

T-069-14

Sentencia T-069/14

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL-Caso en que entidad se niega a afiliar al régimen de pensiones a una persona que se encuentra trabajando porque ya recibió una indemnización sustitutiva por el Seguro Social

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL IRRENUNCIABLE-Reiteración de jurisprudencia

La jurisprudencia de la Corte ha establecido que las garantías relacionadas con el trabajo humano son irrenunciables, y las garantías que rodean los riesgos que cubre el sistema de seguridad social no son la excepción. En este sentido, si se ha establecido que los empleadores deben cumplir con la obligación irrenunciable de afiliar a sus trabajadores, también existe la obligación de los fondos de pensiones, de facilitar la afiliación de todas las personas, porque de lo contrario estarían afectando derechos que no son disponibles.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL-Orden a Colpensiones y/o Protección S.A. afiliar de manera inmediata al actor al fondo de pensiones de su elección

Referencia: expediente T-4050693

Acción de tutela instaurada por Hernando Escudero contra el Ministerio de Salud y Protección Social, Colpensiones e ING Pensiones Administradora de Fondo de Pensiones.

Magistrada Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil catorce (2014)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y previo el cumplimiento de los requisitos y trámites

legales y reglamentarios, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia proferida, en primera instancia, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, el doce (12) de julio de dos mil trece (2013), dentro del trámite de la referencia[1].

Hernando Escudero, interpuso acción de tutela, por intermedio de apoderado, contra el Ministerio de Salud y Protección Social, Colpensiones e ING Administradora de Fondos de Pensiones. Alega que las dos últimas entidades no le han permitido realizar cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones, porque ya recibió una indemnización sustitutiva.

## Hechos

1. El señor Hernando Escudero tiene en la actualidad setenta y cinco (75) años.[2]
2. El veintitrés (23) de junio de dos mil (2000), el Instituto de Seguros Sociales (ISS), seccional Risaralda, profirió la Resolución 3075, “por la cual se resuelve una solicitud de prestaciones económicas en el sistema general de pensiones - régimen solidario de prima media con prestación definida”, en la que se decidió otorgarle una indemnización sustitutiva. En el artículo primero del acto administrativo se resolvió:  
  
“Conceder indemnización sustitutiva de la pensión por vejez solicitada por el(a) asegurado Hernando Escudero, en cuantía única de \$ 1'395.094. || La liquidación se basó en 277 semanas cotizadas, con ingreso base de liquidación \$279.031”[3].
3. Desde el cinco (5) de mayo de dos mil once (2011), el señor Escudero trabaja en la empresa C.I. Metales La Unión Ltda. Esta compañía afilió al señor Escudero al sistema de seguridad social en salud, a través de la EPS Saludcoop.[4] También fue afiliado a la Administradora de Riesgos Profesionales (ARP) Positiva[5].
4. La empresa Metales La Unión Ltda. y el peticionario le solicitaron a ING Pensiones y Cesantías la afiliación del señor Escudero al sistema de seguridad social en pensiones. El veintinueve (29) de noviembre de dos mil once (2011), ING negó la solicitud porque, según

la entidad, se encontraba pensionado en otro régimen[6].

5. El peticionario sostiene que solicitó la afiliación a Colpensiones, pero esta entidad tampoco dio una respuesta favorable.

6. El peticionario alega que la decisión de Colpensiones e ING Pensiones, de negar la vinculación al sistema de seguridad social en pensiones, viola el derecho a la seguridad social del señor Hernando Escudero.

Respuesta de las entidades demandadas y vinculadas

7. Colpensiones, ING Pensiones y Cesantías y el Ministerio de Salud fueron vinculados al proceso de tutela.

Colpensiones

8. Colpensiones no contestó la tutela.

ING Pensiones

9. ING Pensiones no contestó la tutela.

Ministerio de Salud

10. El Ministerio presentó dos argumentos en su defensa. En primer lugar, solicitó que se le desvinculara del proceso de tutela. Y en segundo lugar, solicitó declarar la tutela improcedente.

11. El Ministerio argumentó para sustentar la solicitud de desvinculación que en el Decreto 4107 de dos mil once (2011), “por el cual se determinan los objetivos y la estructura del Ministerio de Salud y Protección Social y se integra el Sector Administrativo de Salud y Protección Social”, no se establece como función de esta entidad la afiliación al sistema general de pensiones.

12. Respecto de la improcedencia alegó que la indemnización sustitutiva es incompatible con la pensión de vejez, tal como lo establece el artículo 6 del Decreto 1730 de 2001, “por medio del cual se reglamentan los artículos 37, 45 y 49 de la Ley 100 de 1993 referentes a

la indemnización sustitutiva del régimen solidario de prima media con prestación definida”[7]. Agregó que de acuerdo con estas disposiciones “las cotizaciones consideradas en el cálculo de la indemnización sustitutiva no podrán volver a ser tenidas en cuenta para ningún otro efecto”. Argumentó que en aplicación de estas normas como el accionante recibió una indemnización sustitutiva, no puede volver a afiliarse al sistema de seguridad social en pensiones.

Empresa C.I. Metales

13. El diez (10) de junio de dos mil trece (2013), la magistrada sustanciadora de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, decidió vincular a la empresa C.I. Metales la Unión Ltda. al proceso de tutela.

14. El representante legal de la empresa manifestó que está “de acuerdo con lo solicitado por el señor Hernando Escudero”.

Sentencia de primera instancia

15. El doce (12) de julio de dos mil trece (2013), la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, negó por improcedente la tutela interpuesta por el accionante[8]. Argumentó que el peticionario no probó que se hubiese dirigido a Colpensiones para solicitar su afiliación al sistema de seguridad social en pensiones.

16. La sentencia no fue impugnada.

## II. ACTUACIONES EN SEDE DE REVISIÓN

17. El trece (13) de noviembre de dos mil trece (2013), resolvió vincular a la administradora del fondo de pensiones y cesantías Protección. En la decisión se tuvo en consideración que: “de acuerdo con la información disponible, el treinta y uno (31) de diciembre de 2012, Ing. Pensiones y Cesantías, se fusionó por absorción con la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A.”.[9] Por lo anterior, se ordenó a la secretaría de esta Corporación poner en conocimiento de “la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., con sede en Pereira, del contenido del expediente de tutela T-4050693, para que dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del presente Auto, se pronuncie acerca de las pretensiones y del problema jurídico que plantea la aludida

acción de tutela”.

18. El veinticinco (25) de noviembre de dos mil trece (2013), Protección S.A., contestó la tutela. La entidad manifestó por un lado que al revisar la base de datos de la entidad, se estableció que el peticionario no había solicitado su vinculación al fondo de pensiones obligatorias, que esta administra. Por otro lado, sostuvo que “de acuerdo con el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensiones SIAFP, se evidencia que el señor Hernando Escudero [...] aparece afiliado a Colpensiones desde el diez de mayo de 2010”.

19. La Corte Constitucional en el ejercicio de su función de Revisión de fallos de tutela ha considerado, en diversas oportunidades[10], que en ocasiones, para lograr una protección efectiva de los derechos fundamentales resulta pertinente, e incluso necesario, requerir información por vía telefónica a los peticionarios o sus familiares sobre algunos aspectos fácticos puntuales que requieran mayor claridad dentro del trámite de la acción. Esta posición encuentra pleno sustento en los principios de celeridad, eficacia, oficiosidad e informalidad que guían la actuación del juez de tutela.

20. En desarrollo de los anteriores principios, el quince (15) de enero del año en curso, el despacho se comunicó con el apoderado del señor Escudero, con el fin de solicitarle que enviara la historia laboral del peticionario. El veinte (20) de enero el representante del actor remitió tales documentos.

### III. Consideraciones y fundamentos

#### Competencia

21. Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de tutela proferido dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

#### Problema jurídico

22. De acuerdo con los antecedentes expuestos, corresponde a la Sala resolver el siguiente problema jurídico: ¿vulnera una entidad el derecho fundamental a la seguridad social al negarse a afiliar al régimen de pensiones a una persona que se encuentra trabajando

porque ya recibió una indemnización sustitutiva por el Seguro Social en el año dos mil (2000)?

23. Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, la Sala abordará en primer lugar, el carácter de derecho fundamental del derecho a la seguridad social y, en segundo lugar, resolverá el caso concreto.

El derecho fundamental a la seguridad social. Reiteración de jurisprudencia

24. El derecho fundamental a la seguridad social se encuentra previsto en el texto de la Constitución. Al respecto, el artículo 48 de la Carta Política establece: “se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social”. Esta disposición también establece que la seguridad social es un “servicio público de carácter obligatorio”, el cual está sujeto a “los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”.

25. De conformidad con el inciso segundo del artículo 93 de la Constitución “los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

26. Diferentes tratados internacionales ratificados por Colombia consagran el derecho humano a la seguridad social. Igualmente, la Declaración Universal de Derechos Humanos[11] y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre[12] consagran este derecho. Estos antecedentes serían recogidos con posterioridad en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC)[13] de 1966, y en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales, también conocido como el “Protocolo de San Salvador”[14].

27. Las observaciones generales de los Comités de Naciones Unidas encargados de la interpretación y vigilancia de los tratados internacionales ratificados por Colombia, constituyen una herramienta útil para determinar el alcance de los derechos consagrados en estos instrumentos y en la Constitución. Al respecto es preciso recordar que al igual que las normas sobre derechos fundamentales, por lo general los tratados internacionales sobre derechos humanos, tienen una textura abierta con un amplio grado de indeterminación. Con el fin de superar estas limitaciones la Corte Constitucional ha acudido a las

observaciones generales para determinar el sentido y establecer las obligaciones del Estado colombiano respecto de los derechos al agua[15], a la vivienda adecuada[16], a la salud[17] y a la seguridad social.[18]

28. En este sentido, la Corte Constitucional ha interpretado el derecho a la seguridad social de conformidad con lo dispuesto en la Observación General 19, del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Comité DESC), en el que se señaló el contenido y alcance del derecho a la seguridad social consagrado en el PIDESC[19]. De conformidad con esta Observación General el derecho a la seguridad social “incluye el derecho a no ser sometido a restricciones arbitrarias o poco razonables de la cobertura social existente, ya sea del sector público o del privado, así como del derecho a la igualdad en el disfrute de una protección suficiente contra los riesgos e imprevistos sociales”.[20]

29. Adicionalmente de acuerdo con el Comité DESC el derecho a la seguridad social implica tres obligaciones: (i) respetar, (ii) proteger y (iii) cumplir. La obligación de respeto “exige que los Estados Partes se abstengan de interferir directa o indirectamente en el ejercicio del derecho a la seguridad social”[21]. La obligación de proteger “exige que los Estados Partes impidan que terceros interfieran en modo alguno en el disfrute del derecho a la seguridad social”[22]. La obligación de cumplir implica el deber del Estado de facilitar, promover y garantizar el goce y ejercicio del derecho a la seguridad social.[23]

30. De conformidad con la Observación General 19, los Estados partes en el PIDESC como Colombia, se encuentran obligados a garantizar la accesibilidad de todas las personas a la seguridad social.[24] En desarrollo de este deber el Estado colombiano debe garantizar la cobertura de todas las personas en el sistema de seguridad social.[25] De acuerdo con el Comité DESC esta obligación se encuentra reforzada para las personas que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad como los adultos mayores.[26]

31. Con fundamento en el texto de la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el derecho a la seguridad social es un derecho fundamental.[27] La Corte ha precisado en su jurisprudencia mas reciente que no resulta razonable separar los derechos fundamentales de los derechos económicos sociales y culturales, porque en la Constitución se les otorga el carácter de fundamentales a todos los derechos[28]. Este Tribunal Constitucional ha

precisado que las obligaciones en derechos civiles y políticos, así como en los derechos económicos sociales y culturales implican obligaciones de carácter positivo y negativo.[29]

32. Como se señaló con anterioridad, la obligación de respetar el derecho a la seguridad social implica, de conformidad con el Comité DESC “abstenerse de toda práctica o actividad que, por ejemplo, deniegue o restrinja el acceso en igualdad de condiciones a una seguridad social adecuada, interfiera arbitraria o injustificadamente en los sistemas de seguridad social consuetudinarios, tradicionales o basados en la autoayuda”[30]. Como lo ha reconocido desde su jurisprudencia inicial este Tribunal, la seguridad social también tiene una faceta prestacional. Así, por ejemplo la obligación de proteger, según el Comité DESC, implica por ejemplo: “la de adoptar las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias y eficaces [...] para impedir que terceros denieguen el acceso en condiciones de igualdad a los planes de seguridad social administrados por ellos o por otros”.[31]

33. La protección del derecho a la seguridad social es consistente con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que establece que este derecho y los derechos en general deben ser protegidos por los tribunales. Así por ejemplo en el caso Acevedo Buendía contra el Estado de Perú, la Corte Interamericana se pronunció en relación con la justiciabilidad del artículo 26 de la Convención Americana que, como se señaló, consagra las obligaciones de los Estados partes, como Colombia en derechos económicos, sociales y culturales.[32] En este fallo concluyó que las medidas regresivas en derechos económicos, sociales y culturales son justiciables ante los órganos del sistema interamericano. Para llegar a esta conclusión la Corte realizó una interpretación histórica y sistemática de la Convención Americana[33]. En este fallo este Tribunal además señaló:

“La Corte considera pertinente recordar la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello”[34].

34. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), al igual que la Corte Interamericana, también ha establecido que el derecho a la seguridad social se encuentra previsto por el reenvío que el artículo 26 de la Convención Americana, realiza a la Carta de

la OEA, y es susceptible de ser protegido a través del sistema de quejas y peticiones individuales[35]. En este sentido en el caso de la Asociación Nacional de ex servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social, la CIDH estableció que “el derecho a la pensión, como parte integrante del derecho a la seguridad social, también se encuentra dentro del alcance del artículo 26 de la Convención Americana que se refiere a las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la OEA”. [36] Si bien la CIDH en aquella oportunidad señaló que la restricción del derecho a la pensión en el caso concreto era conforme con la Convención Americana, es preciso destacar que decidió el caso con fundamento en el derecho a la seguridad social, sin examinar una posible “conexidad” con un derecho civil y político.[37]

35. De conformidad con los precedentes citados es posible concluir que el derecho a la seguridad social: (i) es un derecho fundamental que se encuentra amparado en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por Colombia, y (ii) puede ser protegido a través de la acción de tutela, cuando reúne las características señaladas en la jurisprudencia para ser considerado como un derecho subjetivo.

#### Caso concreto

36. El análisis del caso concreto se dividirá en dos partes. En la primera parte se establecerá si en el presente asunto la acción de tutela es el mecanismo idóneo y efectivo para garantizar la afiliación de Hernando Escudero al sistema general de seguridad social en pensiones. En la segunda parte, se decidirá si Colpensiones y Protección S.A. amenazaron el derecho a la seguridad social del peticionario, al negarle el acceso a los fondos de pensiones que administran.

#### Procedencia formal

37. Antes de analizar el fondo del asunto, la Sala debe resolver si la tutela procede para garantizar la afiliación del peticionario al sistema general de seguridad social en pensiones.

38. La jurisprudencia de la Corte, ha señalado que el juez debe establecer si existe otro medio de defensa previsto en el ordenamiento jurídico que permita proteger los derechos fundamentales que se encuentran amenazados[38].

40. Si bien en el presente caso el peticionario podía acudir a un proceso ordinario para ser afiliado a un fondo de pensiones, las circunstancias personales del actor llevan a una conclusión diferente. El actor tiene setenta y cinco (75) años.[41] Es decir que es un sujeto de especial protección constitucional que no se encuentra afiliado al sistema de seguridad social en pensiones. Por la edad del actor y teniendo en cuenta que se encuentra desprotegido, la Sala considera que la tutela es el medio idóneo y eficaz para garantizar la protección de sus derechos.

#### Análisis de fondo

41. Antes de resolver el caso concreto la Sala debe precisar, que la jurisprudencia de la Corte se ha pronunciado sobre casos que tienen supuestos de hecho distintos al que se pretende resolver. Se ha sostenido, que se viola el derecho al mínimo vital y a la seguridad social, cuando el empleador no afilia al trabajador al Sistema de Seguridad Social en Pensiones[42]. En este asunto quien incumple su obligación de afiliar al trabajador al sistema de seguridad social, no es el empleador sino el Fondo de Pensiones. La empresa donde trabaja el peticionario incluso ha sostenido que está de acuerdo con las pretensiones de la tutela. El actor de setenta y cinco (75) años, acude a la protección constitucional para solicitar su afiliación a un fondo de pensiones que se la niega, porque recibió una indemnización sustitutiva. Este problema no ha sido resuelto en ningún precedente.

42. El principio de universalidad está consagrado en el artículo 2 literal b) de la Ley 100 de 1993, “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”. Tal como se encuentra previsto en esta norma, garantiza “la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida”.

43. En la sentencia C-623 de 2004,[43] la Sala Plena de la Corte sostuvo a propósito del tema:

“la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social debe amparar a todas las personas residentes en Colombia, en cualquiera de las etapas de su vida, sin discriminación alguna por razones de sexo, edad, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, etc.”

44. La Constitución también establece en el artículo 48, que la “seguridad social es un

servicio público obligatorio”. De esta característica se derivan importantes consecuencias jurídicas para resolver el caso concreto, porque su prestación tiene un carácter continuo y obligatorio.[44] Al respecto se señaló en la citada sentencia C-623 de 2004:

“la seguridad social cumple con los tres postulados básicos para categorizar a una actividad como de servicio público, ya que está encaminada a la satisfacción de necesidades de carácter general, exigiendo el acceso continuo, permanente y obligatorio de toda la colectividad a su prestación, y además, siendo necesario e indispensable para preservar la vigencia de las garantías fundamentales en el Estado Social de Derecho” (negrilla fuera del texto).

45. El principio de irrenunciabilidad también resulta relevante para resolver el presente asunto. La jurisprudencia de la Corte ha establecido que las garantías relacionadas con el trabajo humano son irrenunciables[45], y las garantías que rodean los riesgos que cubre el sistema de seguridad social no son la excepción. En este sentido, si se ha establecido que los empleadores deben cumplir con la obligación irrenunciable de afiliar a sus trabajadores, también existe la obligación de los fondos de pensiones, de facilitar la afiliación de todas las personas, porque de lo contrario estarían afectando derechos que no son disponibles.

46. Aunque la Constitución le estableció un margen de configuración al legislador para que reglamente el servicio público y el derecho fundamental a la seguridad social, también impuso unos límites que son precisamente los principios de universalidad, continuidad, permanencia y obligatoriedad.[46]

47. Los límites no son impuestos exclusivamente en la Constitución, también los tratados internacionales ratificados por Colombia los consagran. Como se señaló con anterioridad, de conformidad con el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Comité DESC), los Estados parte en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[47], tienen la obligación de garantizar la accesibilidad de los servicios que protegen estos derechos. Respecto de este deber ha sostenido que “todas las personas deben estar cubiertas por el sistema de seguridad social, incluidas las personas pertenecientes a los grupos más desfavorecidos o marginados, sin discriminación basada en algunos de los motivos prohibidos en el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto” (subrayado fuera del texto).[48]

48. Como lo sostiene el Comité DESC la cobertura del derecho a la seguridad social es reforzada para las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad. Una lectura conjunta de diferentes disposiciones de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia,[49] lleva a la conclusión que es precisamente respecto de sujetos como las personas de la tercera edad, que se deben adoptar medidas positivas, para garantizar la mayor cobertura posible del derecho a la seguridad social.[50]

49. De acuerdo con lo anterior, el Sistema de Seguridad Social se rige por los principios de universalidad e irrenunciabilidad, además, es definido como servicio público. También debe garantizar la accesibilidad de todas las personas, especialmente de aquellas en condiciones de vulnerabilidad. Estos mandatos constitucionales son de especial relevancia en el presente caso, porque se encuentran dirigidos a que la cobertura del derecho fundamental a la seguridad social sea permanente y obligatoria de tal manera que comprendan a todas las personas, en especial a aquellos sectores desaventajados, como el señor Escudero que tiene setenta y cinco (75) años, y aún continúa trabajando.

50. Ahora bien, para evaluar la conducta de los demandados también resultan relevantes dos disposiciones de la Ley 100 de 1993 que establecen límites a los principios que se han desarrollado. Por un lado, el artículo 13 literal e), modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, dispone:

“Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”.

51. Por otro lado el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 4 de la Ley 797 de 2003, también impuso límites al principio de universalidad al establecer: “[...] La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente”.

52. En este asunto no se presenta ninguno de los límites a la libertad de afiliación o al principio de universalidad previstos en la ley. La conducta de los fondos de pensiones desconoce los principios de continuidad, obligatoriedad, universalidad, irrenunciabilidad y accesibilidad del derecho fundamental a la seguridad social de Hernando Escudero. Las respuestas dadas a la solicitud de afiliación del actor fueron dos.

53. En primer lugar, tal como se expuso en los antecedentes, el veintinueve (29) de noviembre de dos mil once (2011), ING Pensiones y Cesantías, se negó a afiliar al señor Escudero, porque ya había recibido una indemnización sustitutiva. Ese fundamento para la negativa, desconoce los principios de universalidad, accesibilidad y protección especial a los adultos mayores, porque es una restricción que no atiende la situación de especial vulnerabilidad en que se encuentra una persona de setenta y cinco años que continúa trabajando. Los fondos de pensiones tienen la obligación constitucional de afiliar a las personas, no es una opción. La seguridad social debe proteger a todas las personas que están en el territorio independientemente de su edad. Según la Constitución y el Comité DESC, el Estado debe ser especialmente diligente para proteger a los adultos mayores.[51]

54. Recibir la indemnización sustitutiva tampoco es un motivo establecido en la ley para no afiliar a una persona al Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Si bien la obligación de cotizar cesa una vez se reúnan los requisitos para obtener la pensión de vejez[52], esta limitación no debe aplicarse de manera extensiva a la prestación que recibió el señor Escudero. Afirmar lo contrario implicaría sostener que el peticionario no tiene derecho a la seguridad social en pensiones[53]. También supondría que en un Estado Social de Derecho que se funda en los principios de solidaridad, justicia, dignidad humana y trabajo puede laborar un adulto mayor, sin estar protegido contra los riesgos a los que se encuentra expuesto en razón de su labor y las demás contingencias normales de la vida.

55. En su respuesta a la acción de tutela Protección S.A. sostuvo que el actor no podía ser afiliado al fondo de pensiones, porque aparece como cotizante en Colpensiones desde el diez (10) de mayo de dos mil diez (2010)[54]. Este sería un motivo justificado para restringir la afiliación del peticionario, porque de conformidad con el artículo 13 literal e) de la Ley 100 de 1993, ya referido, solo podrá realizarse el cambio de régimen de pensiones por una vez cada cinco años. Sin embargo, la historia laboral del accionante indica que

estuvo afiliado al Seguro Social de manera discontinua, desde junio de mil novecientos ochenta y tres (1983) hasta junio de dos mil (2000)[55]. Así las cosas, las pruebas obrantes en el expediente desvirtúan la afirmación que hace el representante judicial de Protección S.A., pues aparece con claridad que el peticionario (i) se afilió por primera vez al Instituto de Seguros Sociales en mil novecientos ochenta y tres (1983); (ii) no se volvió a afiliarse al sistema general de pensiones con posterioridad a la fecha en que recibió la indemnización sustitutiva[56], y (iii) para el 10 de mayo de 2010, el señor Escudero no se encontraba afiliado a ningún fondo de pensiones. Por ende, se ordenará a Protección S.A. que permita la afiliación del actor, si este así lo solicita.

56. En la tutela presentada también se afirma que el accionante solicitó su afiliación a Colpensiones, pero tampoco ha obtenido una respuesta favorable. La entidad guardó silencio en el proceso de tutela. Así las cosas, en aplicación de la presunción de veracidad prevista por el Decreto 2591 de 1991, “por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, la Sala considera como cierto que Colpensiones no ha respondido de manera favorable la solicitud de afiliación del peticionario. Entonces, como dicha entidad también desconoció el derecho fundamental a la seguridad social, consecuentemente, se le ordenará que permita la afiliación del señor Hernando Escudero, si él así lo requiere.

57. En conclusión, ING Pensiones y Cesantías, hoy conocida como Protección S.A., desconoció el derecho fundamental a la seguridad social del señor Hernando Escudero, por no permitir que se afiliara a su fondo de pensiones. Si bien el peticionario recibió una indemnización sustitutiva esta no es una razón constitucional para dejarlo de afiliarse. Colpensiones tampoco afilió al actor. El incumplimiento de las entidades se encuentra agravado por las circunstancias personales del tutelante, porque es una persona de la tercera edad que tiene setenta y cinco (75) años, y está hoy por fuera de la protección del sistema de seguridad social en pensiones. En contraste, el empleador al solicitar la afiliación de su empleado actuó de manera diligente y en cumplimiento de sus obligaciones constitucionales. En consecuencia, la Sala precisa que la falta de afiliación del peticionario al sistema de seguridad social en pensiones, no le es imputable.

58. A propósito de la indemnización sustitutiva debe precisarse que esta figura tiene por objeto “aliviar la situación” en la que se encuentra un afiliado que habiendo cumplido con la

edad, pero sin el número mínimo de semanas de cotización exigido para tener derecho a la pensión de vejez, declara su imposibilidad de seguir cotizando.[57] Si el Instituto de Seguros Sociales (ISS), seccional Risaralda, mediante la Resolución 3075 del 23 de junio de 2000, decidió otorgarle la indemnización sustitutiva al señor Hernando Escudero[58], fue porque verificó el cumplimiento de los requisitos legales en dicho momento. Con el paso del tiempo el actor superó la imposibilidad de seguir cotizando al sistema. Reactivada dicha opción por la vinculación laboral del actor a la empresa C.I. Metales La Unión Ltda., el 5 de mayo de 2011, es decir, pasados más de 10 años del reconocimiento de la prestación económica, solicitó su vinculación al sistema general de pensiones, teniendo en cuenta el nuevo hecho de su vinculación laboral, que hace exigible su afiliación obligatoria[59] para cubrir el amparo de las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte.

59. El señor Hernando Escudero al momento en que le fue concedida la indemnización sustitutiva por el ISS, seccional Risaralda, se encontraba afiliado al régimen solidario de prima media con prestación definida, en el que alcanzó a cotizar un total de 277 semanas hasta el 28 de febrero de 2000, con un ingreso base de liquidación de Doscientos setenta y nueve mil treinta y un pesos (\$279.031).[60]

60. Es claro que al señor Hernando Escudero no le es aplicable el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993[61], porque si bien al momento de entrar en vigencia el sistema general de pensiones el 1 de abril de 1994, tenía más de 40 años de edad[62], y estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales de manera discontinua con anterioridad a dicha fecha[63], conforme al parágrafo transitorio 4 del Acto Legislativo 01 de 2005, dicho régimen no podía extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para los trabajadores que estando cobijados por él, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia de tal normativa[64], a quienes se les mantiene dicho régimen hasta el 31 diciembre de 2014;[65] requisito que no se cumple en el presente caso.

61. Retomando el tema de la afiliación, y en atención a las órdenes que se impartirán en el presente fallo, el empleador deberá consignar el valor de los aportes generados, desde el momento en que el actor inició su trabajo en la empresa, es decir, desde el 5 de mayo de 2011, por lo tanto, la fecha de afiliación deberá ser aquella en la que el actor se vinculó a C.I. Metales La Unión Ltda. A partir de ese momento se contabilizarán las cotizaciones

realizadas al sistema general de pensiones, destinadas al cubrimiento de las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte.

62. En este orden de ideas, al vincularse a la entidad escogida por el trabajador, las nuevas cotizaciones que ingresen al sistema general de pensiones deberán ser contabilizadas para el amparo futuro de las contingencias del señor Hernando Escudero derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, una vez cumpla los requisitos exigidos en la ley, además de las prestaciones que se consagran[66], de manera que se satisfaga el objetivo del sistema de asegurar de la mejor forma posible una existencia en condiciones mínimas de dignidad.

63. Ahora bien, en el evento en que el actor, independientemente del régimen al que se encuentre afiliado, no pueda cumplir los requisitos necesarios para consolidar su derecho a una pensión de vejez[67], podrá acceder a una prestación diferente para cubrir tal contingencia. En este sentido, el literal p) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, establece, que “[l]os afiliados que al cumplir la edad de pensión no reúnan los demás requisitos para tal efecto, tendrán derecho a una devolución de saldos o indemnización sustitutiva de acuerdo con el régimen al cual estén afiliados y de conformidad con lo previsto en la presente ley”.

64. Se reitera que la seguridad social es un derecho irrenunciable que debe garantizarse a todas las personas, conforme al artículo 48 Superior, y que la afiliación al sistema general de pensiones del señor Escudero, como materialización de ese derecho fundamental, le permitirá estar protegido cuando se le presenten contingencias relacionadas con riesgos de vejez, invalidez,[68] incapacidad laboral[69] y muerte.[70]

#### Conclusión y órdenes

65. Se concluye que Colpensiones y Protección S.A. vulneraron el derecho fundamental a la seguridad social del señor Hernando Escudero, al negarse a afiliarlo al sistema general de pensiones, con el argumento de que éste ya recibió una indemnización sustitutiva por el Instituto de Seguros Sociales en el año 2000. Hasta tanto no se haga la afiliación al sistema, el accionante estará desprotegido frente a las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, lo que no puede permitirse en un Estado Social de Derecho que consagra la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de

eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos establecidos en la Ley 100 de 1993.

66. Para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social del actor, se ordenará que se realice su afiliación inmediata al fondo de pensiones por él elegido. El empleador deberá consignar el valor de los aportes generados, desde el momento en que Hernando Escudero inició su trabajo en C.I. Metales La Unión Ltda. En este sentido, la fecha de afiliación deberá ser aquella en la que el actor se vinculó a la Empresa.

67. Por lo expuesto se revocará la sentencia proferida el doce (12) de julio de dos mil trece (2013), por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en la cual se declaró improcedente la tutela interpuesta por el señor Hernando Escudero y, en su lugar, se ordenará la protección constitucional del derecho fundamental a la seguridad social.

#### IV. DECISIÓN

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

#### RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, el doce (12) de julio de dos mil trece (2013), la cual declaró improcedente la acción de tutela. En su lugar CONCEDER el amparo para proteger el derecho a la seguridad social de Hernando Escudero.

Tercero.- ORDENAR a C.I. METALES LA UNIÓN LTDA. que desembolse al Fondo de Pensiones que elija el señor Hernando Escudero, el valor de los aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones causados a partir del cinco (5) de mayo de dos mil once (2011), día en el cual inició su vinculación con la empresa.

Cuarto.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

[1] El proceso de la referencia fue escogido para su revisión por la Corte por medio de un auto proferido por la Sala de Selección número nueve del veintiséis (26) de septiembre de 2013.

[2] De acuerdo con la copia de la cédula de ciudadanía aportada el señor Escudero nació el quince (15) de marzo de mil novecientos treinta y nueve (1939) (folio 6).

[3] Instituto de Seguros Sociales, Seccional Risaralda, Resolución No 003075 de 2000, 'por la cual se resuelve una solicitud de prestaciones económicas en el sistema general de pensiones - régimen solidario de prima media con prestación definida, 23 de junio de 2000' (cuaderno 1 folio 5).

[4] Formulario de afiliación del señor Hernando Escudero a la EPS Saludcoop (folio 7).

[5] Positiva, Reporte de radicación, diecinueve (19) de mayo de 2011 (folio 8).

[6] ING Pensiones y Cesantías, Consulta de viabilidad de la afiliación del Hernando Escudero, 29 de noviembre de 2011 (folio 9).

[7] Esta disposición establece: "Salvo lo previsto en el artículo 53 del Decreto 1295 de 1994, las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez, son incompatibles con las pensiones de vejez y de invalidez. || Las cotizaciones consideradas en el cálculo de la

indemnización sustitutiva no podrán volver a ser tenidas en cuenta para ningún otro efecto”.

[8] MP Manuel Yarzagaray Bandera.

[9] Protección Pensiones y Cesantías, Informe de 2012, p. 50. Disponible en:

[http://www.unglobalcompact.org/system/attachments/20775/original/Informe\\_Prote\\_Marzo\\_8\\_pliegos.pdf?1362778083](http://www.unglobalcompact.org/system/attachments/20775/original/Informe_Prote_Marzo_8_pliegos.pdf?1362778083)

[10] Al respecto véanse, entre otras decisiones, las sentencias T-603 de 2001 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-476 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-341 de 2003 (MP Jaime Araujo Rentería), T-643 de 2005 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-219 de 2007 (MP Jaime Córdoba Triviño) y T-726 de 2007 (MP Catalina Botero Marino).

[11] Adoptada y proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. La Declaración Universal establece en su artículo 22 que “toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social”.

[12] Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, abril de 1948. el artículo XVI de la Declaración Americana consagra este derecho con el fin de que se le proteja a las personas “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”.

[13] Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Éste tratado fue ratificado por Colombia a través de la Ley 74 de 1968 “Por la cual se aprueban los “Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación Unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966”. En el PIDESC se establece en su artículo 9 “los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.”

[15] Ver entre otras la sentencia T-270 de 2007 (MP Jaime Araujo Rentería) en la que la

Corte se refirió al contenido del derecho al agua tal como se encuentra previsto en la Observación General 15 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales., fundamento jurídico 4. En sentido similar ver las sentencias T-546 de 2009 (MP María Victoria Calle Correa) y T-614 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

[16] Ver entre otras la sentencia T-986 de 2012 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) en la que esta Corte se refiere a las Observaciones Generales número 4 y 7 sobre el derecho a la vivienda del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales., fundamentos jurídicos, 2.3.3 y 2.3.4. En sentido similar ver las sentencias: T-657 de 2010 (MP Jorge Iván Palacio Palacio) y T-191 de 2011 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

[17] Así por ejemplo en la sentencia T-760 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), se hace referencia a la Observación General No 14 sobre el derecho a la salud dictada por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, para establecer cuáles son las obligaciones que se desprenden del derecho a la salud, fundamento jurídico 3.4.

[18] Ver, entre otras, las sentencias T- 293 de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva) y T-414 de 2009 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

[19] Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General No 19 El derecho a la seguridad social (artículo 19) aprobada el 23 de noviembre de 2007, en el 39º periodo de sesiones. Al respecto ver entre otras las sentencias T-414 de 2009 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-651 de 2009 (MP Luis Ernesto Vargas Silva) y T-658 de 2012 (MP Humberto Sierra Porto).

[20] *Ibidem*, Observación General No 19, párr. 9.

[21] *Ibidem*, párr. 44.

[22] *Ibidem*, párr. 45.

[23] *Ibidem*, párr. 47.

[24] *Ibidem*, párr. 23.

[25] Al respecto la Observación General 19 del Comité DESC señala: Todas las personas

deben estar cubiertas por el sistema de seguridad social, incluidas las personas pertenecientes a los grupos más desfavorecidos o marginados, sin discriminación basada en algunos de los motivos prohibidos en el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto. Para garantizar la cobertura de todos, resultarán necesarios los planes no contributivos. *Ibíd.*, párr.23.

[26] *Ibíd.*, párr. 31.

[27] No obstante el carácter fundamental que tiene el derecho a la seguridad social, es importante recordar que esta Corporación en su jurisprudencia inicial le negó este carácter porque se trataba de un derecho prestacional cuyo desarrollo era de carácter progresivo (Cfr. sentencias SU-819 de 1999, MP Álvaro Tafur Galvis, y T-662 de 2006, MP Rodrigo Escobar Gil). Al respecto la Corte señaló en la sentencia SU-819 de 1999 que el derecho a la salud y a la seguridad social: “son prestaciones propiamente dichos, para su efectividad requieren normas presupuestales, procedimientos y organización, que hagan viable el servicio público de salud y que sirvan, además, para mantener el equilibrio del sistema. La implementación de este servicio requiere, entre otros aspectos, de la creación de estructuras destinadas a atenderlos y de la asignación de recursos con miras a que cada vez un mayor número de personas acceda a sus beneficios. Por ello, en principio los derechos de contenido social, económico o cultural, no involucran la posibilidad de exigir del Estado una pretensión subjetiva”.

[28] Así lo precisó la Corte desde la sentencia T-016 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) en la cual señaló: “Los derechos todos son fundamentales 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)” (negrillas fuera del texto).

[29] Al respecto la Corte señaló desde la sentencia T-016 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) que “los derechos civiles y políticos así como los derechos sociales, económicos y culturales son derechos fundamentales que implican obligaciones de carácter negativo como de índole positiva”. Y agregó: “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)”. *Ibídem*.

[30] Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General No 19 El derecho a la seguridad social (artículo 19) aprobada el 23 de noviembre de 2007, en el 39º periodo de sesiones, párr. 44.

[31] *Ibídem*, párr. 45.

[32] Corte IDH. Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198.

[33] Cfr. *Ibídem*, párrs. 99 y 100.

[34] *Ibídem*. 101.

[35] CIDH, Informe No. 38/09, Asociación Nacional de ex servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y Otras, caso 12.670, admisibilidad y fondo, Perú, 27 de marzo de 2009, párr. 133. En sentido similar en el caso Ivanildo Amaro Da Silva y otros la CIDH señaló: “la Comisión Interamericana subraya que ninguna disposición de la Convención Americana y tampoco ningún otro instrumento aplicable le impide examinar peticiones que alegan la violación de cualquier derecho consagrado en la Convención Americana. Con esta petición en particular, la Comisión Interamericana declara, con respecto a la supuesta violación del

derecho a una vivienda adecuada, que es uno de los derechos incluidos en las normas económicas, sociales, educativas, científicas y culturales consagradas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos y enmendada por el artículo 34.K del Protocolo de Buenos Aires. CIDH, Informe No. 38/10, admisibilidad, Ivanildo Amaro Da Silva y otros, 17 de marzo de 2010, párr. 26.

[36] En ese caso la CIDH examinó si la restricción legal del derecho a la pensión de las presuntas víctimas era proporcional.

[37] CIDH, Informe No. 38/09, Asociación Nacional de ex servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y Otras, caso 12.670, admisibilidad y fondo, Perú, 27 de marzo de 2009, párrs. 130-147.

[38] Al respecto la jurisprudencia de éste Tribunal Constitucional ha sostenido: “para los efectos de establecer cuándo cabe y cuándo no la instauración de una acción de tutela, el juez está obligado a examinar los hechos que ante él se exponen así como las pretensiones del actor, y a verificar si, por sus características, el caso materia de estudio puede ser resuelto, en relación con los derechos fundamentales posiblemente afectados o amenazados, y con la efectividad indispensable para su salvaguarda, por los procedimientos judiciales ordinarios, o si, a la inversa, la falta de respuesta eficiente de los medios respectivos, hace de la tutela la única posibilidad de alcanzar en el caso concreto los objetivos constitucionales”. Este criterio ha sido sostenido en la sentencia T-093/97 (MP José Gregorio Hernández Galindo), T-400/02 (MP Jaime Araujo Rentería), T-800/02 (MP Jaime Araujo Rentería).

[39] Sentencia T-106 de 1993 (MP Antonio Barrera Carbonell).

[40] Catalina Botero Marino, La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano, Consejo Superior de la Judicatura, 2006, p.108.

[41] De acuerdo con la copia de la cédula de ciudadanía aportada el señor Escudero nació el quince (15) de marzo de mil novecientos treinta y nueve (1939) (folio 6).

[42] Al respecto ver entre otras las sentencias T-383 de 1998 (MP José Gregorio Hernández Galindo); T-1142 de 2004 (MP Jaime Córdoba Triviño); T-273 de 2010 (MP María Victoria

Calle Correa).

[43] MP Rodrigo Escobar Gil, unánime. En esta sentencia analizó si era contraria al derecho a la igualdad una disposición de la ley 797 de 2003, que establecía que los servidores públicos afiliados al régimen de prima media con prestación definida debían permanecer allí dentro de los tres años siguientes a la vigencia de esta norma. La Corte concluyó que la norma no violaba los mandatos constitucionales por dos razones. En primer lugar porque el derecho a la libertad de elección es de carácter legal. Y en segundo lugar porque “la limitación al derecho a la libre elección de quienes ingresen por primera vez al sector público en cargos de carrera administrativa, conducen a la obtención de un beneficio directo y mediato para ellos, pues además de contribuir al logro de los principios constitucionales de solidaridad, universalidad y eficiencia, pueden temporalmente conocer las ventajas y desventajas del régimen solidario de prima media con prestación definida y, además, acumular un capital pensional a partir del ingreso al mundo laboral”.

[44] Sentencia C-623 de 2004 (MP Rodrigo Escobar Gil. Unánime).

[45] Al respecto ver entre otras las sentencias T-166 de 1997 (MP José Gregorio Hernández Galindo) y T-138 de 2010 (MP Mauricio González Cuervo).

[46] Al respecto en la sentencia C-623 de 2004 estableció: “Se destacan dentro de ese catálogo de principios y reglas generales a los cuales debe someterse la libertad de configuración del legislador, entre otros, los siguientes: (i) el reconocimiento de la seguridad social como un derecho irrenunciable de todos los habitantes del territorio nacional y, a su vez, (ii) como un servicio público obligatorio cuya dirección, control y manejo se encuentra a cargo del Estado. Adicionalmente, (iii) se admite la posibilidad de autorizar su prestación bajo las reglas de la concurrencia entre entidades públicas y particulares; (iv) siempre y cuando se cumplan con las estrictas exigencias derivadas del contenido de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad (C.P. art. 48)”.

[47] Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Este tratado fue ratificado por Colombia a través de la Ley 74 de 1968 “Por la cual se aprueban los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobado por la Asamblea General de las Naciones

Unidas en votación unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966”.

[48] Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General No. 19 El derecho a la seguridad social (artículo 19) aprobada el 23 de noviembre de 2007, en el 39º periodo de sesiones, párr. 23. Acerca de los motivos prohibidos para restringir el acceso a los derechos previstos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales el artículo 2.2 de este tratado establece: “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

[49] El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 17: “Toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad. En tal cometido, los Estados partes se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la práctica”. Suscrito en San Salvador, El Salvador, 17 de noviembre de 1988. Ratificado por Colombia a través de la ley 319 de 1996.

[50] Al respecto el texto constitucional establece la obligación de garantizar la igualdad real y efectiva de personas en circunstancias de debilidad manifiesta (artículo 13). La cláusula de igualdad prevista en la Constitución se complementa con la protección especial de las personas de la tercera edad la cual se dirige a promover su integración a la vida activa y comunitaria. Es un deber que no es un deber exclusivo del Estado, sino también de la sociedad (artículo 46).

[51] Como ya se el indicó, el texto constitucional establece la obligación de garantizar la igualdad real y efectiva de personas en circunstancias de debilidad manifiesta (artículo 13). A su vez, la cláusula de igualdad prevista en la Constitución se complementa con la protección especial de las personas de la tercera edad. En este sentido, el artículo 46 Superior, reza: “El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. || El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia”.

La Observación General No. 6 (1995) del Comité DESC, sobre los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores, en el párr. 10 establece: “El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no contiene ninguna referencia explícita a los derechos de las personas de edad, excepto en el artículo 9, que dice lo siguiente: “los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso el seguro social” y en el que de forma implícita se reconoce el derecho a las prestaciones de vejez. Sin embargo, teniendo presente que las disposiciones del Pacto se aplican plenamente a todos los miembros de la sociedad, es evidente que las personas de edad tienen derecho a gozar de todos los derechos reconocidos en el Pacto. Este criterio se recoge plenamente en el Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento. Además, en la medida en que el respeto de los derechos de las personas de edad exige la adopción de medidas especiales, el Pacto pide a los Estados Partes que procedan en ese sentido al máximo de sus recursos disponibles”.

[52] El artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 4 de la Ley 797 de 2003, establece: “Obligatoriedad de las Cotizaciones. Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen. || La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente. || Lo anterior sin perjuicio de los aportes voluntarios que decida continuar efectuando el afiliado o el empleador en los dos regímenes”.

[53] Bajo la situación actual este derecho se encuentra amenazado. De esta manera no tendría el derecho a recibir una pensión de invalidez de un fondo de pensiones, si sufre, por ejemplo, un accidente, porque para recibir esta prestación se requiere cotizar, por lo menos cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, en caso de invalidez causada por enfermedad, o dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, en el evento de invalidez causada por accidente (artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003).

[54] Folio 13 del cuaderno de revisión. Esta afirmación no fue probada.

[55] A folios 24 al 27 del cuaderno de revisión, aparece el reporte de semanas cotizadas en pensiones de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, período de informe enero de 1967 hasta enero de 2014, en donde se da cuenta de un total de semanas cotizadas de 177,01. El resumen por las fechas de afiliación es el siguiente: del 13/06/1983 al 12/03/1985 (91,29 semanas); del 01/03/1998 al 31/12/1998 (42,86 semanas); del 01/01/1999 al 30/04/1999 (12,85 semanas); del 01/06/1999 al 31/12/1999 (30,00 semanas); 01/02/2000 al 30/04/2000 (0 semanas), y del 01/06/2000 al 30/06/2000 (0 semanas).

[56] De acuerdo a la Resolución 3075 de 2000 del Instituto de Seguros Sociales, al señor Hernando Escudero le fue concedida la indemnización sustitutiva el 23 de junio de 2000 (folio 5).

[57] El artículo 37 de la Ley 100 de 1993, reglamentado por el Decreto Nacional 1730 de 2001, establece: “Indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado”.

[58] Quien tenía para esa época 61 años, según la copia de la cédula de ciudadanía aportada al proceso en donde se indica como fecha de nacimiento el 15 de marzo de 1939 (folio 6).

[59] El artículo 15 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3 de la Ley 797 de 2003, dispone: “Afiliados. Serán afiliados al Sistema General de Pensiones: || 1. En forma obligatoria: Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos...”.

[60] Ver folio 5 del cuaderno principal y folio 24 del cuaderno de revisión. La prestación económica fue concedida mediante la Resolución 3075 del 23 de junio de 2000 y correspondió a la cuantía única de Un millón trescientos noventa y cinco mil noventa y

cuatro pesos (\$1.395.094).

[62] En el folio 6 aparece fotocopia de la cédula de ciudadanía del tutelante, con fecha de nacimiento del 15 de marzo de 1939.

[63] En el reporte de semanas cotizadas en pensiones de Colpensiones, actualizado al 29 de agosto de 2011 (folio 24), se indica que el señor Hernando Escudero estuvo afiliado en las siguientes fechas: del 13/06/1983 al 12/03/1985 (91,29 semanas); del 01/03/1998 al 31/12/1998 (42,86 semanas); del 01/01/1999 al 30/04/1999 (12,85 semanas); del 01/06/1999 al 31/12/1999 (30,00 semanas); 01/02/2000 al 30/04/2000 (0 semanas), y del 01/06/2000 al 30/06/2000 (0 semanas).

[64] El Acto Legislativo 01 de 2005 entró a regir a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial, es decir, el 25 de julio de 2005.

[65] La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado (Consejero ponente William Zambrano Cetina), bajo el radicado número 11001-03-06-000-2013-00540-00(2194), el 10 de diciembre de 2013 dio respuesta a la consulta realizada por el Ministerio del Trabajo en el sentido de si en virtud de lo establecido en el párrafo transitorio 4 del Acto Legislativo 1 de 2005, el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 termina el 31 de diciembre de 2013 o el 31 de diciembre de 2014, en los siguientes términos: “De conformidad con el párrafo transitorio 4º del artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 1 de 2005, el régimen de transición para las personas señaladas en él, se extiende hasta el 31 de diciembre de 2014”.

[66] Las prestaciones dependerán del régimen en que se encuentre el afiliado o pensionado, pues mientras que en el régimen solidario de prima media con prestación definida, las prestaciones adicionales consisten en una mesada adicional en el mes de diciembre para los pensionados por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia, y un auxilio funerario (artículos 50 y 51 de la Ley 100 de 1993); en el régimen de ahorro individual con solidaridad las prestaciones y beneficios adicionales consisten en excedentes de libre disponibilidad, auxilio funerario, planes alternativos de capitalización y de pensiones, y garantía de crédito y adquisición de vivienda (artículos 85 al 89 de la Ley 100 de 1993).

[67] El artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, establece los requisitos generales que un afiliado al régimen pensional de prima media con prestación definida, debe cumplir para que se consolide en su favor una pensión de vejez: “1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre. || A partir del 1° de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

“2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. || A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015”. Esto indica que el señor Escudero solo deberá cumplir el requisito de tiempo de cotización (1300 semanas cotizadas), toda vez que en la actualidad tiene 75 años, para alcanzar una pensión de vejez en este régimen solidario.

En el régimen de ahorro individual con solidaridad, los requisitos para acceder al derecho a la pensión se establecen en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993. Al efecto, la disposición referida establece: “Requisitos para obtener la pensión de vejez. Los afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad, tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del índice de precios al consumidor certificado por el DANE. Para el cálculo de dicho monto se tendrá en cuenta el valor del bono pensional, cuando a éste hubiere lugar.

“Cuando a pesar de cumplir los requisitos para acceder a la pensión en los términos del inciso anterior, el trabajador opte por continuar cotizando, el empleador estará obligado a efectuar las cotizaciones a su cargo, mientras dure la relación laboral, legal o reglamentaria, y hasta la fecha en la cual el trabajador cumpla sesenta (60) años si es mujer y sesenta y dos (62) años de edad si es hombre”.

[68] En ambos regímenes solidarios, tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que sea declarado inválido y acredite haber cotizado por lo menos cincuenta (50)

semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, en caso de invalidez causada por enfermedad, o dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, en el evento de invalidez causada por accidente (artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003).

[69] En el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001 se consagró que cuando las incapacidades son superiores a 180 días, el trámite de calificación de la pérdida de capacidad laboral ante las juntas de calificación de invalidez puede postergarse hasta por 360 días adicionales, siempre que exista concepto favorable de rehabilitación. En estos casos, la norma señala que las administradoras de fondos de pensiones deben reconocerle al afiliado un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando (sentencia T-551 de 2013, MP María Victoria Calle Correa).

[70] El artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, establece los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes tanto en el régimen solidario de prima media con prestación definida como en el régimen de ahorro individual con solidaridad, en los siguientes términos: “Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes: || 1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y, || 2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento.

“Parágrafo 1°. Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.

“El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este parágrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez”.