

T-090-18

Sentencia T-090/18

ACUMULACION DE TIEMPOS COTIZADOS PARA EL RECONOCIMIENTO DE PENSION DE VEJEZ-
Caso en que se extendió la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 para realizar el cómputo de las cotizaciones al ISS y al régimen exceptuado del magisterio

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

Dado el carácter subsidiario de la acción de tutela, esta Corporación ha señalado de manera reiterada que generalmente esta no procede para ordenar el reconocimiento de pensiones cuando existan medios ordinarios idóneos y eficaces para tratar dichos asuntos. Sin embargo, la Corte ha permitido la procedencia excepcional cuando analizadas las particularidades del caso las acciones ordinarias se tornen ineficaces o cuando exista riesgo sobre la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Tratándose de sujetos de especial protección constitucional el examen se debe flexibilizar.

PENSION DE VEJEZ Y REGIMEN DE TRANSICION PREVISTO EN LA LEY 100/93-Reiteración de jurisprudencia

REGIMEN DE TRANSICION PREVISTO EN EL ARTICULO 36 DE LA LEY 100 DE 1993-Requisitos

REGIMEN DE TRANSICION-Vigencia hasta 2014 a partir de la promulgación del Acto Legislativo 01 de 2005

PENSION DE JUBILACION POR APORTES PREVISTA EN LEY 71 DE 1988-Requisitos

PENSION DE VEJEZ Y REGIMEN DE TRANSICION-Aplicación del Acuerdo 049/90

ACUMULACION DE TIEMPOS DE SERVICIOS PRESTADOS TANTO EN EL SECTOR PRIVADO COMO EN EL SECTOR PUBLICO-Reiteración de sentencia SU.769/14

DERECHO A LA PENSION DE VEJEZ-Orden a Colpensiones reconocer y pagar pensión de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990

Referencia: expediente T-6.435.059

Acción de tutela interpuesta por Luis Rafael Ávila Manjarrés contra la Secretaría de Educación Distrital de Barranquilla, Fiduprevisora S. A. y Colpensiones.

Magistrado Ponente:

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

La Sala Octava de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alberto Rojas Ríos, Carlos Bernal Pulido y José Fernando Reyes Cuartas, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la presente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión de los fallos dictados por el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Barranquilla del 25 de abril de 2017 y la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de la misma ciudad del 14 de junio de 2017, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por Luis Rafael Ávila Manjarrés contra la Secretaría de Educación Distrital de Barranquilla, la Fiduprevisora S.A. y Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El 24 de enero de 2017, el señor Luis Rafael Ávila Manjarrés promovió acción de tutela en contra de la Secretaría de Educación Distrital de Barranquilla y la Fiduprevisora S.A., al considerar que vulneraron sus derechos fundamentales al mínimo vital, al debido proceso, a la seguridad social y a la vida digna, al negarle el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes a pesar de haber cumplido con los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición estipulado en la Ley 100 de 1993.

1. Hechos[1]

Manifestó que cuenta con 68 años de edad[2] y que realizó aportes al ISS -actualmente Colpensiones- desde el 14 de octubre de 1968 hasta el día 31 de mayo de 2004, acumulando 700,57 semanas cotizadas con ocasión de las labores desempeñadas en varias

empresas del sector privado y los aportes como independiente al Consorcio Colombia Mayor.

Afirmó que al 1° de abril de 1994 contaba con 45 años de edad, cumpliendo así con uno de los requisitos para ser cobijado por el régimen de transición determinado en la Ley 100 de 1993.

Señaló que con posterioridad se vinculó como docente de la Secretaría de Educación Distrital de Barranquilla, desde el 19 de julio de 2004 hasta el 31 de julio de 2013, día en el cual fue retirado del servicio al cumplir la edad de retiro forzoso (Resolución del 5 de abril de 2013). Indicó que durante dicho tiempo acumuló 9 años y 13 días (464 semanas) de cotizaciones al Fondo de Pensiones del Magisterio administrado por la Fiduprevisora S.A.

Sintetizó su historia laboral en los sectores público y privado así:

Empleador

Fondo de pensión

Total días

Semanas cotizadas

Sector privado e independiente

Colpensiones

700.57

Sector público Secretaría de Educación Distrital

Magisterio

Desde 19-07-2004 hasta 30-07-2013

308.88

Total tiempos cotizados

1.164

Comentó que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, contaba con 752,99 semanas cotizadas con lo cual cumplía el requisito fijado en esa norma para ser beneficiario del régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014, en caso de lograr acceder a la pensión con anterioridad al 31 de julio de 2010. Expresó que a esa fecha contaba con 20 años de cotizaciones (1.009,45 semanas) acreditando así los requisitos para acceder a la pensión de jubilación por aportes consagrada en la Ley 71 de 1988 (art. 7[3]).

El 29 de diciembre de 2014, el actor solicitó ante Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de vejez[4]. Dicha entidad mediante Resolución GNR 167550 de 6 de junio de 2015 negó la petición con fundamento en que no reunía los requisitos dispuestos en el Acuerdo 049 de 1990 porque “dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad pensional (60 años), esto es desde el 29 de marzo de 1988 al mismo día y mes del año 2008 (calenda en que cumplió su natalicio 60), aportó un total de 118 semanas al sistema o 478 días, por lo que se puede concluir que no cumple con este requisito para acceder a una pensión de vejez”[5]; como tampoco acreditó las 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo, pues a juicio de esa institución solo acumulaba 636 semanas o 4453 días. Por otro lado, agregó Colpensiones que no alcanza los requerimientos estatuidos en la Ley 797 de 2003 ya que “solo ha tributado 636 semanas y en la actualidad son requeridas 1300”[6].

El 14 de febrero de 2016, solicitó ante Colpensiones que se adelantara un nuevo estudio de la pensión de vejez, la cual no había sido respondida al momento de surtirse el traslado de la acción de tutela (20 de abril de 2017)[7].

Refirió que el 2 de mayo de 2016, mediante apoderado, solicitó el reconocimiento de la prestación social ante la Secretaría de Educación Distrital de Barranquilla; sin embargo, dicha entidad negó la petición elevada mediante Resolución 09043 del 19 de julio de 2016, aduciendo que, con fundamento en lo conceptuado por Fiduprevisora S.A., el docente ingresó en 2004 al magisterio por lo que se le debe aplicar el régimen de prima media consagrado en la Ley 100 de 1993 en concordancia con la Ley 797 de 2003, no obstante

solo acredita 1158 semanas cuando para el 2013 requería 1250 semanas. Agregó el referido acto administrativo que el régimen de transición no aplica para el régimen pensional docente dada su calidad de sistema exceptuado.

Indicó que presentó recurso de reposición contra la mencionada decisión, argumentando que se deben respetar los derechos adquiridos de los beneficiarios del régimen de transición, conforme al Acto Legislativo 01 de 2005 y la sentencia SU-189 de 2012. Preciso que “si la Ley 812 manifiesta que nos tenemos que regir por los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993, si la SECRETARIA (sic) DE EDUCACION (sic) DISTRITAL DE BARRANQUILLA Y la FIDUPREVISORA S.A, aplican lo contenido en el Art. 33 de la Ley 100, deben aplicar Tambien (sic) el Art. 36 de la lisma Ley REGIMEN (sic) DE TRANSICION (sic), YA QUE LO UNICO (sic) QUE ES EXEPTUADO (sic) ES LA EDAD 57 AÑOS, y el Art. 81 la (sic) Ley 812 de 2003 y el Acto Legislativo 01 de 2005, no excluye ningún artículo de la Ley 100” [8].

Aseveró que el recurso de reposición fue resuelto mediante Resolución 15257 del 10 de Noviembre de 2016, que se confirmó el acto administrativo que negó el reconocimiento de la prestación, de la cual fue notificado el día 22 de noviembre de 2016.

Señaló que con ello se vulneraron sus derechos al debido proceso, los derechos adquiridos, la seguridad social, al mínimo vital y la vida digna, toda vez que es una persona de la tercera edad, no está recibiendo salarios ni ningún otro ingreso por lo que se encuentra en una precaria situación económica.

Agregó que fue retirado del servicio activo docente por llegar a la edad de retiro forzoso sin tener en cuenta el especial estado de vulnerabilidad e indefensión en los que se encuentra, ante la falta de sustento económico y varios problemas de salud que padece como hipertensión arterial, dislipidemia, problemas cardiovasculares y artrosis lumbar, patologías que exigen un tratamiento médico permanente.

En tales condiciones, solicitó la protección de los derechos fundamentales de petición, al debido proceso, al mínimo vital y a la vida digna, ordenando como mecanismo transitorio el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes como beneficiario del régimen de transición, por reunir los requisitos legales.

Anotó que con base en la Ley 812 de 2003 los docentes “tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003” [9], por lo cual no solo tiene derecho a que se le aplique el artículo 33 de la Ley 100, sino también a beneficiarse del régimen de transición, en virtud del principio de favorabilidad, como quiera que dicha remisión normativa en ningún momento excluyó el artículo 36 ejusdem.

2. Trámite procesal

Mediante auto del 27 de enero 2017, el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Barranquilla, admitió la acción de tutela y dispuso notificar al Secretario de Educación de Barranquilla y al Director de Fiduprevisora S. A para que se pronunciaran sobre los hechos y las pretensiones del actor[10].

2.1 Respuesta de la Secretaría de Educación del Distrito de Barranquilla[11]

La Secretaría de Educación de Barranquilla manifestó que la acción de tutela es improcedente toda vez que el demandante disponía de otro mecanismo de defensa judicial para obtener el beneficio que imploraba, al tenor del artículo 6º del Decreto estatutario 2591 de 1991.

Precisó que si el accionante acude al medio de control de nulidad y restablecimiento tendría una respuesta idónea y eficaz relacionada con la legalidad del acto administrativo que el actor considera ilegal, aunado a que cuenta con la medida cautelar de suspensión de la resolución que permitiría evitar el perjuicio irremediable que supuestamente padecería.

Agregó que el accionante al contar con 68 años de edad no es una persona de la tercera edad, en el entendido que “la ‘tercera edad - para efectos constitucionales empieza cuando se supera expectativa (sic) de vida’ según lo dispuso la Corte Constitucional”[12], que en la actualidad corresponde a un rango de 77 a 79 años.

2.2 Contestación de Fiduprevisora S.A[13]

Fiduprevisora indicó que atendiendo el carácter subsidiario del mecanismo de amparo, la acción presentada debía ser declarada improcedente al considerar que ni dicha entidad ni el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio han vulnerado los derechos

fundamentales del accionante.

3. Nulidad decretada en sede de instancia

3.1 El asunto fue fallado por el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Barranquilla el 8 de febrero de 2017, que no declaró improcedente la presente acción de tutela al incumplirse con el principio de subsidiariedad.

3.2 Mediante pronunciamiento del 24 de marzo de 2017, la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Barranquilla consideró que no se había integrado el contradictorio en debida forma al no incluir a Colpensiones en el presente asunto constitucional, por tanto, decretó la nulidad de todo lo actuado y remitió el expediente al despacho de primera instancia, para que este a su vez iniciara nuevamente el trámite de la acción de tutela.

3.3 Ese Despacho asumió nuevamente el conocimiento[14] y recibió la respuesta de Fiduprevisora S.A. que reiteró esencialmente los mismos argumentos expuestos en la respuesta reseñada anteriormente[15].

La entidad indicó que el amparo debe ser declarado improcedente en tanto el accionante tiene a su alcance mecanismos de defensa que deben ser agotados con anterioridad a la presentación de la acción de tutela. Indicó que el peticionario no presentó los recursos correspondientes contra la decisión de la entidad de no reconocerle la pensión de vejez.

Señaló que el 14 de febrero de 2016, el señor Ávila solicitó ante sus oficinas que se adelantara un nuevo estudio de la pensión de vejez, la cual no había sido respondida al momento de surtirse el traslado de la acción de tutela (20 de abril de 2017)[17], pues a su juicio tiene 4 meses para resolver peticiones sobre prestaciones económicas. Concluyó que se debe declarar la improcedencia de la acción por carencia actual de objeto por hecho superado, sin dar ninguna explicación sobre el particular.

4. Decisiones objeto de revisión

4.1 Primera instancia[18]

Mediante sentencia del 25 de abril de 2017, el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Barranquilla, declaró improcedente la acción de tutela interpuesta por Luis

Rafael Ávila Manjarrés contra la Fiduprevisora S. A., la Secretaría de Educación Distrital de Barranquilla y Colpensiones.

Lo anterior con fundamento en que la petición de amparo dirigida al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por aportes “no es la vía jurídica para debatir el conflicto de intereses que plantea el accionante, pues cuenta con la acción ante la jurisdicción contenciosa administrativa o la ordinaria laboral”.

De tal manera, la prosperidad de las pretensiones del actor mediante este mecanismo judicial desconocería el carácter de subsidiariedad de la acción de tutela, sumado a que en el expediente no se encuentra probada la existencia de un perjuicio irremediable que amerite una decisión inmediata.

3.2 Impugnación[19]

El accionante presentó impugnación contra el fallo de primera instancia, bajo el argumento de que no se tuvo en cuenta la situación de vulnerabilidad en indefensión en la que se encuentra, su avanzada edad -68 años- y la especial protección constitucional que lo cobija, dado que el salario que recibía como docente le fue retirado, afectando su mínimo vital. Señaló que debido a sus múltiples padecimientos de salud el medio ordinario no es eficaz comoquiera que puede demorarse indefinidamente una decisión, poniendo en riesgo que no esté vivo al momento del pronunciamiento del juez administrativo. Agregó que el juez de primera instancia desconoció el precedente judicial fijado por esta Corporación relacionado con el régimen de transición.

3.3 Segunda instancia[20]

El Tribunal Superior de Distrito Judicial de Barranquilla -Sala Penal-, mediante sentencia del 14 de junio de 2017, confirmó el fallo de primera instancia al encontrar que la situación aludida por el actor y el material probatorio allegado, evidenciaban que no se cumplían los requisitos desarrollados jurisprudencialmente para que el juez hubiese estudiado de fondo el presente asunto. Luego de citar decisiones de esta Corporación, indicó que existían otros mecanismos de defensa judicial que resultaran idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, se debía recurrir a ellos y no a la tutela.

Consideró además que el juez de primer nivel acertó al considerar que la acción de amparo era improcedente para proteger los derechos fundamentales invocados por el actor como violentados, en tanto cuenta con otro mecanismo de defensa judicial para reclamar su derecho pensional, bien sea ante la justicia ordinaria laboral o ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Adujo que el actor solo manifestó una amenaza latente que pudiere comprometer su capacidad económica, pero a la vez no probó tal situación, lo que motivó a que la presente acción constitucional no fuera considerada procedente.

4. Pruebas obrantes en el expediente

Entre las pruebas aportadas en el trámite de la acción de tutela, esta Sala destaca las siguientes:

- Copia de la historia laboral del señor Ávila Manjarrés expedida por Colpensiones[21].
- Copia de la información laboral formato núm. 1 del señor Luis Rafael Ávila Manjarrés expedida por la Secretaría de Educación Distrital de la ciudad de Barranquilla[23].
- Copia de la solicitud de pensión de vejez por aportes, dirigida por el actor a la Secretaría de Educación de Barranquilla, al Fondo de Pensiones del Magisterio y a la Fiduprevisora S.A.[24].
- Copia de la Resolución núm. 09043 del 19 de julio de 2016, expedida por la Secretaría de Educación Distrital de Barranquilla mediante la cual se negó la solicitud de pensión de vejez al señor Luis Rafael Ávila Manjarrés por no cumplir con los requisitos de ley vigentes[25].
- Copia de la Resolución núm. 015257 del 10 de noviembre de 2016, expedida por la Secretaría de Educación Distrital de Barranquilla mediante la cual se negó el recurso de reposición presentado por el señor Ávila Manjarrés frente a la Resolución 09043 de 2016[26].
- Copia de la Resolución 01550 del 5 de abril de 2013, por medio de la cual la Secretaría de Educación de Barranquilla declaró el retiro forzoso del señor Luis Rafael Ávila Manjarrés[27].
- Copia de la Resolución 04127 del 6 de septiembre de 2010, por la cual la Secretaría de

Educación de Barranquilla revocó parcialmente la terminación de del nombramiento en provisionalidad del señor Luis Rafael Ávila Manjarrés[28].

- Constancia expedida por la Subsecretaria de Talento Humano de la Gobernación del Atlántico donde se consigna que el señor Ávila Manjarrés no está pensionado por ese ente territorial[29].

- Certificación expedida por Colpensiones donde consta que el accionante no está pensionado por esa entidad[30].

- Constancia expedida por los servicios médicos del magisterio del Atlántico -Clínica General del Norte- en el cual se determinó un diagnóstico del señor Ávila Manjarrés de Hipertensión Arterial, Dislipidemia y Artrosis Lumbar[31].

- Certificación expedida por el Coordinador de afiliaciones de la Unión temporal del Norte Región 3 Magisterio Atlántico donde consta que el señor Luis Rafael Ávila Manjarrés estuvo vinculado como docente desde el 19 de julio de 2004 y la novedad de retiro se presentó el 12 de agosto de 2013[32].

- Impresión del Registro Único de Afiliados a la Protección Social -RUA- consultado el 22 de enero de 2017, en el cual se evidencia que el actor no está vinculado a ninguna EPS[33].

- Copia de la cédula de ciudadanía del señor Luis Rafael Ávila Manjarrés[34].

- Copia de la Resolución núm. 167550 del 6 de junio de 2015, expedida por Colpensiones Barranquilla mediante la cual se negó una pensión de vejez al señor Luis Rafael Ávila Manjarrés por no acreditar los requisitos dispuestos para tal fin en la Ley 797 de 2003 (art. 9)[35].

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sala es competente para analizar el fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, y 31 a 36 del Decreto Estatutario 2591 de 1991.

2. Planteamiento del problema jurídico

Conforme lo expuesto, corresponde a esta Sala de Revisión determinar si ¿una entidad territorial a la cual estuvo vinculado un docente, quien también acumula cotizaciones a Colpensiones, conculca los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital, al negarle el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por aportes definida en la Ley 71 de 1988 con fundamento en que no es beneficiario del régimen de transición del art. 36 de la Ley 100 de 1993?

Además, teniendo en cuenta la vinculación efectuada en instancia se determinará si ¿Colpensiones vulneró los derechos fundamentales del accionante a la seguridad social y al mínimo vital al no haber permitido la acumulación de los tiempos cotizados en el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, para el reconocimiento de la pensión de vejez derivada del Acuerdo 049 de 1990, conforme al precedente de la sentencia SU-769 de 2014?

Para resolver los problemas jurídicos planteado la Corte analizará: i) la procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de derechos pensionales; ii) el régimen de transición en la Ley 100 de 1993; iii) la pensión de jubilación por aportes consagrada en la Ley 71 de 1988; iv) la acumulación de tiempos en el reconocimiento de la pensión de vejez en virtud del Acuerdo 049 de 1990; y v) el caso concreto.

3. Procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de derechos pensionales

3.1 El artículo 86 de la Constitución Política establece que cualquier ciudadano podrá recurrir a la acción de tutela para solicitar la protección de sus derechos fundamentales cuando estos se vean vulnerados por la acción u omisión de las autoridades o de los particulares, en los casos previstos en la ley.

En desarrollo, el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 consagró que la acción de tutela solo procede i) cuando no exista otro medio de defensa judicial, ii) contando con ellos, cuando no sean eficaces e idóneos para lograr la protección de los derechos fundamentales y, iii) de manera transitoria para prevenir la ocurrencia de un perjuicio irremediable[36].

3.2 Sin desconocer el carácter fundamental del derecho a la seguridad social, la Corte ha

reiterado que, como regla general, no procede la acción de tutela en materia de reconocimiento y pago de prestaciones sociales en razón a su carácter subsidiario y residual, por lo cual esta clase de litigios deben conocerse por la jurisdicción ordinaria laboral o la contencioso administrativa según corresponda[37].

Sin perjuicio de lo anterior, también ha considerado que excepcionalmente la acción de tutela es el mecanismo apropiado y oportuno ante “la necesidad de salvaguardar bienes iusfundamentales cuya protección resulta impostergable”[38], porque las herramientas jurídicas de las cuales dispone el ordenamiento carecen de idoneidad y eficacia para tal cometido. En esa medida, este Tribunal ha señalado que funge como medio idóneo cuando “el agotamiento de los medios ordinarios de defensa supone una carga procesal excesiva para el peticionario. Esto puede ocurrir cuando el accionante es un sujeto de especial protección constitucional o cuando, por cualquier otra razón, el trámite de un proceso ordinario lo expone a un perjuicio irremediable”[39].

Igualmente, esta Corporación ha permitido en virtud del principio de igualdad la flexibilización del examen de procedibilidad “en las situaciones en que el demandante es un sujeto de especial protección constitucional, o se encuentra en posición de debilidad manifiesta, en razón de la protección reforzada que ostentan dichos individuos”[40].

3.3 De tal forma, al verificar el acatamiento del requisito de subsidiariedad, el juez de tutela debe revisar en cada caso tales características -idoneidad y eficacia-[41], comoquiera que su sola consagración legal no es suficiente para garantizar su utilidad en el asunto en concreto[42]. Al respecto, ha considerado este Tribunal que “[l]a determinación de la eficacia e idoneidad de los recursos ordinarios no debe obedecer a un análisis abstracto y general. Es competencia del juez constitucional establecer la funcionalidad de tales mecanismos, teniendo en cuenta la situación del accionante, para concluir si ellos, realmente, permiten asegurar la protección efectiva del derecho cuyo amparo se pretende. Es decir, si dichos medios de defensa ofrecen la misma protección que el juez constitucional podría otorgar a través del mecanismo excepcional de la tutela y si su ejecución no generaría una lesión mayor de los derechos del afectado”[43].

Las circunstancias concretas del asunto bajo estudio son los únicos elementos de juicio para concluir “si el amparo desplaza los medios de defensa existentes en la jurisdicción laboral y

contenciosa”[44]. En efecto, esta Corporación ha enunciado algunos presupuestos indicativos de la procedencia del amparo deprecado, tales como “i) el estado de salud del solicitante; ii) el tiempo que la autoridad pensional demoró en desatar el procedimiento administrativo; iii) la edad del peticionario; iv) la composición del núcleo familiar del mismo, por ejemplo el número de personas a cargo, o si ostenta la calidad de cabeza de familia; v) el potencial conocimiento de la titularidad de los derechos, al igual que las acciones para hacerlos valer; y vi) las circunstancias económicas del interesado, análisis que incluye el promedio de ingresos frente a los gastos, el estrato socioeconómico y la calidad de desempleado”[45].

Adicionalmente, la Corte ha considerado que la acción judicial ordinaria se torna ineficaz cuando el solicitante presenta una edad avanzada y un estado de salud deteriorado, al tiempo que debe responder por las necesidades de su núcleo familiar[46], toda vez que la pensión de vejez “reemplaza los ingresos del trabajador en el evento en que éste deja su actividad laboral[47]. Esos dineros permiten la satisfacción del derecho a la seguridad social y al mínimo vital del interesado además de su familia, incluso al nivel de vida alcanzado[48]”[49].

3.4 Bajo tales premisas, la jurisprudencia de este Tribunal ha decantado las siguientes reglas jurisprudenciales en relación con la procedencia de la acción constitucional como mecanismo definitivo:

“a. Que la falta de pago de la prestación o su disminución, genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital,

b Que el accionante haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial con el objetivo de que le sea reconocida la prestación reclamada.

c. Que se acredite siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados[50] y

d. Que exista “una mediana certeza sobre el cumplimiento de los requisitos de reconocimiento del derecho reclamado[51]”. [52]

3.5 Por su parte, en la SU-856 de 2013, la Corte determinó cuatro requisitos necesarios para habilitar la procedencia excepcional de la petición de amparo constitucional como mecanismo transitorio para el reconocimiento de la pensión de vejez, a saber:

“a) Que la persona haya agotado los recursos en sede administrativa y la entidad mantenga su decisión de no reconocer el derecho.

b) Que se hubiere acudido ante la jurisdicción respectiva, se estuviere en tiempo de hacerlo o ello fuere imposible por motivos ajenos al peticionario.

c) Que además de tratarse de una persona de la tercera edad, ésta demuestre la amenaza de un perjuicio irremediable, esto es, que el perjuicio afecte la dignidad humana, la subsistencia en condiciones dignas, la salud, el mínimo vital, que existan lazos de conexidad con derechos fundamentales, o que evidencie que someterla a los trámites de un proceso ordinario le resultaría demasiado gravoso.

d) En concordancia con lo anterior, para determinar si la acción de tutela es o no procedente como mecanismo transitorio, no resulta suficiente invocar fundamentos de derecho, sino que son necesarios también fundamentos fácticos que den cuenta de las condiciones materiales de la persona. En caso contrario, el asunto adquiere carácter estrictamente litigioso y por lo mismo ajeno a la competencia del juez de tutela.”

3.6 En suma, dado el carácter subsidiario de la acción de tutela, esta Corporación ha señalado de manera reiterada que generalmente esta no procede para ordenar el reconocimiento de pensiones cuando existan medios ordinarios idóneos y eficaces para tratar dichos asuntos. Sin embargo, la Corte ha permitido la procedencia excepcional cuando analizadas las particularidades del caso las acciones ordinarias se tornen ineficaces o cuando exista riesgo sobre la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Tratándose de sujetos de especial protección constitucional el examen se debe flexibilizar.

4. El régimen de transición en la Ley 100 de 1993

4.1 La Ley 100 de 1993 creó el régimen general de pensiones derogando todos aquellos sistemas existentes previo a su entrada en vigencia[53]; no obstante, en el artículo 36 se instituyó un periodo de tránsito normativo, así:

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

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

La adopción de esta herramienta jurídica buscaba “proteger a quienes tenían la expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez de conformidad con los requisitos establecidos en la normatividad anterior”[54].

En tal contexto, bajo los presupuestos para hacerse acreedor del régimen de transición fueron estatuidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el afiliado podría continuar con un sistema pensional anterior a la entrada en vigencia de esa norma, esto es, el 1º de abril de 1994, por lo cual al trabajador se le harían exigibles los requisitos (edad y tiempo de servicio -semanas cotizadas-), fijados en ese esquema pensional y no los del régimen de prima media con prestación definida, siempre que acreditaran una de las siguientes condiciones: i) contar como mínimo con 35 años de edad para las mujeres y 40 para los hombres; y ii) demostrar 15 años o más de servicios prestados.

El Acto Legislativo 01 de 2005 puso como fecha máxima para disfrutar de este beneficio el 31 de julio de 2010, sin embargo dejó abierta la posibilidad para que excepcionalmente se extendiera hasta el año 2014, siempre que el afiliado acreditara 750 semanas cotizadas al momento de expedición de la referida reforma constitucional. Así las cosas, quienes no alcanzaran a reunir los requisitos en cita debían someterse al sistema ordinario de la Ley 100 de 1993[55], modificado por la Ley 797 de 2003[56].

4.2 La Corte ha considerado que el régimen de transición es “un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten

desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse, en el momento del tránsito legislativo”[57].

En sentencia C-596 de 1997 se concluyó que esta disposición es aplicable a los servidores públicos que reúnan los elementos determinados en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a partir de una lectura armónica con el resto del articulado de esa normativa.

“(…) los servidores públicos que, cumpliendo los mencionados requisitos de edad no estaban afiliados a ningún régimen pensional en el momento de entrar a regir la nueva ley, tienen la posibilidad de pensionarse a la edad de 55 años si se trata de mujeres, o de 60, si se trata de hombres, y no pierden el tiempo de servicio ni las semanas de cotización que hayan acumulado con anterioridad a tal fecha.

En efecto, son varias las normas contenidas en el Régimen General de Pensiones que se refieren a los servidores públicos que se encuentran en esta situación, que analizadas en su conjunto conducen a la conclusión anteriormente señalada:

En primer lugar, el artículo 13 de la Ley 100, que describe las características del nuevo sistema, en su literal f) señala que para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en cualquiera de los dos regímenes pensionales, se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la nueva ley, sin importar si dicha cotización se hizo al ISS o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o del sector privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera que sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicios;

En segundo lugar, el artículo 33 de la ley en comento, al definir los requisitos generales para tener derecho a la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida, indica que es necesario haber cotizado un mínimo de mil semanas en cualquier tiempo, señalando que para el cómputo de dichas semanas se tendrá en cuenta, entre otros, ‘el tiempo de servicio como servidor público’.

En tercer lugar, el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que es la norma especial que regula la pensión de vejez de las personas que al entrar en vigencia el nuevo Sistema

de Seguridad Integral tenían 35 o más años, si se trataba de mujeres, o 40 o más años, si se trataba de hombres, expresamente menciona que para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de tales personas, se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la ley, 'al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera que sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio.'

En conclusión, aquellos servidores públicos que tenían en el momento de entrar en vigencia la nueva ley las edades mencionadas, se jubilarán a los 55 o 60 años de edad, según se trate de mujeres o de hombres, respectivamente; y el tiempo de servicio que como servidores públicos hayan trabajado en cualquier tiempo, siempre se les tendrá en cuenta."

De conformidad con ello, para la Corte es claro que el legislador buscaba favorecer el derecho pensional de los afiliados al haber dispuesto que se tendrán en cuenta los tiempos cotizados en cualquier fondo, caja o entidad del sector público o privado, con lo cual en ningún momento se excluyó a los empleados del Estado de la aplicación de los beneficios contenidos en la Ley 100 de 1993.

En el mismo sentido, este Tribunal en sentencia T-105 de 2012 adujo que: "el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 permite la coexistencia de múltiples regímenes pensionales, con el previo cumplimiento de los requisitos antes mencionados, que han sido clasificados de la siguiente manera, entre otros: i) el de los docentes oficiales; ii) los congresistas; iii) la rama judicial; iv) el ministerio público; v) el régimen de los trabajadores particulares no afiliados al seguro social (artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo); vi) el anterior del Seguro Social (Acuerdo 049 de 1990 expedido por la Junta Directiva de esa entidad, aprobado por el Decreto 758 de 1990); vi) el anterior del sector público (Ley 33 de 1985 y 71 de 1988), aplicado a los empleados públicos y trabajadores oficiales del nivel nacional y territorial".

4.3 Por consiguiente, la jurisprudencia constitucional ha avalado la aplicación del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 a los servidores públicos sin distinción alguna, permitiendo la coexistencia de diversos sistemas pensionales entre ellos el general y el

especial de los docentes.

5. La pensión de jubilación por aportes consagrada en la Ley 71 de 1988

5.1 Entre los esquemas prestaciones subsistentes gracias al tránsito normativo permitido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se encuentra el consagrado en la Ley 71 de 1988[58], el cual incorpora la pensión de jubilación por aportes en los siguientes términos:

El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas”.

Bajo tal entendido, se permite la acumulación de aportes efectuados a entidades de previsión social en el sector público y al ISS en el privado, de manera que se acrediten 20 años de cotizaciones sin importar su origen.

5.2 Este Tribunal ha manifestado en torno a esta prestación social, en los siguientes términos:

“Así, en el sector oficial, el reconocimiento y pago de las pensiones de los servidores públicos correspondía en general a la Caja Nacional de Previsión (CAJANAL) y a las cajas de las entidades territoriales, aun cuando también existían otras entidades oficiales encargadas de ese manejo para determinados sectores de empleados, como los miembros de la Fuerza Pública. Por su parte, inicialmente, el reconocimiento y pago de las pensiones de los trabajadores privados era responsabilidad directa de ciertos empresarios, ya que la jubilación, conforme a la legislación laboral, en especial al artículo 260 del Código del Trabajo y a las leyes 6 de 1945 y 65 de 1946, era una prestación especial únicamente para ciertos patronos, a saber para las empresas con capital mayor a ochocientos mil pesos. Igualmente, en algunos casos, y para determinados sectores económicos, la normatividad laboral admitió que se constituyeran cajas de previsión privadas, como CAXDAC. Finalmente, sólo a partir de 1967, el ISS empezó a asumir el reconocimiento y pago de pensiones de trabajadores privados.

Esas distintas entidades de seguridad social no sólo coexistían sino que prácticamente no había relaciones entre ellas. Así, en el sector privado, el ISS no tenía responsabilidades

directas en relación con los trabajadores de aquellas empresas que reconocían directamente pensiones, ni con los empleados afiliados a las cajas previsionales privadas (...) en términos generales, había una suerte de paralelismo entre los distintos regímenes de seguridad social que, como esta Corte lo ha reconocido, era una de las principales causas de la ineficiencia en el sector y de la vulneración de los derechos de los trabajadores.

En tal contexto, una de las finalidades esenciales de la Ley 100 de 1993, en desarrollo de los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad que rigen la seguridad social (CP art. 48), fue superar esa desarticulación entre los distintos regímenes pensionales, que no sólo hacía más difícil el manejo general de esta prestación sino que se traducía en inequidades manifiestas para los trabajadores. Así, durante mucho tiempo fue imposible acumular semanas o tiempos de trabajo laborados frente a distintos patronos, con lo cual las posibilidades de muchos empleados de acceder a la pensión eran mínimas.”[59]

En esa medida, se trata entonces de una ley que permite acceder a la pensión de jubilación cuando se hubieren hecho aportes a las Cajas de Previsión del orden nacional o territorial, es decir, estas cotizaciones deben ser anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, con la cual se dispuso suprimir tales entidades de previsión para dar lugar a la creación de las administradoras de fondos de pensiones.

6. Acumulación de tiempos en el reconocimiento de la pensión de vejez en virtud del Acuerdo 049 de 1990

6.1. Otro de los regímenes pensionales que hacen parte del tránsito normativo promovido por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, está contenido en el Decreto 758 de 1990 por medio del cual se aprobó el Acuerdo 049 de 1990, en el cual se estipula el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte. Ese cuerpo normativo establece los siguientes requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez:

“Artículo 12: Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:

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

edad, si 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 mil (1.000) semanas de cotización sufragadas en cualquier tiempo”

6.2. La aplicación de este sistema pensional ha tenido una evolución jurisprudencial. Así en sentencia T-490 de 2017 se destacó que “[e]n un principio, la Corte señaló que los beneficiarios del régimen de transición, afiliados al sistema de prima media con prestación definida y cuyas cotizaciones fueron realizadas exclusivamente al Seguro Social, tenían derecho a que su pensión se estudiara con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990[60]”. Esa primera interpretación de la norma contaba con los siguientes argumentos:

“(i) El Acuerdo 049 de 1990 “fue expedido por el Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, para regulación exclusiva de las prestaciones reconocidas por ese Instituto”;

(ii) En el referido Acuerdo no se contempla la posibilidad de acumular 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 contenido en el literal “b” del artículo 12 del acuerdo, esto es, 500 semanas cotizadas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad para pensionarse, “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”[61].

En virtud de esta interpretación, el interesado en la acumulación de tiempos de servicio tanto del sector público como del privado, perdería los beneficios del régimen de transición en tanto para ello debería acogerse en su integridad a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, normatividad que sí permite ese tipo de acumulación”[62].

Con posterioridad, la Corte vio la necesidad de sentar la jurisprudencia para que se permitiera el cómputo de periodos cotizados en el sector privado (ISS) con los aportes

generados con ocasión del servicio prestado a entidades públicas, pues muchos afiliados no alcanzaban a acreditar el número de semanas requeridas exclusivamente con sus aportes al ISS. En tal escenario, se profirió la SU-769 de 2014[63].

En esa providencia se autorizó la acumulación de tiempos públicos y privados en razón del principio de favorabilidad de origen constitucional (art. 53 C. Pol) según el cual en caso de duda en la aplicación de una fuente formal del derecho, el operador debe preferir la situación más favorable al trabajador. La Corte justificó esta posición en que:

“(i) Del tenor literal de la norma no se desprende que el número de semanas de cotización requeridas lo sean las aportadas exclusivamente al ISS;

(ii) El régimen de transición se circunscribe a tres ítems -edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas, y monto de la pensión-, dentro de los cuales no se encuentran las reglas para el cómputo de las semanas cotizadas, lo cual sugiere que deben ser aplicadas las del sistema general de pensiones.

Bajo esta interpretación, para obtener la pensión de vejez en virtud del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, es posible acumular tiempos de servicios tanto del sector público cotizados a cajas o fondos de previsión social, como del sector privado cotizados al Instituto de Seguros Sociales. Esto, por cuanto dicha disposición no exige que las cotizaciones hayan sido efectuadas exclusivamente al seguro social y porque la aplicación del régimen de transición solamente se limita a los tres ítems previamente señalados, donde no se encuentra aquel referente al cómputo de las semanas, requisito que debe ser determinado según lo dispuesto en la Ley 100 de 1993” [64]. (Negrillas fuera de texto original)

En materia del respaldo de los aportes independientemente de la entidad administradora del régimen pensional, este Tribunal consideró:

“De lo anterior se deriva que al asumir la carga pensional era la entidad pública la obligada a responder por los aportes para pensiones, y en caso de no hacerlo debe entonces asumir el pago de los mismos a través del correspondiente bono pensional. El hecho de no haberse realizado las cotizaciones no puede convertirse en una circunstancia imputable al empleado, ni se trata de una carga que este deba soportar, mucho menos para efectos del reconocimiento de un derecho pensional.

Independientemente del régimen sobre el cual se hayan realizado estos pronunciamientos, se trata de una interpretación que busca proteger los limitantes sobre las garantías de los trabajadores y por lo mismo deben ajustarse a cualquier régimen sobre el cual exista duda respecto a si deben tenerse en cuenta las semanas no aportadas por la entidad pública para efectos de los derechos pensionales.

Puntualmente, la Sala Plena concluyó sobre la conmutabilidad de semanas cotizadas en el sector público y privado:

“El cómputo de las semanas cotizadas es un aspecto que quedó consagrado en la Ley 100 de 1993 precisamente para dar solución a la desarticulación entre los diferentes regímenes que durante un tiempo hizo imposible acumular tiempos de servicio con diferentes empleadores, reduciendo notablemente la posibilidad de los trabajadores para acceder a la pensión de vejez.

De conformidad con los precedentes jurisprudenciales reseñados en la parte considerativa de esta sentencia, para efecto del reconocimiento de esta prestación 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.

9.2. Por otro lado, según se decantó en esta providencia, por ser la postura que mejor se ajusta a la Constitución y a los principios de favorabilidad y pro homine, y que maximiza la garantía del derecho fundamental a la seguridad social, tal acumulación es válida no solo para los casos en que fueron acreditadas 1000 semanas en cualquier tiempo, sino también para los eventos en los que se demostró haber reunido un total de 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad requerida.

9.3. Finalmente, también es posible acumular el tiempo laborado en entidades públicas respecto de las cuales el empleador no efectuó las cotizaciones a alguna caja o fondo de previsión social, con las semanas aportadas al Instituto de Seguros Sociales. Lo anterior, toda vez que se trata de una circunstancia que puede limitar el goce efectivo del derecho a la seguridad social, y porque el hecho de no haberse realizado las respectivas cotizaciones o descuentos no es una conducta que deba soportar el trabajador, más aún cuando era la entidad pública la que asumía dicha carga prestacional”. (Negritas fuera de texto original)

Además, en sentencia T-490 de 2017, se coligió que el precedente fijado en la sentencia SU-769 de 2014 “extiende la garantía de la seguridad social, conforme con la máxima de progresividad contenida en los artículos 48 C. Pol. y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

6.3 En conclusión, la acumulación de tiempos públicos y privados en el régimen del Acuerdo 049 de 1990 para la Corte ha fungido como una herramienta al servicio del afiliado con la finalidad que pueda concretar su situación pensional, debido a que no registra todos sus aportes en un solo sector (público o privado). En esa medida, este Tribunal ha autorizado la extensión de la referida norma en el cómputo de cotizaciones de diferente naturaleza en razón a que con ello se materializan los principios de favorabilidad, pro homine y progresividad.

7. Caso Concreto

7.1 Planteamiento del caso sub examine

El señor Luis Rafael Ávila Manjarrés realizó cotizaciones al ISS entre 1968 y el 2004, año en el que ingresó como docente del Distrito de Barranquilla, efectuando aportes al fondo de prestaciones sociales del magisterio desde el año 2004 hasta el 2013 cuando fue apartado del servicio al haber cumplido la edad de retiro forzoso.

El accionante pidió el reconocimiento de la pensión de vejez ante Colpensiones que, mediante acto administrativo, concluyó que el actor tenía derecho a la aplicación del régimen de transición debido a que en 1994 contaba con el requisito de edad exigido por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Sin embargo, denegó lo pretendido con fundamento en que no acreditaba 1000 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima (60 años) conforme al Decreto 758 de 1990 (Acuerdo 049 de 1990). Además, estimó que analizados los requisitos a la luz de la Ley 797 de 2003 tampoco reunía el número de semanas necesarias (1300) para otorgarle su derecho pensional. De nuevo, el 14 de febrero de 2016 solicitó una evaluación de su situación prestacional, la cual no había sido resuelta al momento de surtir el traslado de la presente acción (20 de abril de 2017).

Posteriormente, requirió a la Secretaría de Educación Distrital de Barranquilla que le otorgara la pensión de jubilación por aportes (Ley 71 de 1988). Empero, la entidad negó la petición elevada bajo el argumento de que el accionante ingresó como docente en 2004, es decir, en vigencia de la Ley 812 de 2003 por lo que se debe aplicar el régimen de prima media consagrado en la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. Agregó que el señor Ávila no era beneficiario del régimen de transición comoquiera que este no se aplica a los regímenes exceptuados de seguridad social. El actor presentó recurso de reposición que fue resuelto desfavorablemente por las mismas razones.

El actor actualmente cuenta con más de 69 años y varios padecimientos de salud que exigen un tratamiento permanente como hipertensión, dislipidemia, problemas cardiovasculares y artrosis lumbar, por lo cual indicó que ostenta la calidad de un sujeto de especial protección constitucional.

En esa medida, solicitó mediante acción de tutela la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, al debido proceso, a la seguridad social y a la vida digna, ordenando de manera transitoria a la Secretaría de Educación Distrital de Barranquilla el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes a la cual consideró que tiene derecho.

El Juzgado Único Penal Especializado de Barranquilla declaró improcedente el presente asunto al determinar que se incumple el requisito de subsidiaridad de la acción de tutela, en atención a que el demandante cuenta con los medios de la jurisdicción ordinaria laboral y de la contencioso administrativa para lograr la solución de su reclamo. La Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Barranquilla confirmó la decisión de primera instancia debido a que los mecanismos judiciales eran idóneos y eficaces para lograr la protección de sus derechos.

Planteado el asunto a decidir, procede esta Corporación a determinar, como asunto previo, la procedibilidad de la acción de tutela en el caso concreto.

7.2. Examen de procedencia formal

7.2.1 En primer lugar, analizado el expediente aparece probado que las partes cuentan con

legitimación en la causa tanto por activa como por pasiva, debido a que el accionante es el titular del derecho pensional reclamado y, tanto la Secretaría de Educación Distrital de Barranquilla como Colpensiones son las entidades eventualmente encargadas del reconocimiento de la respectiva prestación social.

7.2.2 En torno al requisito de inmediatez, la Corte ha manifestado que la acción de tutela puede ser interpuesta en un tiempo razonable desde la ocurrencia de los hechos causantes de la trasgresión o amenaza, teniendo en cuenta que pretende brindar protección inmediata de los derechos del accionante.

Como se observa en el expediente, la pensión de jubilación por aportes fue negada al señor Ávila Manjarrés por medio de la Resolución 09043 del 19 de julio de 2016[66] expedida por la Secretaría de Educación Distrital de Barranquilla y, de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, fue notificada el 10 de agosto de 2016[67] al peticionario a través de su apoderado. Impugnada la anterior decisión, la entidad accionada procedió a confirmarla al resolver el recurso de reposición en Resolución 15257 del 10 de noviembre de 2016[68], siendo notificada al accionante el 22 de noviembre de 2016[69].

Adicionalmente, en relación con las acciones u omisiones que pudieren generar una afectación a los derechos del actor por parte de Colpensiones, se observa cumplido el requisito de inmediatez, debido a que a la fecha de interposición de la acción no se había dado respuesta a su solicitud de evaluación de la pensión de vejez y, porque, pese a que la resolución por medio de la cual se negó la prestación data de junio de 2015, este es un derecho cuya exigibilidad es de tracto sucesivo, de manera que la presunta vulneración permanece en el tiempo.

7.2.3 Ahora bien, respecto del principio de subsidiariedad de la acción de tutela, la Sala advierte que el reconocimiento pensional pretendido por el actor, en principio, cuenta con mecanismos ordinarios para su solución. De allí que contra las resoluciones expedidas por parte de la Secretaría de Educación Distrital de Barranquilla procede el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho estatuido en el artículo 138 del C.P.A.C.A., mientras que el acto administrativo suscrito por Colpensiones es susceptible de ser demandado ante la jurisdicción ordinaria laboral conforme al artículo 2.5 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social[70].

Sobre el particular, advierte la Sala que tales herramientas jurídicas son idóneas para reclamar la definición de la pensión de jubilación por aportes o de la pensión de vejez a las cuales el actor estima que tiene derecho. Sin embargo, ninguno de esos medios es eficaz en este caso, debido a que las condiciones de vulnerabilidad del actor (69 años de edad y padece hipertensión, dislipidemia, problemas cardiovasculares y artrosis lumbar) suponen una protección inmediata, que ni el juez contencioso ni el juez laboral puede otorgar, incluso en uso de las medidas cautelares que determina el ordenamiento en relación con esos procesos.

En el mismo sentido, esta Colegiatura consideró en sentencia T-369 de 2016 al analizar una petición pensional de una persona que sufría enfermedades crónicas “que si bien es cierto que la accionante puede acudir al juez natural para, a través de los medios de control de la actividad de la administración, proponer su controversia, también lo es que se trata de una persona en precarias condiciones de salud, que requiere que su situación sea atendida por un juez constitucional, debido a que no se encuentra en condiciones de esperar los términos que tarda el proceso judicial que presente (sic) ser asumido como principal, dada su enfermedad de pronóstico negativo”.

Entonces, procede la Corte a analizar las subreglas determinadas por este Tribunal en materia de procedencia de la acción constitucional para el reconocimiento de derechos pensionales enunciadas en el considerando 3.4 de esta providencia:

i) Que la falta de pago de la prestación o su disminución, genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital

Al respecto, la Sala encuentra que el actor no está afiliado a ninguna entidad promotora de salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud[71], no cuenta con dinero para costear el tratamiento y los medicamentos para atender sus padecimientos de salud, aunado a que carece de recursos para garantizar su propia subsistencia, como quiera que su sustento derivaba exclusivamente del salario que percibía como docente oficial, cargo del que fue desvinculado al haber cumplido la edad de retiro forzoso hace más de 4 años.

Aunado a lo anterior, en la base de datos del Sisben[72] se advierte que el actor se encuentra en estado “VERIFICACIÓN - INGRESOS ALTOS”, sin embargo la fecha de la última actualización de la ficha y de la persona es el 12 de diciembre de 2009, momento en el cual

el actor aún prestaba sus servicios a la Secretaría de Educación de Barranquilla, toda vez que su retiro se produjo el 31 de julio de 2013, por consiguiente este documento no es indicativo de su capacidad económica.

Asimismo, el demandante por su edad es una persona que se encuentra al final de la etapa productiva de su vida, con pocas esperanzas de reingresar al mercado laboral y sin oportunidades para lograr un trabajo que ciertamente le permita satisfacer sus necesidades básicas. De ahí que se estime cumplido este parámetro.

ii) Que el accionante haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial con el objetivo de que le sea reconocida la prestación reclamada.

Aunado a ello, pidió el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes ante la Secretaría de Educación Distrital de Barranquilla[75], la cual fue denegada en la Resolución 09043 del 19 de julio de 2016. Del mismo modo, presentó recurso de reposición contra dicho acto, el cual fue confirmado mediante Resolución 15257 de 10 de noviembre de 2016 bajo la misma argumentación inicialmente ofrecida por la Secretaría, según la cual el docente no tenía derecho al régimen de transición determinado en la Ley 100 de 1993 por pertenecer a un sistema de pensiones exceptuado; sumado a que ingresó en 2004 por lo cual debe aplicársele la regulación incorporada mediante la Ley 797 de 2003 frente a la que no acreditaba el número mínimo de cotizaciones.

En esa medida, se encuentra demostrado este presupuesto al constatarse que el actor desplegó una actividad suficiente tendiente a lograr el reconocimiento de su pensión de jubilación ante la Secretaría de Educación Distrital de Barranquilla, respecto de la cual incluso ejerció los recursos correspondientes. Además porque fue diligente en torno a Colpensiones al haber solicitado el reconocimiento de la prestación y, una vez fue negada, insistir en pedir el estudio de la pensión de vejez.

iii) Que se acredite siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados

En el escrito de impugnación, el actor manifestó que padece enfermedades que deterioran su integridad notablemente y lo ponen en posición de desigualdad frente a los demás pues

“de solicitar justicia por otro medio de defensa judicial, que como sabemos por lo largos y demorados que son los procesos ante la justicia ordinaria y contenciosa administrativa, no estoy en condiciones de aguantar”[76].

Con estas declaraciones que se presumen ciertas debido a que no fueron refutadas por las entidades accionadas[77], aunado a que el accionante padece una afectación grave de su mínimo vital, no cuenta con recursos para garantizar su subsistencia, no trabaja formalmente desde hace 4 años, se advierte acatado este requisito, en la medida en que no está en condiciones de esperar los resultados de un proceso ordinario.

Sobre el particular, la jurisprudencia ha reiterado que “es razonable deducir que someter a un litigio laboral, con las demoras y complejidades propias de los procesos ordinarios, a una persona cuya edad dificulta el acceso a la vida laboral y que sus ingresos son precarios para el sostenimiento personal y el de su familia, resulta desproporcionadamente gravoso porque le ocasiona perjuicios para el desenvolvimiento inmediato de su vida personal y familiar y se le disminuye su calidad de vida. Por esta razón, la Corte ha concedido en múltiples oportunidades la tutela del derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, en forma definitiva, o transitoria, de personas cuyo derecho a la vida en condiciones dignas y al mínimo vital resultan afectados por la omisión atribuible a las entidades demandadas”[78].

En esos términos, se colige que tratándose de la protección reclamada por adultos mayores no es exigible el agotamiento de la vía ordinaria debido a que no se encuentran menores condiciones para soportar el tiempo que depara la resolución de dichos procesos.

iv) Que exista una mediana certeza sobre el cumplimiento de los requisitos de reconocimiento del derecho reclamado

En principio, se advierte que el accionante puede demostrar los requisitos para acceder a una pensión de vejez ya que cuenta con 69 años de edad y más de 1164 semanas cotizadas, como se analizará más adelante, con lo cual se acredita este elemento.

7.2.4 Adicionalmente, el accionante es un sujeto de especial protección constitucional en razón a su avanzada edad. Sobre el particular, en reiterada jurisprudencia, se ha destacado que “las personas de la “tercera edad”, los “adultos mayores” o los “ancianos” son titulares

de una especial protección por parte del Estado, cuando el perjuicio sufrido afecta la dignidad humana[79], la subsistencia en condiciones dignas[80], la salud[81], el mínimo vital[82], cuando surgen lazos de conexidad con derechos fundamentales[83], o cuando resulta excesivamente gravoso someterlas a los trámites de un proceso judicial ordinario[84]”[85].

Esta Corporación ha enfatizado en la procedibilidad de la acción de tutela para realizar solicitudes pensionales por parte de los adultos mayores debido a su condición de sujetos de especial protección constitucional y su estado de vulnerabilidad[86].

Dicha condición se acentúa teniendo en cuenta las patologías que padece -hipertensión, dislipidemia, artrosis lumbar[87]- enfermedades crónicas que exigen una atención continua y permanente, las cuales no puede atender debido a su desafiliación de sistema de salud[88].

Bajo tal contexto, por las circunstancias particulares de este asunto, esto es que el señor Luis Rafael Ávila Manjarrés (i) es un sujeto de especial protección constitucional, (ii) se encuentra en situación de vulnerabilidad, (iii) tiene más de 69 años de edad, (iv) presenta problemas graves de salud que requieren de tratamiento constante, y (v) donde se evidencia una afectación al mínimo vital, colige la Sala que otro medio judicial se torna ineficaz para la protección oportuna de sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital y en esa medida la acción de tutela es procedente en el presente caso.

Superado el examen de procedibilidad formal, corresponde a la Sala verificar si el señor Ávila es acreedor de la pensión de jubilación por aportes o de la pensión de vejez.

7.3 Análisis de la aplicación del régimen de transición

7.3.1 Para tal efecto, inicialmente, se observa que el tiempo cotizado por el actor, con base en el reporte expedido por Colpensiones[89] y la certificación del Coordinador de afiliaciones del magisterio en el Atlántico[90], es el siguiente:

Empleador

Ingreso

Retiro

Semanas cotizadas

Industrias Colombia

ISS - Colpensiones

14-10-1968

02-02-1969

16,00

Industrias Colombia

ISS - Colpensiones

03-02-1969

25-05-1970

68,14

Ind. Tecnoagricolas L

ISS - Colpensiones

03-06-1970

09-01-1971

31,57

Prodenvases Crown S.

ISS - Colpensiones

28-04-1971

31-01-1972

39,86

Crown Litometal S.A.

ISS - Colpensiones

01-02-1972

06-02-1981

468,14

Luis Rafael Ávila M. como independiente

ISS - Colpensiones

01-04-1995

30-04-1995

0,57

ISS - Colpensiones

01-06-2001

31-08-2001

12,86

ISS - Colpensiones

01-10-2001

31-12-2001

12,86

ISS - Colpensiones

01-01-2002

28-02-2002

7,71

ISS - Colpensiones

01-04-2002

30,00

ISS - Colpensiones

01-02-2003

28-02-2003

4,29

ISS - Colpensiones

01-04-2004

31-05-2004

8,57

Secretaría Educación Distrital de Barranquilla

Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio

19-07-2004

30-07-2013

TOTAL TIEMPO COTIZADO

1.164

7.3.2 Entonces, se estudiará si el actor es beneficiario del régimen de transición determinado en la Ley 100 de 1993. La Sala constató que el accionante nació el 29 de marzo de 1948, por lo que al 1º de abril de 1994 tenía 46 años edad como en efecto se reconoció expresamente en la Resolución GNR 167550 del 6 de junio de 2015 expedida por Colpensiones, donde se indicó que el señor Luis Rafael Ávila Manjarrés cumple con los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993[91].

Así las cosas, el accionante adquirió el derecho a estar cubierto con el régimen de transición desde el 1º de abril de 1994, fecha en la que cumplió los requerimientos exigidos en la ley. Por tanto, el haberse vinculado al magisterio y, en consecuencia, realizar aportes en pensiones al régimen especial de ese sector, no implica la pérdida de dicho beneficio en tanto la ley no lo consagra como tal. En efecto, el artículo 36 de la Ley 100 no realiza exclusiones dependiendo del origen de los afiliados ni excluye a los regímenes exceptuados para su aplicación.

En ese contexto, la Sala no comparte las afirmaciones efectuadas por la Secretaría Distrital de Educación de Barranquilla en la Resolución 09043 del 19 de julio de 2016, según la cual “dentro del régimen pensional docente el cual es exceptuado no se tiene en cuenta la transición para el régimen en mención por lo tanto no procedería la prestación según solicitud elevada por el docente en mención”[92]. Lo anterior con fundamento en que el intérprete y operador de la norma no puede excluir del beneficio allí determinado a quien la propia norma no sustrajo, de manera que no existe justificación constitucional que soporte tal diferenciación y al hacerlo la Secretaría conculcó gravemente los derechos del accionante e infringió la finalidad principal del periodo de transición, cual es, no perder “el tiempo de servicio ni las semanas de cotización que hayan acumulado con anterioridad a tal fecha”[93], para que los afiliados pudieran materializar su derecho pensional.

Igualmente, como se reseñó en la parte dogmática de esta providencia, la Corte en variada jurisprudencia ha admitido la aplicación del régimen de transición a docentes oficiales que

reúnan los requisitos de la Ley 100[94], en atención a que persigue la coexistencia de regímenes y sistemas pensionales.

7.3.3 Ahora bien, respecto de la vigencia de esta herramienta de tránsito normativo se tiene que el Acto Legislativo 01 de 2005 fijó que su aplicación no se extendería más allá del año 2014, para quienes a la entrada en vigencia de tal reforma constitucional acumularan 750 semanas cotizadas.

En el presente asunto, el señor Ávila cuenta con los siguientes tiempos cotizados según el reporte expedido por Colpensiones[95] y la certificación del Coordinador de afiliaciones del magisterio en el Atlántico[96]:

Fondo de pensión

Ingreso

Retiro

Semanas cotizadas

ISS – Colpensiones

14-10-1968

31-05-2004

700,57

Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio

19-07-2004

25-07-2005

52.42

TOTAL TIEMPO COTIZADO A LA ENTRADA EN VIGENCIA DEL A.L. 01/05

De la anterior información se puede inferir que el actor contaba con las 750 semanas exigidas en el Acto Legislativo 01 de 2005 para mantener el régimen de transición a 2014.

7.4 Estudio de la procedencia de la pensión de jubilación por aportes (Ley 71 de 1988)

Entonces, procede la Corte a analizar el reconocimiento de pensión de jubilación por aportes determinada en la Ley 71 de 1988 en atención a que constituye la pretensión principal del actor en el presente trámite. Los requisitos exigidos bajo esta norma se sintetizan en i) 60 años de edad para hombres y 55 para mujeres y, ii) 20 años de servicio sufragados en cualquier tiempo en una o varias entidades de previsión social y el Instituto de Seguros Sociales.

Sin embargo, se advierte que las cotizaciones efectuadas por parte del demandante en el régimen docente no corresponde a ninguna entidad de previsión social, por lo que no es acreedor de la pensión de jubilación por aportes. De ahí que respecto a este punto, no se advierta transgresión de los derechos del actor por parte de la Secretaría de Educación Distrital de Barranquilla.

7.5 Verificación de los requisitos de la pensión de vejez del régimen docente (Ley 812 de 2003)

Ahora bien, habida cuenta de la situación de vulnerabilidad del demandante, la Sala examinará el régimen pensional exceptuado del magisterio a fin de determinar si el actor cumple con los requisitos allí dispuestos.

7.5.1 En materia pensional, la Ley 812 de 2003, que entró en vigencia el 26 de junio de 2003, dispuso en el artículo 81: “(...) Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres. (...)”.

A su vez, el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 estableció como exigencia que el solicitante debe “(...) [h]aber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015”.

De ahí, los presupuestos para acceder a la pensión de vejez del régimen del magisterio son:

- i) 57 años de edad para hombres y mujeres
- ii) 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo, que a partir de 2005 aumentarán así:

Año

Semanas cotizadas

Año

Semanas cotizadas

2003

1000

2010

1175

2004

1000

1200

2005

1050

2012

1225

2006

1075

2013

1250

2007

1100

2014

1275

2008

1125

2015

1300

2009

1150

7.5.2 En el presente caso, se encuentra demostrado en el expediente que el señor Ávila ingresó como docente a la Secretaría Distrital de Educación de Barranquilla el 19 de julio de 2004[97], por tal motivo el accionante está sujeto a los requisitos establecidos en la Ley 812 de 2003.

En relación con la edad, se advierte que el actor nació el 29 de marzo de 1948, por lo que tiene 69 años en la actualidad y desde el año 2005 cuenta con los 57 años requeridos para aplicar el régimen del magisterio.

Respecto del tiempo de servicio o aportes, se observa que el demandante solo acumula 1164 semanas cotizadas, siendo el último periodo reportado en 2014, por lo anterior se colige que no acredita este presupuesto por cuanto para acceder a la prestación social en comento se requería que a ese año contara con 1275 y en la actualidad con 1300. Entonces, sobre este aspecto no se observa que la Secretaría de Educación Distrital de Barranquilla haya conculcado los derechos del actor.

7.6 Revisión de los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez (Acuerdo 049 de 1990)

De otra parte, teniendo en cuenta que Colpensiones en la Resolución GNR 167550 de 6 de junio de 2015 negó la pensión de vejez atendiendo que el actor no cumplía con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, solo con base en las cotizaciones efectuadas ante el ISS y pretermitiendo el estudio de los tiempos acumulados en el régimen docente, procede

la Sala a determinar la viabilidad de computar tiempos privados y exceptuados y, en caso obtener una respuesta afirmativa, constatará si el señor Ávila acredita las exigencias contenidas en la citada norma.

7.6.1 Se tiene que el literal normativo del Acuerdo 049 de 1990 solo se refiere a cotizaciones efectuadas ante el ISS, en razón a que su naturaleza era reglamentar el riesgo de invalidez, vejez y muerte de los afiliados al Seguro Social Obligatorio.

Como se expuso en acápites precedentes, la sentencia SU-769 de 2014 permitió la posibilidad computar tiempos públicos y privados dirigido a que las personas que contaban con aportes en varios regímenes pudieran acceder a su derecho pensional, mediante la acumulación de periodos cotizados y/o laborados, comoquiera que la desarticulación entre los administradores de los diferentes sistemas no puede ir en detrimento del trabajador y reducir las posibilidades de obtener su prestación de retiro.

Ahora bien, el hecho de que el fallo de unificación referido se haya extendido únicamente a los tiempos laborados en el servicio público, no es óbice para que en sede de revisión se aplique la misma línea de pensamiento a los regímenes exceptuados. Ello con fundamento en que el afiliado, que no cumpla los requisitos en un sistema pensional exceptuado, tiene derecho al traslado de los aportes que se encuentran en un fondo de pensiones y que se garantizan con la correspondiente emisión del bono, a fin de acceder a la pensión de vejez en un régimen diferente en el que sí logra acreditar los requisitos exigidos.

De lo contrario se afectaría gravemente el derecho a la igualdad, ya que un servidor público sí puede favorecerse de esa acumulación, mientras que otro servidor del Estado -para este caso maestro oficial- no lo puede hacer. Así, la Sala no encuentra una razón constitucionalmente válida para persistir en ese trato diferenciado, máxime cuando el único ítem realmente exceptuado para el magisterio en la actualidad es la edad exigida -57 años- porque en relación con las semanas de cotización se requiere la misma cantidad que en el régimen general de pensiones de prima media con prestación definida consagrado en la Ley 100 de 1993.

En efecto, dadas las particularidades del caso y comoquiera que el actor no alcanzó a reunir los requisitos del régimen exceptuado, se pretende evidenciar y conjurar el trato diferenciado que se da a un maestro oficial cuando al final de su vida productiva no puede

acceder a la prestación social en ese régimen y se le impide acumular los tiempos que con anterioridad había cotizado al ISS. Si se tratare de otro servidor público podría aplicársele la sumatoria de cotizaciones y alcanzaría su asignación de retiro. Así, al ser factible la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 a uno y a otro no, pese a que ambos son empleados públicos, se advierte que esta situación se convierte en discriminatoria para el docente quien queda a la deriva y sin forma de reclamar la pensión de vejez.

La Corte no desconoce que los docentes cuentan con un esquema prestacional exceptuado, sin embargo este no puede imponerse como una barrera para que un afiliado que no reúne los presupuestos para acceder a la pensión de ese régimen, pueda trasladar sus aportes para materializarla en otro régimen. Lo anterior no generaría un detrimento patrimonial porque el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio debe emitir el bono pensional respectivo a favor de Colpensiones, mientras que en caso de no hacerse sí ocasionaría un enriquecimiento sin causa del administrador de ese régimen exceptuado que conservaría indefinidamente las cotizaciones de una persona que no tiene la posibilidad de pensionarse en ese sistema.

Adicionalmente, en virtud de los principios de favorabilidad y pro homine se debe aplicar este régimen por ser la única oportunidad para que el accionante pueda recibir una asignación prestacional. De esta manera, se cumple entonces con la finalidad de la pensión de vejez que fue diseñada para que los trabajadores pudieran contrarrestar las contingencias naturales propias de la culminación de su etapa productiva con la garantía de una prestación permanente que cubra su propia subsistencia, producto del ahorro logrado a lo largo de su vida laboral.

No pasa por alto la Sala que el accionante no cuenta con otra opción prestacional puesto que no tiene como continuar cotizando a su avanzada edad y con las patologías que padece; lo anterior en razón a que no tiene como ingresar al mercado laboral, ni al oficio del magisterio al que se dedicó durante 9 años por haber cumplido la edad máxima para permanecer en el servicio público. A días de cumplir sus 70 años, el señor Ávila cuenta con casi 50 años de trabajo, aportando como dependiente al ISS desde el año 1968 y en el régimen docente, a partir de los cuales acumuló 1.164 semanas que le generan la expectativa legítima de acceder a una prestación que le permita llevar su vida con dignidad.

En esos términos, la Sala extenderá la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 para realizar el cómputo de las cotizaciones efectuadas al ISS y al régimen exceptuado del magisterio, en el asunto objeto de estudio.

7.6.2 Procede entonces a verificarse si el accionante reúne los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990, a saber:

En primer lugar, en relación con la edad, la norma exige 60 años para los hombres, en el caso del señor Ávila este requisito se advierte acatado, debido a que nació el 29 de marzo de 1948 y en esa medida, tiene actualmente 69 años.

En segundo lugar, se requiere acreditar 500 semanas de cotización en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o 1000 semanas en cualquier tiempo.

Examinado el presente asunto, se advierte que el actor tiene las siguientes cotizaciones:

Empleador

Fondo de pensión

Ingreso

Retiro

Semanas cotizadas

Industrias Colombia

ISS – Colpensiones

14-10-1968

02-02-1969

Industrias Colombia

03-02-1969

25-05-1970

68,14

Ind. Tecnoagricolas L

03-06-1970

09-01-1971

31,57

Prodenvases Crown S.

28-04-1971

31-01-1972

39,86

Crown Litometal S.A.

01-02-1972

06-02-1981

468,14

Luis Rafael Ávila M. como independiente

01-04-1995

30-04-1995

0,57

01-06-2001

31-08-2001

12,86

01-10-2001

31-12-2001

12,86

01-01-2002

28-02-2002

7,71

01-04-2002

31-10-2002

30,00

01-02-2003

28-02-2003

4,29

31-05-2004

8,57

Secretaría Educación Distrital de Barranquilla

Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio

19-07-2004

31-12-2004

21

01-01-2005

31-12-2005

52

01-01-2006

31-12-2006

52

01-01-2007

31-12-2007

52

01-01-2008

31-12-2008

52

01-01-2009

31-12-2009

52

01-01-2010

31-12-2010

52

01-01-2011

31-12-2011

52

01-01-2012

52

01-01-2013

30-07-2013

27

TOTAL TIEMPO COTIZADO

1.164

Así las cosas, el señor Ávila cumplió los 60 años exigidos el 29 de marzo de 2008, por lo que el periodo en que debe acreditar las 500 semanas aportadas corresponde de marzo de 1988 a marzo de 2008. Revisado el expediente se advierte que el actor acumula 264,86 semanas en ese lapso, por lo cual no cumple el requisito en cita.

Sin embargo, acredita la segunda parte de tal requerimiento, cual es, tener 1000 semanas laboradas en cualquier tiempo, en razón a que registra un total de 1164 semanas cotizadas. En esos términos, el señor Luis Rafael Ávila Manjarrés es acreedor de la pensión de vejez consagrada en el Acuerdo 049 de 1990.

En consecuencia, Colpensiones conculcó los derechos fundamentales invocados por el accionante al no acceder al reconocimiento de la pensión de vejez, ya que se restringió a estudiar los tiempos cotizados con el ISS pese a que el accionante contaba con la totalidad de semanas requeridas si se le hubieran tenido en cuenta las aportadas en el magisterio, desconociendo la jurisprudencia constitucional en materia de cómputo de tiempos pensionales. De igual forma, actor dado que transcurrió más de un año de presentada la segunda solicitud no ha sido resuelta, también infringe sus garantías constitucionales ante la indefinición de la situación pensional.

7.7 Conclusión

De conformidad con lo expuesto en el considerando 7.3, la Secretaría de Educación de Barranquilla vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna del actor al no aplicar el régimen de transición de la Ley 100 de 1993; no obstante, al realizar el análisis de fondo de la procedencia de la pensión de jubilación por aportes y de vejez, no transgredió ninguna garantía superior comoquiera que no cumplía con las semanas requeridas de conformidad con la Ley 812 de 2013 (considerandos 7.4 y 7.5).

Por otra parte, la Sala colige que Colpensiones conculcó los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital del señor Luis Rafael Ávila Manjarrés, al denegar la pensión de vejez solicitada pese a que contaba con la totalidad de semanas requeridas, desconociendo la jurisprudencia constitucional en materia de cómputo de tiempos pensionales (considerando 7.6).

En consecuencia, la Sala Octava de Revisión procederá a revocar las decisiones proferidas en sede de tutela por el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Barranquilla, y el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Barranquilla -Sala Penal- y, en su lugar, concederá el amparo deprecado por el señor Luis Rafael Ávila Manjarrés. En esa medida, ordenará Colpensiones que proceda con el reconocimiento y pago de la pensión de vejez al señor Luis Rafael Ávila Manjarrés, en virtud del Acuerdo 049 de 1990, así como del retroactivo de las mesadas pensionales que no estén prescritas en atención a lo consagrado en los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo.

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

RESUELVE

Primero: REVOCAR la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla del 14 de junio de 2017 que confirmó el fallo de fecha 25 de abril de 2017 del Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de la misma ciudad y, en su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna del señor Luis Rafael Ávila Manjarrés, en los términos expuestos en esta

providencia.

Segundo: ORDENAR a la Secretaría de Educación Distrital de Barranquilla que, en el término de cinco (5) días siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a emitir y enviar a Colpensiones el bono clase T correspondiente a los aportes del señor Luis Rafael Ávila Manjarrés en el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Tercero: ORDENAR a Colpensiones que, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta sentencia, realice el reconocimiento y pago de la pensión de vejez al señor Luis Rafael Ávila Manjarrés, así como del retroactivo de las mesadas pensionales que no estén prescritas en atención a lo consagrado en los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo.

Cuarto: Por Secretaría General, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

CARLOS BERNAL PULIDO

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

CARLOS BERNAL PULIDO

ACUMULACION DE TIEMPOS COTIZADOS PARA EL RECONOCIMIENTO DE PENSION DE VEJEZ-
Decisión de aplicar el Acuerdo 049 de 1990 para realizar el cómputo de las semanas efectuadas al ISS y al régimen exceptuado del magisterio tendría que haber sido tomada por la Sala Plena (Salvamento de voto)

Referencia: Sentencia T-090 de 2018 (T-6.435.059)

Magistrado Ponente:

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

En atención a la decisión adoptada por la Sala Octava de Revisión en la sentencia T-090 del 8 de marzo de 2018, me permito presentar Salvamento de Voto, amparado en las siguientes consideraciones:

1. La decisión de la que me aparto se dictó con fundamento en la sentencia SU-769 de 2014, tal y como se observa en las páginas 28 y siguientes del fallo.
2. En esa decisión la Sala Plena unificó criterios sobre la posibilidad de acumular los tiempos cotizados a entidades públicas y a empleadores privados; la viabilidad de tal acumulación, primero, para los casos en que se acrediten mil (1000) semanas en cualquier tiempo y, segundo, para aquellos en los que se “reunió” un total de quinientas (500) semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad requerida; y la posibilidad de acumular también el tiempo laborado en entidades públicas respecto de las cuales no se efectuaron las cotizaciones a alguna caja o fondo de previsión social, con las semanas aportadas al ISS. Allí, sin embargo, nada se dijo sobre la posibilidad de acumulación de tiempos cotizados en regímenes exceptuados y a empleadores privados.
3. En el proyecto se reconoció expresamente esa circunstancia, cuando se afirmó: “[...] el hecho que el fallo de unificación referido se haya extendido únicamente a los tiempos laborados en el servicio público [...]” (Pág. 29). Pese a lo anterior, se concluyó que ello “[...] no es óbice para que en sede de revisión se aplique la misma línea de pensamiento a los regímenes exceptuados [...]” (Pág. 29). Para arribar a esa conclusión la Sala expuso tres argumentos: (i) la afectación grave del derecho a la igualdad, que se presenta ante el hecho

que un servidor público puede favorecerse de la acumulación de tiempos, mientras que otro, del régimen exceptuado, no puede hacerlo; (ii) en virtud de los principios de favorabilidad y pro homine se debe aplicar este “régimen” por ser la “única oportunidad” para que el accionante pueda recibir una asignación prestacional; (iii) reconocer la pensión no generaría un detrimento patrimonial por el volumen de aportes del accionante; y (iv) las condiciones del accionante, especialmente su edad y condición de salud, le impiden seguir haciendo cotizaciones con miras a obtener los requisitos para acceder a la prestación social objeto de la tutela.

4. En la decisión, frente al tema en comento, se lee lo siguiente: “la Sala extenderá la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 para realizar el cómputo de las cotizaciones efectuadas al ISS y al régimen exceptuado del magisterio (...)” (Pág. 30). Una determinación en ese sentido, a mi juicio, tendría que haber sido adoptada por la Sala Plena, ya que el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991[98], dispone que las Salas de Revisión de Tutelas deben acudir a la Sala Plena en los casos en los cuales la decisión a adoptar se aparte del criterio de interpretación o posición jurisprudencial fijada previamente frente a una misma situación jurídica[99], so pena de viciar de nulidad el fallo ante la posible configuración de la causal que la Corte ha denominado cambio irregular de jurisprudencia.

5. En todo caso, no encuentro que los argumentos contenidos en la sentencia sean suficientes para aplicar una regla de decisión a un supuesto al que, en principio, no podía aplicarse, máxime si se tiene en cuenta que la regla proviene de un fallo de unificación de la Corte.

5. Por lo anterior, a mi juicio, lo procedente hubiera sido negar las pretensiones de la tutela, esto es, confirmar los fallos de los jueces de instancia.

6. Por último, debo manifestar que no comparto la decisión de la Sala consistente en reconocer “[...] el retroactivo de las mesadas pensionales que no estén prescritas [...]” (Págs. 32 y 33 – resolutivo No. 3), de una parte, porque considero que no debió accederse a las pretensiones y, de la otra, porque, en todo caso, una decisión de amparo debería haber tenido un efecto declarativo del derecho pensional y, en consecuencia, solo hubiera sido posible ordenar el pago de mesadas pensionales a partir de la presentación de la acción de tutela.

Con el debido respeto,

Carlos Bernal Pulido

Magistrado

[1] Los fundamentos fácticos de esta sentencia fueron tomados tanto de la acción de tutela como de las demás pruebas de las cuales se pudieron inferir hechos probados.

[2] Nació el 29 de marzo de 1948.

[3] “A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.”.

[4] Así lo afirma Colpensiones en la Resolución GNR 167550 de 6 de junio de 2015 que obra en el cuaderno 1, folios 94 a 97.

[5] Cuaderno 1, folio 95.

[6] Cuaderno 1, folio 96.

[7] Como consta en la respuesta de Colpensiones a la presente acción de tutela radicada el 20 de abril de 2017 que obra a folio 90 del cuaderno 1.

[8] Cuaderno 1, folio 5.

[9] Cuaderno 1, folio 7.

[10] Cuaderno 1, folio 45.

[11] Cuaderno 1, folios 49 a 53.

[12] Cuaderno 1, folios 49.

[13] Cuaderno 1, folios 62 a 67.

[14] Auto del 5 de abril 2017 mediante el cual se ordenó vincular a la Administradora de Pensiones -Colpensiones-(cuaderno 1, folio 82).

[15] Cuaderno 1, folios 105 a 115.

[16] Cuaderno 1, folio 94 a 104.

[17] Cuaderno 1, folio 90.

[18] Cuaderno 1, folios 116 a 120.

[19] Cuaderno 1, folio 124 a 131.

[20] Cuaderno 2, folios 3 a 16.

[21] Cuaderno 1, folios 13 y 14.

[22] Cuaderno 1, folio 15.

[23] Cuaderno 1, folio 16 a 18.

[24] Cuaderno 1, folios 19 a 27.

[25] Cuaderno 1, folios 28 y 29.

[26] Cuaderno 1, folios 30 al 32.

[27] Cuaderno 1, folio 33.

[28] Cuaderno 1, folios 34 y 35.

[29] Cuaderno 1, folio 36.

[30] Cuaderno 1, folio 37.

[31] Cuaderno 1, folio 38.

[32] Cuaderno 1, folio 39.

[33] Cuaderno 1, folio 40 y 41.

[34] Cuaderno 1, folio 42.

[35] Cuaderno 1, folios 94 a 104.

[37] Sentencias T-649 de 2011, T-721 de 2012, T-142 de 2013, T-333 de 2013, T-875 de 2014, T-079 de 2016, entre otras.

[38] Sentencia T-079 de 2016.

[39] Ibídem.

[40] Sentencia T-568 de 2013.

[41] Sentencias SU-961 de 1999, T-721 de 2012, T-142 de 2013, entre otras.

[42] Sentencia T-369 de 2016.

[43] Ibídem.

[44] Sentencia T-482 de 2015.

[45] Ibídem.

[46] Ibídem.

[47] Sentencia T-334 de 2014.

[48] Sentencia SU-856 de 2013.

[49] Sentencia T-482 de 2015.

[50] Sentencia T-722, T-1014 y T-1069 de 2012.

[51] Sentencia T-721 de 2012.

[52] Sentencia T-482 de 2015.

[53] Sentencia T-194 de 2017.

[54] Sentencia SU-769 de 2014.

[55] Artículo 33.

[56] Artículo 9: “Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

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

[58] Esta disposición fue reglamentada por el Decreto 2709 de 1994, que determina que la entidad encargada de reconocer la prestación es la última a la que estuvo vinculado el afiliado siempre que hubiere permanecido en ella 6 años continuos o discontinuos. En caso contrario, el pasivo pensional lo asumirá la entidad a la que se hayan efectuado el mayor número de aportes.

[59] Sentencia c-177 de 1988.

[60] Cfr. Sentencias T-566 de 2009, T-453 de 2012 y T-528 de 2012.

[61] Sentencia T-201 de 2012.

[62] Sentencia SU-769 de 2014.

[63] Esta posición ha sido reiterada en las sentencias T-514 de 2015, T-408 de 2016, T-029 de 2017, T-194 de 2017, T-490 de 2017, entre otras.

[64] Sentencia SU-769 de 2014.

[65] Sentencia SU-769 de 2014.

[66] Cuaderno 1, folios 28 y 29.

[67] Cuaderno 1, folio 29 reverso.

[68] Cuaderno 1, folios 30 a 32.

[69] Cuaderno 1, folio 30 reverso.

[70] “Artículo 2. Competencia general. La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de: (...) 5. La ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo y del sistema de seguridad social integral que no correspondan a otra autoridad. (...)”.

[71] Cuaderno 1, folio 40.

[72] Cuaderno principal, folio 17.

[73] Cuaderno 1, folios 99 a 102.

[74] Así lo reconoce Colpensiones a folio 95 del cuaderno 1.

[75] Cuaderno 1, folios 20 a 25.

[76] Cuaderno 1, folio 129.

[77] En virtud del artículo 20 del Decreto 2591 de 1991.

[78] Sentencia 1013 de 2007 citada en la sentencia T-300 de 2010. Esta postura ha sido reiterada en sentencias T-083 de 2004, T-304 de 2008, T- 236 de 2010, T-485 de 2011, T-802 de 2011, T-558 de 2014, T-467 de 2015, entre otras.

[79] Sentencia T-738 de 1998. Ver también la sentencia T-801 de 1998.

[80] Ver entre otras las sentencias T-116 de 1993; T-351 de 1997; T-099 de 1999; T-481 de 2000; T-042^a de 2001; y T-458 de 2011.

[81] Ver entre otras las sentencias T-518 de 2000; T-443 de 2001; y T-360 de 2001.

[82] Ver entre otras las sentencias T-351 de 1997; T-018 de 2001; T-827 de 2000; T-313 de 1998; T-101 de 2000; y SU-062 de 1999

[83] Ver entre otras las sentencias T-753 de 1999; T-569 de 1999; y T-755 de 1999.

[84] Ver entre otras las sentencias T-1752 de 2000; y T-482 de 2001.

[85] Sentencia C-177 de 2016.

[86] Sentencias T-167 de 2004, T-1264 de 2008, T-853 de 2011, T-1004 de 2012, T-407 de 2014, T-654 de 2016, entre otras.

[87] Certificadas por la Clínica General del Norte a folio 38 del cuaderno 1.

[88] Como consta en el Registro Único de Afiliados a la Protección Social -RUAF- consultado el 22 de enero de 2017, a folio 40 del cuaderno 1.

[89] Cuaderno 1, folio 13.

[90] Cuaderno 1, folio 39.

[91] Cuaderno 1, folio 95.

[92] Cuaderno 1, folio 28.

[93] Sentencia C-596 de 1997.

[94] Sentencia SU-189 de 2012, T-105 de 2012. Consúltase también Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. M. P. Gustavo José Gnecco Mendoza. Sentencia del 19 de junio de 2008. Radicación 28164.

[95] Cuaderno 1, folio 13.

[96] Cuaderno 1, folio 39.

[98] Decreto 2591 de 1991, artículo 34: “Decisión en Sala. La Corte Constitucional

designará los tres Magistrados de su seno que conformarán la Sala que habrá de revisar los fallos de tutela de conformidad con el procedimiento vigente para los Tribunales de Distrito judicial. Los cambios de jurisprudencia deberán ser decididos por la Sala Plena de la Corte, previo registro del proyecto de fallo correspondiente.” (negrillas propias).

[99] Autos 111 de 2016 y 319 de 2013.