

Sentencia T-037/17

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Reiteración de jurisprudencia

ACCION DE TUTELA PARA RECLAMAR EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE DERECHOS PENSIONALES-Procedencia excepcional

PRINCIPIO DE INMEDIATEZ COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Debe ponderarse bajo el criterio del plazo razonable y oportuno

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Naturaleza

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Protección constitucional

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL Y DERECHO AL MINIMO VITAL-Relación

REGIMEN DE TRANSICION PREVISTO EN EL ARTICULO 36 DE LA LEY 100/93-Reiteración de jurisprudencia

DERECHOS ADQUIRIDOS, MERAS EXPECTATIVAS Y EXPECTATIVAS LEGITIMAS EN MATERIA PENSIONAL-Diferencias

PENSION DE VEJEZ BAJO EL REGIMEN CONTEMPLADO EN EL ACUERDO 049 DE 1990-Posibilidad de acumular tiempos de servicios prestados en entidades públicas cotizados en cajas o fondos de previsión social con los aportes realizados al ISS

RECONOCIMIENTO RETROACTIVO DE LA PENSION-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL, AL MINIMO VITAL Y A LA VIDA DIGNA-Orden a Colpensiones reconocer y pagar pensión de vejez

Referencia: Expediente T-5.775.423

Acción de tutela instaurada por Pedro Pablo Peña Villamil contra COLPENSIONES

Procedencia: Sala Quinta Laboral de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena

Asunto: Reconocimiento de la pensión de vejez de conformidad con los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 y el análisis del presupuesto de cotización exclusiva al ISS

Magistrada sustanciadora:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá D. C., treinta (30) de enero de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Quinta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio y Aquiles Arrieta Gómez (e), y por la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de segunda instancia adoptado por la Sala Quinta Laboral de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, el 13 de abril de 2016, que confirmó la sentencia proferida el 10 de marzo de 2016, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de la misma ciudad, por medio de la cual se denegó el amparo constitucional solicitado por Pedro Pablo Peña Villamil.

I. ANTECEDENTES

El 24 de febrero de 2016, el señor Pedro Pablo Peña Villamil promovió acción de tutela contra

COLPENSIONES, por considerar que esta entidad vulneró sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital. El actor indicó que la afectación de sus derechos se desprende de la Resolución GNR18243 proferida el 28 de enero de 2015¹, en la que dicha entidad reconoció que es beneficiario del régimen de transición, analizó los requisitos para acceder a la pensión de vejez establecidos en los regímenes anteriores a la Ley 100 de 1993 y encontró acreditada la edad, pero no el tiempo de cotización, ya que sólo cuenta con 1002 semanas cotizadas. Para el accionante, esa conclusión se deriva de una omisión de la Administradora Colombiana de Pensiones, pues no contabilizó las semanas correspondientes al periodo comprendido entre noviembre de 1985 y junio de 1986, durante el que trabajó en la empresa J.R. Cia. Ltda., la cual no efectuó los aportes al ISS.

A. Hechos y pretensiones

1. Pedro Pablo Peña Villamil nació el 27 de marzo de 1941. Actualmente es una persona de 75 años de edad, que padece de trastorno del inicio y mantenimiento del sueño, hipertensión esencial y glaucoma en el ojo derecho, además aduce que no cuenta con capacidad económica².

2. El actor afirma que para el 1° de abril de 1994, momento en el que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, tenía 53 años de edad y cuando fue expedido el Acto Legislativo 01 de 2005, había cotizado más de 750 semanas al Sistema de Seguridad Social en Pensiones. En consecuencia, señala que es beneficiario del régimen de transición y reclama la aplicación de la Ley 71 de 1988 para el reconocimiento de la pensión de vejez.

3. El accionante hizo aportes a pensiones, de forma intermitente, en el periodo comprendido entre el 16 de diciembre de 1961 y el 30 de abril de 2008.

4. El 13 de noviembre de 2012 el actor elevó petición ante COLPENSIONES en la que solicitó que se emitiera la liquidación de las cotizaciones correspondientes a los meses de noviembre y diciembre de 1985, y enero, febrero, marzo, abril, mayo y junio de 1986, durante los que, adujo, trabajó para la empresa J.R. Cia. Ltda., quien se abstuvo de hacer los aportes a pensión.

5. Como respuesta a dicha petición, la entidad accionada indicó que para el trámite de recuperación de las semanas se requerían diversos documentos, entre los que incluyó una certificación expedida por el representante legal o liquidador de la sociedad empleadora, en la que se informara el término de duración de la relación laboral.

6. A través de escrito de 22 de febrero de 2013, el accionante remitió la mayoría de los documentos solicitados y refirió la imposibilidad de aportar el certificado laboral. En consecuencia, COLPENSIONES lo requirió para que remitiera constancia del fondo de cesantías sobre la fecha de retiro de la empresa en la que trabajó y el salario percibido, con el propósito de establecer el ingreso base de cotización y liquidar los aportes insolutos.

7. En atención a dicha respuesta, el 17 de mayo de 2013, Pedro Pablo Peña formuló acción de tutela contra la Administradora Colombiana de Pensiones en la que solicitó, como medida de protección de su derecho de petición, que se ordenara a la entidad accionada liquidar los aportes referidos en la solicitud inicial.

8. Mediante fallo del 6 de junio de 2013, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cartagena concedió el amparo del derecho previsto en el artículo 23 Superior y le ordenó a la entidad accionada resolver de fondo, la solicitud elevada por el actor el 13 de noviembre de 2012.

9. El 28 de enero de 2015 COLPENSIONES profirió la Resolución GNR18243 en la que denegó el reconocimiento de la pensión de vejez al accionante. En primer lugar, indicó que aquél acreditó 7.014 días de trabajo ante diversos empleadores y como independiente, que corresponden a 1.002 semanas³. En efecto, reconoció los siguientes periodos de cotización:

Periodo

Tiempo de cotización

Desde

Hasta

Días

16-12-1961

24-11-1962

339

01-11-1969

30-04-1970

181

01-08-1970

30-07-1983

4747

13-06-1985

31-10-1985

141

19-01-1989

04-09-1990

586

21-04-1992

178

23-02-1994

31-05-1994

98

24-11-1994

31-12-1994

38

01-01-1995

25-01-1995

25

01-02-1995

29-05-1995

119

01-06-1995

29-07-1995

59

01-08-1995

29-08-1995

29

01-09-1995

29-09-1995

29

01-10-1995

29-10-1995

29

01-11-1995

29-11-1995

29

01-12-1995

29-12-1995

29

01-01-1996

29-01-1996

29

01-02-1996

29-02-1996

29

01-03-1996

31-03-1996

30

01-05-1996

29-05-1996

29

01-06-1996

30-06-1996

30

01-03-2006

31-03-2006

30

01-06-2006

30

01-10-2006

31-10-2006

30

01-01-2008

30-04-2008

120

Luego destacó la fecha de nacimiento del actor -27 de marzo de 1941- y precisó que es beneficiario del régimen de transición, razón por la que emprendió el análisis del cumplimiento de los requisitos para el acceso a la pensión de vejez bajo los regímenes anteriores y el posterior a la Ley 100 de 1993, en el que concluyó que el accionante:

i. Cumple el requisito de edad, pero no el de tiempo de cotización previsto en el Acuerdo 049

de 1990, ya que no cuenta con 500 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad o un total de 1000 semanas, en cualquier tiempo, cotizadas exclusivamente al ISS.

ii. Cumple el requisito de edad, pero no el de cotización previsto en la Ley 33 de 1985, pues no cuenta con 20 años de servicios públicos, que equivalen a 1029 semanas.

iii. Cumple el requisito de edad, pero no el número de semanas de cotización previsto en la Ley 71 de 1988, pues no acreditó 20 años de aportes que corresponden a 1029 semanas.

iv. Cumple el requisito de edad, pero no el de cotización establecido en la Ley 797 de 2003, ya que no acreditó el número de semanas de acuerdo con el incremento anual previsto en el artículo 9 ibídem.

Finalmente, la entidad administradora de pensiones reiteró la necesidad de contar con los documentos que permitan establecer la duración de la relación laboral con J.R. Cia. Ltda. para adelantar el proceso de recuperación de semanas.

10. Contra dicha decisión el actor formuló recurso de reposición y, en subsidio, de apelación, los cuales se resolvieron en las Resoluciones GNR166476 de 4 de junio de 2015 y VPB57749 de 21 de agosto de 2015, respectivamente, en las que se mantuvo la decisión adoptada inicialmente.

11. El 24 de febrero de 2016, Pedro Pablo Peña formuló nueva acción de tutela en contra de COLPENSIONES con el propósito de que se le ordene a esta entidad que contabilice el periodo comprendido entre noviembre de 1985 y junio de 1986 para efectos de completar 1029 semanas de cotización y, en consecuencia, reconozca y pague la pensión de jubilación a la que asegura tener derecho, así como las mesadas retroactivas correspondientes.

B. Actuaciones en sede de tutela

La entidad accionada guardó silencio frente a la solicitud de amparo.

C. Decisiones objeto de revisión

Fallo de primera instancia

El 10 de marzo de 2016⁵, el Juzgado 4º Laboral del Circuito de Cartagena denegó el amparo solicitado, por considerar que la acción de tutela no cumple el presupuesto de subsidiariedad. En particular, el juez indicó que de los hechos narrados en el escrito de tutela se advierte una controversia en cuanto a la contabilización de semanas y el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez bajo las condiciones establecidas en los regímenes previos a la Ley 100 de 1993, la cual debe dilucidarse por el juez natural y a través de los mecanismos ordinarios establecidos para el efecto.

La impugnación

El 11 de marzo de 2016, el accionante, a través de apoderado, impugnó el fallo de primera instancia sin exponer los argumentos de su disconformidad.

Fallo de segunda instancia

Mediante sentencia del 13 de abril de 2016⁶, la Sala Quinta Laboral de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena confirmó el fallo de primera instancia. Particularmente, el ad-quem refirió el carácter subsidiario de la acción de tutela y su procedencia excepcional cuando los mecanismos ordinarios de defensa no resulten idóneos para la protección de los derechos aparentemente conculcados o como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

En concordancia con el presupuesto de subsidiariedad, el juez destacó que el actor cuenta

con una vía ordinaria de defensa judicial, a través de la que debe plantear sus pretensiones y en la que se debe establecer si le asiste derecho a la prestación social que reclama en sede de tutela. Asimismo indicó que, aunque el accionante demostró algunas dificultades de salud, no está comprobada la configuración de un perjuicio irremediable, que obligue a adoptar medidas urgentes de protección.

D. Actuaciones en sede de revisión

La Administradora Colombiana de Pensiones remitió escrito en el que indicó, con base en los mismos argumentos expuestos en las Resoluciones en las que denegó el reconocimiento de la pensión de vejez a Pedro Pablo Peña Villamil, que éste es beneficiario del régimen de transición, pero no cumple los requisitos para acceder a la pensión de vejez, y que la acción de tutela es improcedente por el incumplimiento del presupuesto de subsidiariedad.

II. CONSIDERACIONES

Competencia

1.- Corresponde a la Corte Constitucional analizar, en Sala de Revisión, la sentencia proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Asunto objeto de revisión y problema jurídico

2.- Como se indicó en el acápite de hechos, el señor Pedro Pablo Peña Villamil presentó acción de tutela por considerar que COLPENSIONES vulneró sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas, a la igualdad, al debido proceso y a la salud, al negarle el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, bajo el argumento de que no cumple con el requisito de cotización establecido en cada uno de los regímenes previos a la Ley 100 de 1993 y el previsto en esta norma con las modificaciones

efectuadas por la Ley 797 de 2003.

En particular, el actor señaló que como beneficiario del régimen de transición la determinación de las condiciones para el acceso a la pensión de jubilación debe regirse por el artículo 7º de la Ley 71 de 1988, que exige 20 años de cotización y permite la acumulación de los aportes efectuados a las entidades de previsión social del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y al Instituto de los Seguros Sociales. Asimismo sostuvo que para tener por cumplido el tiempo de cotización, que corresponde a 1029 semanas, deben sumarse a las 1002 semanas reconocidas por la entidad accionada, las del periodo comprendido entre noviembre de 1985 y junio de 1986 durante el cual trabajó, pero su empleador J.R. Cia. Ltda. no efectuó las cotizaciones correspondientes.

3.- Del escrito de tutela se advierte que para el actor la vulneración de sus derechos fundamentales se desprende de la falta de contabilización de 34 semanas respecto de las que su empleador omitió efectuar los aportes correspondientes, pues si éstas fueran tenidas en cuenta, cumpliría el requisito de cotización de 20 años previsto en el artículo 7º de la Ley 71 de 1988.

4.- No obstante la específica denuncia de la acción de tutela, relacionada con la falta de contabilización de las semanas referidas, la Sala advierte otras circunstancias que son relevantes para establecer el eventual derecho a la pensión de vejez y la posible afectación de los derechos fundamentales del peticionario con ocasión de la denegación del reconocimiento de esa prestación.

La situación del accionante no sólo presenta la omisión planteada en el escrito de tutela, relacionada con la falta de contabilización de semanas para cumplir el requisito de 20 años de cotización exigido en la Ley 71 de 1988, también revela una circunstancia más evidente que corresponde a la aparente falta de aplicación del principio de favorabilidad en la determinación del cumplimiento del requisito de cotización previsto en el Acuerdo 049 de 1990.

En consecuencia, resulta claro que el presente caso puede ser estudiado al menos desde dos perspectivas diferentes: la primera, desde la contabilización de semanas trabajadas por el actor, pero que no fueron cotizadas por el empleador y, la segunda, desde la aplicación del principio de favorabilidad en la verificación del tiempo de cotización previsto en el Acuerdo 049 de 1990. Frente a esas posibilidades se advierte que el análisis del asunto desde el escrito de tutela presentado, es decir la primera perspectiva, requiere establecer una circunstancia adicional a las que ya fueron reconocidas en su caso, particularmente que están acreditadas 34 semanas de cotización adicionales para así cumplir el requisito de 1029 semanas.

De otra parte, el análisis de la vulneración de los derechos del actor desde la segunda perspectiva, es decir desde la aparente falta de aplicación del principio de favorabilidad en el estudio del requisito de exclusividad del tiempo de cotización, 1000 semanas, establecido en el Acuerdo 049 de 1990, no exige la acreditación de circunstancias adicionales a las que ya fueron reconocidas por la Administradora Colombiana de Pensiones.

Bajo el panorama descrito se advierten por los menos dos formas de abordar el estudio de la afectación de los derechos denunciada en la acción de tutela, en la primera es necesaria una actividad probatoria dirigida a establecer que el actor trabajó más tiempo del que fue reconocido por la entidad accionada y, en la segunda resultan suficientes las circunstancias acreditadas y reconocidas por COLPENSIONES. En consecuencia, la Sala adelantará el análisis de la vulneración de los derechos fundamentales del accionante desde la hipótesis en la que, en principio, resulta más clara; puede establecerse con circunstancias acreditadas en el trámite y representa la situación más favorable, la cual determina la formulación del problema jurídico en los siguientes términos:

¿COLPENSIONES vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital del accionante al negarle el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, bajo el argumento de que no cumple con el tiempo de cotización exigido en el Acuerdo 049 de 1990, a pesar de que acreditó la cotización de 1002 semanas?

Para resolver la cuestión planteada, es necesario abordar el análisis de los siguientes temas: (i) la subsidiariedad e inmediatez como requisitos de procedencia de la acción de tutela; (ii) el derecho constitucional a la seguridad social y su relación con el derecho fundamental al mínimo vital; (iii) el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y su alcance de acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005; (iv) los requisitos para acceder a la pensión de vejez bajo el régimen del Decreto 758 de 1990 (Acuerdo 049 de 1990); (v) las reglas para el reconocimiento retroactivo de la pensión y (vi) el análisis del caso concreto.

Examen de procedencia de la acción de tutela

5.- El principio de subsidiariedad, contenido en el artículo 86 de la Constitución Política implica que por regla general no puede utilizarse la acción de tutela para el reconocimiento y pago de derechos pensionales, al existir mecanismos judiciales ordinarios, con los que pueden debatirse los asuntos derivados del litigio pensional.

Sin embargo y como regla exceptiva, la procedencia de la acción de tutela en estos casos, cuando existen otros medios de defensa judicial, se sujeta a las siguientes reglas: (i) procede como mecanismo transitorio, cuando a pesar de la existencia de un medio ordinario de defensa, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme a la especial situación del peticionario⁸; (ii) procede la tutela como mecanismo definitivo cuando el medio ordinario dispuesto para resolver las controversias, no es idóneo y eficaz, conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia⁹. Además, (iii) cuando la acción de tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional, como los niños y niñas, mujeres cabeza de familia, personas en condición de discapacidad, personas de la tercera edad, entre otros. El examen de procedibilidad de la acción de tutela es menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos¹⁰.

Reglas sobre el requisito de inmediatez para el reconocimiento de derechos pensionales.
Reiteración de jurisprudencia

6.- Esta Corporación ha señalado que uno de los principios que rigen la procedencia de la acción de tutela es la inmediatez. De manera que a pesar de que la solicitud de amparo puede formularse en cualquier tiempo, es decir, no tiene término de caducidad¹¹, su

interposición debe hacerse dentro un plazo razonable, oportuno y justo¹², bajo el entendido de que su razón de ser es la protección inmediata y urgente de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados.

No obstante, existen eventos en los que prima facie puede considerarse que la acción de tutela no cumple dicho presupuesto y en consecuencia es improcedente, pues ha transcurrido demasiado tiempo entre la vulneración de los derechos fundamentales y la presentación de la solicitud de amparo.

En estos casos, el juez de tutela debe valorar el cumplimiento del requisito de inmediatez frente a las circunstancias particulares acreditadas en el trámite constitucional con base en los siguientes criterios reconocidos por la jurisprudencia constitucional¹³: (i) la existencia de razones válidas y justificadas de la inactividad procesal, como podrían ser la ocurrencia de un suceso de fuerza mayor o caso fortuito, la incapacidad o imposibilidad del actor para formular la solicitud de amparo en un término razonable, la ocurrencia de un hecho nuevo¹⁴, entre otros; (ii) cuando la vulneración de los derechos fundamentales es continua y actual; y (iii) cuando la carga de la interposición de la solicitud de amparo en un determinado plazo resulta, de una parte, desproporcionada debido a la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentra el accionante, y de otra, contraria a la obligación de trato preferente conforme al artículo 13 Superior.

7.- Estas reglas jurisprudenciales, han sido observadas y reiteradas por la Corte en diferentes pronunciamientos, que constituyen la jurisprudencia en vigor sobre la materia¹⁵. En concordancia con lo anterior, la Sala también destaca en esta oportunidad la inmediatez como presupuesto de procedencia de la acción de tutela, derivado de su previsión en el artículo 86 Superior. Asimismo insiste en la necesidad de que el cumplimiento de ese requisito se estudie por el juez constitucional de acuerdo con las circunstancias del caso concreto.

El derecho constitucional a la seguridad social y su relación con el derecho fundamental al mínimo vital. Reiteración de jurisprudencia

8.- La Corte Constitucional ha definido la naturaleza del derecho a la seguridad social, con fundamento en el artículo 48 Superior, al establecer que se debe garantizar a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social¹⁶ y en especial los derechos

pensionales.

En efecto, como se indicó en la sentencia T-250 de 2015¹⁷, el amparo de los derechos sociales fue admitido por esta Corporación desde el año 1992¹⁸, inicialmente bajo la tesis de la “conexidad”, al demostrarse un nexo inescindible entre el derecho social y un derecho fundamental¹⁹. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional abandonó el análisis del carácter fundamental de los derechos sociales a partir de argumentaciones ajenas a la naturaleza propia del derecho como lo proponía la tesis de la conexidad²⁰, para afirmar que todos los derechos constitucionales son fundamentales, y aquellos que tienen una faceta esencialmente prestacional son susceptibles de protegerse por vía de tutela, una vez se han definido por el Legislador o la administración en los distintos niveles, las prestaciones debidas de forma clara y precisa, de manera que constituyan derechos subjetivos de aplicación directa²¹.

En materia del derecho a la seguridad social, este Tribunal estableció que:

“(…) una vez ha sido provista la estructura básica sobre la cual ha de descansar el sistema de seguridad social, lo cual, además de los elementos ya anotados –prestaciones y autoridades responsables-; a su vez supone el establecimiento de una ecuación constante de asignación de recursos en la cual están llamados a participar los beneficiarios del sistema y el Estado como último responsable de su efectiva prestación; la seguridad social adquiere el carácter de derecho fundamental, lo cual hace procedente su exigibilidad por vía de tutela (…)”²²

9.- La relevancia del derecho a la seguridad social también ha sido reconocida en diversos instrumentos internacionales, en los que se ha destacado su impacto en la consecución y realización de las demás garantías. Por ejemplo, en el sistema universal de protección de derechos humanos, el artículo 9º del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), consagra el derecho a la seguridad social, de vital importancia para: “(...) garantizar a todas las personas su dignidad humana cuando hacen frente a circunstancias que les privan de su capacidad para ejercer plenamente los derechos reconocidos en el Pacto”²³.

Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre²⁴, en el artículo XVI establece el derecho a la seguridad social como la protección “(...) 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.”.

10.- En conclusión, aunque es claro el carácter fundamental del derecho a la seguridad social (en particular el derecho a la pensión), es innegable la relación que existe entre éste y el derecho fundamental al mínimo vital, más aún, cuando se trata de personas que se encuentran en estado de indefensión, y son destinatarias de una especial protección constitucional.

Reglas sobre el acceso al régimen de transición en pensiones establecido en la Ley 100 de 1993 y su vigencia. Reiteración de jurisprudencia

11.- Con la creación del Sistema General de Pensiones regulado en la Ley 100 de 1993, el Legislador consagró un régimen de transición en aras de proteger las expectativas legítimas de los trabajadores afiliados al régimen de prima media, que estaban próximos a adquirir la pensión de vejez con los requisitos de monto, edad y tiempo de cotización en el régimen anterior, al momento de entrada en vigencia del sistema general de pensiones, es decir a partir del 1º de abril de 1994.

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establece 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 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.”.

12.- En particular sobre la aplicabilidad del régimen de transición, en la sentencia T-893 de 201325, la Corte reiteró las reglas fijadas por este Tribunal en varias ocasiones²⁶ y estableció que el artículo 36 de dicha normativa dispuso: (i) en qué consiste el régimen de transición; (ii) la categoría de los trabajadores que pueden acceder a él; y (iii) las circunstancias por las que se pierde el beneficio consagrado en tal régimen.

En la providencia anteriormente referida, la Corte estableció que el régimen de transición “prevé como beneficio para acceder a la pensión de vejez, que la edad, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la misma, sea la establecida en el régimen anterior al cual se encuentre afiliado el trabajador”. Asimismo, indicó que dicho beneficio está dirigido a 3 categorías de trabajadores:

i. Mujeres con treinta y cinco (35) o más años de edad al 1º de abril de 1994.

i. Hombres con cuarenta (40) o más años de edad al 1º de abril de 1994.

i. Hombres y mujeres que independientemente de la edad, acrediten quince (15) años o más de servicios cotizados al 1º de abril de 1994.

Con fundamento en lo anterior, la providencia citada concluyó lo siguiente:

“Conforme con lo anterior, para ser beneficiario o sujeto del régimen de transición pensional y así quedar exento de la aplicación de la Ley 100/93 en lo referente a la edad, el tiempo y el monto de la pensión de vejez, no se requiere cumplir paralelamente el requisito de edad y el de tiempo de servicios cotizados, sino tan solo uno de ellos, pues la redacción disyuntiva de la norma así lo sugiere.” (Negrilla fuera del texto original).

13.- Por otra parte, en el Acto Legislativo 01 de 2005²⁷, el Constituyente consagró un límite temporal para la aplicación del régimen de transición en materia de pensiones, así:

14.- En diferentes oportunidades, este Tribunal ha establecido que la expresión “hasta el año 2014” implica que la vigencia del régimen de transición se extendería hasta el 31 de diciembre de 2014. Esta interpretación ha sido referida por esta Corporación de forma invariable²⁸ y se ha reconocido por otros tribunales y autoridades públicas. En efecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 29 de noviembre de

201129, indicó que si una persona tenía al menos 750 semanas cotizadas en el momento de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005³⁰, el régimen de transición para pensionarse con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, se mantendría hasta el 31 de diciembre de 2014³¹.

15.- Ahora bien, con el fin de dar un mayor entendimiento del contenido y alcance del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la Sala considera necesario abordar la doctrina constitucional acerca de los derechos adquiridos, las meras expectativas y las expectativas legítimas en materia de pensiones que ha desarrollado este Tribunal.

De acuerdo con lo establecido en la Sentencia SU-130 de 2013³², al analizar varios casos en los que era necesario determinar si los accionantes eran beneficiarios del régimen de transición para obtener su pensión de vejez, esta Corporación indicó que los derechos adquiridos se configuran a partir de situaciones jurídicas individuales que ya han sido definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley, y en consecuencia pertenecen al patrimonio de una persona. Por otra parte, estableció que las meras expectativas son las probabilidades o esperanzas que tiene una persona de adquirir un derecho en el futuro, si no se produce un cambio importante en el ordenamiento jurídico.³³

La sentencia C-789 de 2002³⁴ determinó que a pesar de que en los casos de meras expectativas es inaplicable la prohibición de regresividad, ello no significa que éstas queden desprotegidas, toda vez que cualquier tránsito legislativo debe estar acorde a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y confianza legítima. De acuerdo con lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha establecido que se debe proteger la creencia de una persona de que la regulación que le otorga un derecho seguirá vigente dentro del ordenamiento jurídico. En este sentido, entre más cerca se esté de acceder al goce efectivo de un derecho, mayor es la legitimidad de su expectativa de obtenerlo.

En esa oportunidad, la Corte también desarrolló el concepto de expectativa legítima que hace referencia a la aplicación del principio de no regresividad a las aspiraciones pensionales de los trabajadores, cuando existe un cambio radical en el ordenamiento jurídico que pueda afectar sus derechos, y luego, en sentencia C-663 de 2007³⁵ definió el concepto como “(...) una probabilidad cierta de consolidación futura del correspondiente derecho, si se mantienen

las condiciones establecidas en una ley determinada.”

En particular sobre los regímenes de transición, la providencia anteriormente referida y reiterada por la sentencia C-228 de 2011³⁶, estableció que éstos: (i) recaen sobre expectativas legítimas y no sobre derechos adquiridos; (ii) su fundamento es salvaguardar las aspiraciones de las personas que están cerca de acceder a un derecho específico de conformidad con el régimen anterior; y (iii) su propósito es el de evitar que la subrogación, derogación o modificación del régimen anterior, impacte en exceso las aspiraciones válidas de los asociados.

16.- Con fundamento en lo expuesto, la Sala concluye que: (i) existen 3 condiciones para acceder al régimen de transición: tener 35 años o más de edad para las mujeres, tener 40 o más años para los hombres o 15 años o más cotizados al sistema, las cuales deben estar cumplidas al 1º de abril de 1994; (ii) no se exige cumplir simultáneamente el requisito de edad y el requisito de semanas cotizadas para poder acceder a dicho régimen, y (iii) el acceso al régimen de transición es una expectativa legítima cuando existe una probabilidad de acceder a él bajo la normatividad vigente.

Requisitos para acceder a la pensión de vejez bajo el régimen del Acuerdo 049 de 1990, aprobado en el Decreto 758 de 1990. Reiteración de jurisprudencia

17.- Como ha sido reconocido por este Tribunal, en particular en la sentencia C-177 de 1998³⁷, antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, no existía un sistema integral de pensiones, sino diferentes regímenes que eran administrados por distintas entidades.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, los beneficiarios del régimen de transición tendrían derecho al reconocimiento de su pensión de vejez bajo las condiciones de edad, semanas cotizadas y monto, que estableciera el régimen al que se encontraban afiliados antes de la vigencia de dicha normativa.

18.- El Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, contenía el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones. En relación con los requisitos

para acceder a la pensión de vejez, el artículo 12 de dicha normativa establece lo siguiente:

“Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:

a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,

b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.”

19.- Las condiciones para acceder a la pensión de vejez previstas en el Acuerdo 049 de 1990 han sido reconocidas y reiteradas en diferentes oportunidades por la Corte Constitucional³⁸. Por ejemplo, las sentencias T-021 de 201339 y T-476 de 201340, establecieron que según lo dispuesto en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, para acceder a la pensión de vejez, era necesario acreditar que se contaba con 60 o más años de edad para los hombres, o 55 años para las mujeres y, adicionalmente, demostrar que se habían cotizado como mínimo 500 semanas dentro de los 20 años anteriores a la causación del derecho pensional, o 1000 semanas en cualquier tiempo.

Con fundamento en lo anterior, se concluye que para que una persona se pueda pensionar con las condiciones de monto, edad y tiempo señaladas en el Acuerdo 049 de 1990 debe: (i) tener 60 o más años si es hombre o 55 años de edad si es mujer al momento de solicitar la pensión y (ii) demostrar como mínimo 500 semanas de cotización dentro de los 20 años anteriores a la solicitud o 1000 en cualquier momento.

20- En relación con los mencionados requisitos, la jurisprudencia ha evidenciado una controversia en cuanto a la exclusividad de las cotizaciones exigidas. En efecto, ha advertido que existen dos interpretaciones sobre el presupuesto de cotización, la primera, según la cual las semanas requeridas (500 durante los 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas o 1000 en cualquier momento) deben ser cotizadas de forma exclusiva ante el ISS y, la segunda, que admite la acumulación de semanas cotizadas al ISS y a otras entidades administradoras de pensiones.

La primera de las interpretaciones sobre la exclusividad de las cotizaciones ha sido expuesta por la Administradora Colombiana de Pensiones en el análisis del cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento de pensiones de vejez bajo la reglamentación del Acuerdo 049 de 1990⁴¹. Sin embargo, a través de diversos y reiterados pronunciamientos, esta Corporación ha destacado la prevalencia de la segunda de las interpretaciones, que permite la acumulación de las cotizaciones ante diversas entidades, en atención a: (i) el principio de favorabilidad; (ii) el tenor literal de la norma, pues ésta no refiere la exclusividad de las cotizaciones; (iii) los principios mínimos fundamentales que gobiernan el régimen laboral y que están previstos en el artículo 53 Superior; y (iv) las previsiones del régimen de transición, establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que permiten la acumulación de las cotizaciones efectuadas tanto al Instituto de Seguros Sociales, como a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado.

21.- En la sentencia T-090 de 2009⁴² la Sala Octava de Revisión analizó el caso de un beneficiario del régimen de transición, que trabajó en entidades estatales en las que no realizó aportes al ISS y tuvo una relación laboral con una persona particular, en el marco de la que efectuó los aportes correspondientes al ISS. Frente a esa situación la Sala se enfrentó a las interpretaciones referidas previamente y con base en el principio de favorabilidad privilegió la posibilidad de que se acumularan los periodos trabajados con el Estado y el cotizado directamente al ISS, que le permitía al accionante cumplir el requisito de 1000 semanas establecido en el Acuerdo 049 de 1990.

Con base en esa tesis, concedió el amparo de los derechos a la seguridad social y al mínimo vital invocado por una persona de 67 años que solicitaba la acumulación de las cotizaciones efectuadas ante una caja de previsión social de carácter departamental y al Instituto de Seguros Sociales, en aras de completar el tiempo de 1000 semanas establecido en el Acuerdo 049 de 1990.

De otra parte, en la sentencia SU-769 de 2014⁴⁴ la Sala Plena de esta Corporación estudió la acción de tutela formulada por una persona que contaba con más de 500 semanas de cotización dentro de los 20 años previos al cumplimiento de la edad de acuerdo con la

exigencia del artículo 12 del Decreto 758 de 1990 y a quien se le denegó el reconocimiento de la pensión de vejez porque las cotizaciones no se efectuaron, de forma exclusiva, ante el ISS.

En el análisis del caso, se destacó la previsión de la Ley 100 de 1993 en cuanto a la posibilidad de acumular las cotizaciones efectuadas ante diversas cajas o fondos de previsión social y se reiteró, con base en la jurisprudencia constitucional, que para el reconocimiento de la pensión de vejez “(...) es posible acumular los tiempos de servicios cotizados a las cajas o fondos de previsión social, con las semanas de cotización efectuadas al Instituto de Seguros Sociales, por cuanto la exclusividad en los aportes a esta entidad se trata de un evento no contemplado en el Acuerdo 049 de 1990.”

En síntesis, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en aplicación del principio de favorabilidad y según las exigencias establecidas en el Acuerdo 049 de 1990, ha establecido, de forma reiterada, que es posible la acumulación de las cotizaciones efectuadas al ISS y a otras entidades de seguridad social para la determinación del requisito de cotización exigido en la disposición referida.

El reconocimiento retroactivo de la pensión. Reiteración de jurisprudencia

22.- En la medida en que la pretensión de que se ordene no solo el reconocimiento sino también el pago retroactivo de la pensión es una solicitud usual en sede de tutela, la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que el juez constitucional debe analizar su viabilidad de acuerdo con los presupuestos generales de procedencia de la acción de tutela.

En armonía con lo anterior, se ha indicado que aunada a la concurrencia de esos requisitos es necesario que se acredite: (i) la configuración del derecho pensional; (ii) la afectación al mínimo vital, debido a que la pensión es la única forma de garantizar la subsistencia del accionante y (iii) que por la omisión de la entidad accionada se ha privado al actor de los recursos necesarios para su subsistencia en condiciones dignas desde el momento en el que se causó el derecho pensional⁴⁵.

Con base en todo lo anterior, la Sala procede a resolver el problema jurídico formulado en el asunto de la referencia.

Análisis del caso concreto

Aclaración previa

23.- El artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 establece la actuación temeraria, y señala que cuando la misma acción de tutela se presente por la misma persona ante varios jueces deben decidirse desfavorablemente todas las solicitudes de amparo.

Para establecer la configuración de una actuación temeraria, la jurisprudencia constitucional ha señalado que deben concurrir los siguientes elementos: (i) identidad de partes; (ii) identidad de hechos; (iii) identidad de pretensiones; y (iv) la ausencia de justificación para la presentación de la nueva demanda, vinculada a un actuar doloso y de mala fe por parte del libelista⁴⁶.

En atención a esa previsión del Decreto 2591 de 1991, la Sala advierte que si bien el actor refirió la presentación de una acción de tutela previa, relacionada con la pensión de vejez que motivó la solicitud de amparo que ahora se estudia, no concurren los elementos que configuran la temeridad, pues a pesar de que las dos acciones que formuló se dirigieron en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones las pretensiones planteadas son disímiles.

Como se advierte, las acciones de tutela formuladas por el actor, a pesar de que se dirigieron en contra de la misma entidad, contienen pretensiones diferentes, lo que descarta la temeridad en la tutela objeto de estudio.

La acción de tutela es procedente como mecanismo definitivo para proteger los derechos fundamentales a la seguridad social a la vida digna, y al mínimo vital

24.- De acuerdo con los fundamentos jurisprudenciales expuestos en las consideraciones generales de esta sentencia y con las pruebas que obran en el expediente, la Sala encuentra que en el caso objeto estudio, la acción de tutela es procedente para proteger los derechos

fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital del accionante.

25.- En primer lugar, se advierte la legitimación en la causa por activa, pues la petición de amparo se elevó por Pedro Pablo Peña Villamil, quien es el titular de los derechos fundamentales que, aduce, fueron vulnerados y cuya protección se invoca.

26.- También concurre la legitimación en la causa por pasiva, ya que la acción se dirigió contra la Administradora Colombiana de Pensiones, que es la entidad a la que se le atribuye la afectación de los derechos del actor como consecuencia de la decisión de no reconocerle la pensión de vejez y que plasmó en las Resoluciones GNR18243 de 28 de enero de 2015, GNR166476 de 4 de junio de 2015 y VPB57749 de 21 de agosto de 2015.

27.- De otra parte, se comprueba el cumplimiento del requisito de inmediatez, ya que el accionante formuló la solicitud de amparo transcurridos tres meses desde el momento en el que se le notificó la Resolución VPB57749 de 21 de agosto de 2015, a través de la que se resolvió el recurso de apelación que incoó en contra del acto administrativo proferido el 28 de enero de 2015, en el que se denegó el reconocimiento de la pensión de vejez y del que, en su concepto, se desprende la afectación de sus derechos fundamentales.

28.- Finalmente, frente al presupuesto de subsidiariedad hay que señalar que tal y como lo analizaron los jueces de instancia, el actor no agotó las vías ordinarias para solicitar el reconocimiento de la prestación pensional, particularmente el medio judicial que corresponde al proceso ordinario laboral, de conformidad con lo establecido en el numeral 4º del artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, pues es claro que la jurisdicción ordinaria es la competente para resolver las controversias relativas al reconocimiento de las prestaciones de seguridad social.

No obstante, la Sala encuentra, en primer lugar, que en el caso objeto de estudio, el proceso ordinario laboral no aparece como una vía idónea y eficaz para conseguir el amparo inmediato de los derechos que se invocan en esta oportunidad porque el actor cuenta con 75 años, refiere diversos problemas de salud, tales como hipertensión esencial, glaucoma en ojo derecho y trastorno del inicio y mantenimiento del sueño 47, y carece de ingresos.

En efecto, el actor indicó en el escrito de tutela que no cuenta con capacidad económica, y la base de datos del Fondo de Solidaridad y Garantía en Salud evidencia que el 31 de julio de 200848 se desafilió como cotizante del Sistema de Seguridad Social, fecha que corresponde al momento en el que dejó de efectuar aportes a pensiones.

Asimismo se advierte que los jueces de tutela que denegaron la solicitud de amparo en aras de que el asunto fuera conocido por los “jueces naturales” son jueces laborales, quienes contaban con los conocimientos especializados y elementos necesarios para adelantar el análisis del asunto con solvencia, particularmente establecer la posible vulneración de los derechos del actor como consecuencia de la falta de reconocimiento de la pensión de vejez y determinar la viabilidad de la prestación reclamada.

29.- En esta oportunidad se advierte que el accionante es un sujeto que merece especial protección constitucional por su avanzada edad, por la falta de capacidad económica, la cual refirió en el escrito de tutela y no fue desvirtuada por la entidad accionada, y por su estado de salud, circunstancias que, en conjunto, le restan idoneidad al mecanismo ordinario para la protección de sus derechos. En efecto, exigirle acudir a la jurisdicción ordinaria para solicitar la protección de sus derechos fundamentales lo llevaría a una situación más gravosa.

Aunque existe un procedimiento ordinario laboral para resolver la controversia planteada por el demandante, dicho mecanismo judicial no resulta eficaz para proteger de forma inmediata los derechos fundamentales del peticionario, por lo que se hace necesaria la intervención del juez constitucional.

De conformidad con lo expuesto, en caso de que se compruebe que al actor debe reconocérsele la pensión solicitada, la acción de tutela se concederá como mecanismo definitivo para proteger los derechos fundamentales invocados. Lo anterior debido a que, por las condiciones particulares referidas previamente, se advierte la necesidad de adoptar medidas urgentes para que pueda acceder a la pensión de vejez.

En consecuencia, si el análisis de fondo se supera, se concederá el amparo constitucional solicitado por el señor Pedro Pablo Peña Villamil como mecanismo definitivo, con el fin de que se protejan sus derechos fundamentales de forma inmediata, sin que tenga que acudir a la

jurisdicción ordinaria para solicitar el reconocimiento de la prestación social requerida a través de la acción de tutela.

La vulneración de los derechos a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital por el desconocimiento de los precedentes constitucionales sobre la verificación de los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez bajo las reglas establecidas en el Acuerdo 049 de 1990

30.- Para la determinación de la posible vulneración de los derechos fundamentales del actor, lo primero que destaca la Sala es que, tal y como lo indicó la Administradora Colombiana de Pensiones en las resoluciones en las que estudió la solicitud de reconocimiento pensional elevada por el accionante, éste es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dado que: (i) para el 1º de abril de 1994, momento de entrada en vigencia del Sistema de Seguridad Social Integral, contaba con más de 40 años, y (ii) para el 29 de julio de 2005⁴⁹, momento de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, contaba con más de 750 semanas cotización.

Como consecuencia de lo anterior, la verificación de las condiciones para acceder a la pensión de vejez se debe adelantar con fundamento en las previsiones de los regímenes anteriores a los de la Ley 100 de 1993, a los cuales se encontraba afiliado el accionante.

En atención a esa circunstancia, la entidad accionada emprendió la verificación de los requisitos bajo los parámetros de los regímenes previos a la Ley 100 de 1993, de forma particular el establecido en el Acuerdo 049 de 1990, respecto del que no encontró acreditada la exclusividad en las cotizaciones al ISS; y los correspondientes a las Leyes 33 de 1985 y 71 de 1988, frente a los que no encontró probado el tiempo de cotización de 1029 semanas.

Como quiera que ese fue el análisis que adelantó la entidad accionada para establecer el derecho a la pensión de vejez de Pedro Pablo Peña Villamil, éste indicó en el escrito de tutela que: (i) el estudio de su solicitud debía efectuarse conforme a las previsiones de la Ley 71 de 1998, que permite la acumulación de las cotizaciones realizadas ante diversas cajas de previsión social y el ISS, y (ii) la vulneración de sus derechos se desprendía de la falta de contabilización de 34 semanas adicionales y con las que completaría las 1029 semanas de cotización que exige el artículo 7º ibídem.

31.- No obstante la específica censura formulada por el actor, lo cierto es que la labor del juez de tutela, dirigida a la protección y el restablecimiento de los derechos fundamentales de los asociados, y las múltiples facultades con las que cuenta para ese propósito, le permiten a la Sala estudiar la solicitud de amparo desde la perspectiva que considere más apropiada para la protección de los derechos cuya afectación advierta. En consecuencia, tal y como se indicó en la presentación del problema jurídico, la posible vulneración de los derechos invocados por el accionante por la falta de reconocimiento de la pensión de vejez se analizará a partir de la hipótesis en la que resulta más favorable, esto es, desde la verificación de los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990.

La orientación de ese estudio de la solicitud en sede de revisión se justifica porque con las circunstancias que ya fueron reconocidas por COLPENSIONES en la Resolución GNR18243 de 28 de enero de 2015, es decir que el actor: (i) es beneficiario del régimen de transición; (ii) cuenta con más de 60 años; y (iii) acreditó 1002 semanas cotizadas, se advierte el cumplimiento de los presupuestos para la concesión de la pensión de vejez previstos en el Acuerdo 049 de 1990 y la vulneración de los derechos fundamentales del accionante por la falta de reconocimiento de dicha prestación social en las circunstancias que refiere, particularmente su avanzada edad, la falta de capacidad económica y su estado de salud.

En efecto, es destacable que el primer estudio que emprendió la entidad accionada en la Resolución GNR18243 de 28 de enero de 2015 fue la verificación de los requisitos establecidos en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, que corresponden a 60 años de edad o más en el caso de los hombres, y 500 semanas de cotización durante los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, o 1000 semanas en cualquier tiempo, en el que concluyó que no se cumplían dichas condiciones porque las cotizaciones acreditadas no se efectuaron, de forma exclusiva, ante el Instituto de Seguros Sociales.

De manera que verificados los requisitos de edad y tiempo de cotización establecidos en la disposición regente, la entidad accionada se abstuvo de reconocer la pensión de vejez con fundamento en una condición que no se desprende de los términos en los que está redactada la norma y que la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, referida en el fundamento jurídico número 22 de esta sentencia, ha descartado con base en el principio de

favorabilidad, el tenor literal de la disposición y los principios constitucionales que rigen la seguridad social.

Así las cosas, resulta evidente que la decisión de no reconocer la pensión de vejez a Pedro Pablo Peña Villamil plasmada inicialmente en la Resolución GNR18243 de 28 de enero de 2015, y confirmada en las resoluciones GNR166476 de 4 de junio de 2015 y VPB57749 de 21 de agosto de 2015, transgredió sus derechos, pues se trató de la denegación de una prestación social a la que tiene derecho y que es necesaria para la preservación de su vida en condiciones dignas, fundada en un requisito que no está previsto en la norma regente y respecto del que se ha pronunciado en diversas oportunidades la jurisprudencia constitucional.

32.- En consecuencia, se concederá el amparo constitucional definitivo de los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital del actor, vulnerados por COLPENSIONES al negarle el reconocimiento de la pensión de vejez por no cumplir con la cotización exclusiva al ISS, a pesar de que el Acuerdo 049 de 1990 no establece esa condición y de que estaban acreditados los requisitos que sí estaban previstos en dicha norma.

33.- De otra parte, esta Sala de Revisión, ordenará el pago de los retroactivos a que haya lugar, tal y como fue solicitado en la petición de amparo al constatarse, de acuerdo con las exigencias de la jurisprudencia constitucional: (i) el derecho pensional, puesto que se acreditó en el presente caso que el accionante si cumplía con los requisitos necesarios para acceder a la pensión de vejez según lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, (ii) que la negativa a reconocer el derecho por parte de la entidad demandada fue claramente arbitraria, y (iii) que la falta de pago de los retroactivos al actor afecta su mínimo vital, por su avanzada edad y falta de capacidad económica.

En efecto, la Sala comprueba que la entidad accionada incurrió en una conducta antijurídica que afectó los derechos fundamentales del accionante, debido a que los medios económicos necesarios para su subsistencia han estado ausentes, por cuenta de la injustificada omisión de COLPENSIONES para reconocer su pensión de vejez.

Así las cosas, la accionada deberá pagar al actor los retroactivos que no hayan prescrito para su cobro, pues, como se ha advertido previamente, la negativa de la entidad a otorgar el derecho reclamado y el paso del tiempo, no se debe a la negligencia del afiliado, quien, fue diligente en la reclamación de su derecho, sino que la imposibilidad de acceder a la prestación acaeció por el actuar antijurídico, y arbitrario de COLPENSIONES.

34.- Con fundamento en lo expuesto, es preciso concluir que la acción de tutela es procedente como mecanismo definitivo para proteger los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital del accionante, debido a que se encuentra en condición de vulnerabilidad por su edad, estado de salud y situación económica.

35.- Se reitera que el amparo constitucional procederá como mecanismo definitivo, ya que de las pruebas del expediente se evidencia que exigirle al actor acudir a la jurisdicción ordinaria para solicitar la protección de sus derechos fundamentales, constituiría una carga desproporcionada, en atención a su edad, condiciones de salud y situación económica, que le impiden agotar los mecanismos judiciales idóneos para resolver la controversia estudiada en esta oportunidad.

36.- Asimismo, la Sala concluye que COLPENSIONES vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital del accionante al negarle el reconocimiento de su pensión de vejez con base en el requisito de cotización exclusiva al ISS, el cual no está previsto en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 y sobre el que se ha pronunciado la jurisprudencia constitucional para descartar su regencia.

37.- También se comprobó que los medios económicos para la subsistencia del actor en condiciones dignas han estado ausentes por la injustificada omisión de la entidad accionada, lo que justifica el reconocimiento retroactivo de la pensión.

38.- Finalmente se advierte que aunque la vulneración de los derechos del accionante se analizó desde la aplicación del principio de favorabilidad en la verificación de los requisitos previstos en el Acuerdo 049 de 1990 y no existen elementos de prueba que demuestren que el actor trabajó en el periodo comprendido entre noviembre de 1985 y junio de 1986, la Sala considera pertinente recordar que, según lo ha establecido de forma reiterada la jurisprudencia constitucional⁵⁰, las entidades administradoras de pensiones cuentan con diversas herramientas para adelantar los cobros de los aportes, razón por la que la falta de

pago, por parte del empleador, no constituye motivo suficiente para negar el reconocimiento de la pensión de vejez.

39.- Por las anteriores razones, la Sala revocará la sentencia de segunda instancia, proferida el 13 de abril de 2016 por la Sala Quinta Laboral de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, que confirmó el fallo emitido el 10 de marzo de 2016, por el Juzgado 4º Laboral del Circuito de la misma ciudad, y en su lugar concederá el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital del señor Pedro Pablo Peña Villamil. En consecuencia, se ordenará a COLPENSIONES que dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del presente fallo, reconozca y pague la pensión de vejez solicitada por el accionante, así como los retroactivos que no hayan prescrito para su cobro.

III.- DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia de segunda instancia, proferida el 13 de abril de 2016 por la Sala Quinta Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, que confirmó el fallo emitido el 10 de marzo de 2016, por el Juzgado 4º Laboral del Circuito de la misma ciudad. En su lugar CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital del señor Pedro Pablo Peña Villamil.

SEGUNDO.- En consecuencia, ORDENAR a COLPENSIONES, que dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del presente fallo, reconozca y pague la pensión de vejez solicitada por el accionante.

TERCERO.- ORDENAR a COLPENSIONES, que dentro de los quince (15) días siguientes a la

notificación del presente fallo, reconozca y pague los retroactivos que no hayan prescrito para su cobro.

CUARTO.- Por Secretaría General líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

AQUILES ARRIETA GÓMEZ

Magistrado (E)

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Confirmada a través de las resoluciones GNR166476 y VPB57749 de 4 de junio y 21 de agosto de 2015.

2 De acuerdo con el reporte emitido por el Fondo de Solidaridad y Garantía en Salud, consultado el 29 de noviembre de 2016, el accionante se desafilió como cotizante del Sistema de Seguridad Social desde el 31 de julio de 2008, fecha que coincide con la última cotización que reporta la historia laboral y con su condición actual de beneficiario en el régimen especial del magisterio que acredita la historia clínica obrante en los folios 71-72 del cuaderno 1.

La consulta en el FOSYGA se realizó a través de la página web <http://www.fosyga.gov.co/Aplicaciones/InternetBDUA/Pages/RespuestaConsulta.aspx?tokenId=8/7Z>

9FmepV0= e

3 De acuerdo con las consideraciones de la Resolución GNR18243 del 28 de enero de 2015. Folio 13-15, cuaderno 1.

4 Folio 74, cuaderno principal.

5 Fallo de tutela proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cartagena. Folio 76-78, cuaderno principal.

6Folios 10-14, cuaderno segunda instancia.

7 En especial se reitera la sentencia T-956 de 2014, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

8 Sentencias T-800 de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-859 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas.

9 Sentencias T-800 de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio., T-436 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas, y T-108 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil, entre otras.

10 Sentencias T-328 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-456 de 2004 M.P. Jaime Araujo Rentería, y T-789 del 11 de septiembre de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, entre otras.

11 Sentencia T-805 de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, entre otras.

12 Sentencia T-834 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-887 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo.

13 Sentencia T-485 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

14 Sentencias T-1009 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández y T-299 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo.

15 Por ejemplo, en la sentencia T-485 de 2011 MP Luis Ernesto Vargas Silva, este Tribunal expresó que la carga de interposición de la acción de tutela en un determinado tiempo resulta desproporcionada cuando los accionantes son de la tercera edad¹⁵ y se encuentran

en una situación de debilidad manifiesta originada por la precaria situación económica que viven, debido a la falta de reconocimiento de la pensión que reclamaban y a su delicado estado médico. En aquella oportunidad se reiteró que la inmediatez no puede alegarse como excusa para eludir la protección constitucional requerida por una persona que sufre serios deterioros en su salud.

16 Sentencia T-021 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

17 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

18 Sentencia T-406 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón.

19 Sentencia T-021 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

20 Sentencia T-859 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

21 Sentencia T-1318 de 2005 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. reiterado en sentencia T-468 de 2007 con ponencia del mismo Magistrado. Ver también sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

22 Ibídem.

23 [Además], “(...) el derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo.”²³ (Negrillas fuera de texto).

25M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Ver sentencias 26C-596 de 1997 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, C-789 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-526 de 2006, M.P. Mauricio González Cuervo, T-651 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, T-879 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-860 de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-476 de 2013 M.P. María Victoria Calle Correa, entre otras.

27 Que modificó el artículo 48 de la Constitución Política.

28 La Corte Constitucional ha referido la misma interpretación de forma invariable, por ejemplo en la sentencia C-258 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, indicó que el régimen de transición en pensiones terminó el 31 de julio de 2010, salvo para las personas que siendo beneficiarias de éste, tuvieran más de 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, a quienes se les extendería hasta el 31 de diciembre 2014.

Asimismo, la sentencia C-418 de 2014 M.P. María Victoria Calle Correa, estableció que la expresión “hasta 2014” contenida en el párrafo 4° del Acto Legislativo 01 de 2005, significa que el régimen de transición sería aplicable hasta el 31 de diciembre de 2014 para los trabajadores que cumplieran con el requisito de tener las 750 semanas de cotización al 29 de julio de 2005.

29 Radicado No. 42839, citada en la Sentencia C-418 de 2014.

30 Radicado No. 110010325000200700054-00, citada en la Sentencia C-418 de 2014.

31 Igualmente, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 6 de abril de 2011³¹, señaló lo siguiente:

“Adicionalmente, el Acto Legislativo No. 1 de 2005 en su párrafo transitorio No. 4 determinó que el régimen de transición no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente de 15 años de servicios al 25 de julio de 2005 –fecha de entrada en vigencia del acto- quienes podrán seguir amparados con la transición hasta el 31 de diciembre de 2014 efectuando de esta manera un desmonte de la transición pensional prevista en la Ley 100 de 1993”. (Subrayado por fuera del texto original).

La Procuraduría General de la Nación se ha manifestado en el mismo sentido.

En efecto, mediante la Circular 048 del 29 de septiembre de 2010, al pronunciarse sobre los oficios No. 177868 de 2010 y 12310 de 2010, proferidos por la Dirección General de Seguridad Económica y Pensiones del Ministerio de la Protección Social y la Dirección General de Seguridad Económica y Pensiones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio Público sostuvo que la vigencia del régimen de transición se extendía hasta el 31

de diciembre de 2014 y no hasta el 31 de diciembre de 2013, tal y como se establecía en dichos oficios.

32M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

33 Esta diferenciación ha sido reconocida por este Tribunal, entre otras, en las sentencias C-147 de 1997 y la C-177 de 2005 en las que ha señalado que con el fin de mantener la seguridad jurídica, la Constitución Política establece el principio de irretroactividad de la ley, que prohíbe el desconocimiento o la modificación de situaciones jurídicas consolidadas bajo un régimen anterior, y esto constituye los derechos adquiridos.

34 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

35 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

36 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

37 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

38 Ver Sentencias T-398 de 2009 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-583 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-093 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, T-637 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva Luis Ernesto Vargas Silva, T-201 de 2012 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, T-360 de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-408 de 2012 M.P. Mauricio González Cuervo.

39 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

40 M.P. María Victoria Calle Correa.

41 En la sentencia T-201 de 2012 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, se refieren los fundamentos de la interpretación de cotización exclusiva:

“i) El Acuerdo N° 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, fue expedido por el consejo nacional de seguros sociales obligatorios, para regulación exclusiva de las prestaciones reconocidas por ese Instituto.

ii) Dicho Acuerdo no establece la posibilidad de acumulación de semanas cotizadas a otras

entidades, pues para ello existían otros regímenes, como la Ley 71 de 1988, que estableció la pensión por aportes (exigiendo para ello 20 años de aportes y las edades de 55 o 60 años, según se ha indicado en razón al sexo).

iii) El requisito de las 500 semanas fue en su momento, un tipo de transición, para que los empleadores privados afiliaran a sus trabajadores más antiguos, a quienes no se había concedido pensión, a fin de que cotizaran en el ISS, por lo menos 10 años, y se les fuera concedida una pensión de jubilación.”

42 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

43M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

44 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

45 En la sentencia T-421 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez se indicó, sobre el último de los presupuestos, que es necesario que se acredite que: “(...) por una conducta antijurídica de la entidad demandada, los medios económicos para vivir han estado ausentes desde el momento en que se causó el derecho hasta la fecha de concesión definitiva del amparo. Estas dos circunstancias hacen que el conflicto que por naturaleza es legal y que posee medios ordinarios para su defensa, mute en uno de índole constitucional, en donde los medios ordinarios se tornan ineficaces para el amparo de los derechos vulnerados o amenazados”

46 Ver entre otras, sentencias: T-568 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-951 de 2005 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-410 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

47 Diagnostico referido en informe de UT Visual de Cartagena (folio 70 cdno principal) e historia clínica (folios 71-72 cdno. principal).

48 Consulta realizada el 6 de 12 de 2016, en la página web del FOSYGA. <http://www.fosyga.gov.co/Aplicaciones/InternetBDUA/Pages/RespuestaConsulta.aspx?tokenId=qXEXmHsnyfk=>

49“Este Acto Legislativo se publicó por primera vez el 25 de julio de 2005 en el Diario Oficial No. 45980 de esa fecha. Sin embargo, en dicha oportunidad hubo un yerro en el encabezado

y en lugar de decir “ACTO LEGISLATIVO” decía “PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO”; igualmente, en la publicación decía entre paréntesis “(segunda vuelta)”. Como consecuencia de lo anterior, se expidió el Decreto 2576 de julio 27 de 2005, que ordenó corregir el error y publicar nuevamente, orden que fue cumplida en el Diario Oficial No. 45984 del 29 de julio de 2005.” Sentencia SU 555 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

50 Ver sentencias T-079 de 2016 MP Luis Ernesto Vargas Silva, T-923 de 2008 MP Mauricio González Cuervo, T-106 de 2006 MP Jaime Córdoba Triviño, entre otras.