una omisión legislativa absoluta. Para llegar a esta conclusión, de manera preliminar, hizo referencia a los conceptos de sexo, género e identidad de género; a la estructura del sistema general de pensiones y a la protección constitucional de las identidades de género diversas. A partir de esta estructura conceptual, constató que la inactividad

del legislador respecto de la materia objeto de censura no podía adscribirse a una omisión legislativa relativa, como lo propuso el demandante, sino a una omisión legislativa absoluta. Por lo tanto, la Sala Plena concluyó que carecía de competencia para decidir de fondo la demanda.

De otro lado, la Corte consideró necesario exhortar al Congreso de la República para que evalúe si, en materia de régimen pensional, las personas identificadas como de género no binario deben recibir un tratamiento diferenciado, con el objeto de impedir o eliminar cualquier tipo de afectación en su acceso a las prestaciones de dicho régimen.

4. Aclaración y reservas de voto

La magistrada **PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA** indicó que aclararía su voto; las magistradas **NATALIA ÁNGEL CABO, CRISTINA PARDO SCHLESINGER** y **DIANA FAJARDO RIVERA** y los **MAGISTRADOS ALEJANDRO LINARES CANTILLO, JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ** y **JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR** se reservaron la posibilidad de aclarar su voto.