

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL-Vulneración en la faceta de acceso a una historia laboral completa, actualizada y unificada

(La entidad accionada) vulneró el derecho a la seguridad social de la accionante y debe corregir su historia laboral... las semanas correspondientes al mes de diciembre del año 2000 fueron efectivamente cotizadas y, por tanto, deberían verse reflejadas en la historia laboral (...)

ACTUACION TEMERARIA Y COSA JUZGADA EN MATERIA DE TUTELA-Inexistencia para el caso

ACCION DE TUTELA EN MATERIA PENSIONAL-Procedencia excepcional

FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL-Naturaleza jurídica/FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL-Finalidad

PROGRAMA DE SUBSIDIOS PENSIONALES OTORGADOS CON RECURSOS DEL FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL-Régimen jurídico

(...), según el artículo 9 del Decreto 1858 de 1995, si el afiliado dejaba de pagar durante 4 meses continuos el porcentaje del aporte que le correspondía, entonces perdía el derecho al subsidio y posteriormente se retiraba su afiliación al Fondo de Solidaridad Pensional. Cuando ello ocurría, la administradora de pensiones debía devolver al administrador fiduciario del Fondo “los aportes con cargo al subsidio, correspondientes al período de los cuatro meses en que el afiliado dejó de cancelar su aporte, incluidos los rendimientos financieros y deducidos los costos de administración y las primas de los seguros legalmente autorizados”.

FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL-Requisitos para el subsidio

PENSION DE VEJEZ-Potestad del trabajador de solicitar devolución de saldos o indemnización sustitutiva o de continuar cotizando hasta cumplir el requisito/PENSION DE VEJEZ E INDEMNIZACION SUSTITUTIVA-Incompatibilidad y compensación

(...), la jurisprudencia constitucional ha reconocido que una de las excepciones a la regla de la incompatibilidad entre la pensión de vejez y la indemnización sustitutiva por el mismo concepto la constituye que el afiliado continúe cotizando con posterioridad al reconocimiento de la primera prestación y cause la pensión de vejez. En esos casos, para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema, “si se demuestra que el afiliado realizó el cobro de la indemnización y de manera extraordinaria siguió cotizando al sistema general de pensiones, no deben tenerse en cuenta las cotizaciones reconocidas y pagadas en la indemnización sustitutiva”.

HISTORIA LABORAL-Contenido y finalidad/HISTORIA LABORAL-Relevancia constitucional

INCONSISTENCIAS EN HISTORIA LABORAL-Administradoras de pensiones deben desplegar las actuaciones necesarias para garantizar la veracidad, claridad y precisión de las historias laborales, y no trasladar la carga de su negligencia a los afiliados

JUEZ DE TUTELA-Facultad de fallar extra y ultra petita

SERVICIO SOCIAL COMPLEMENTARIO DE BENEFICIOS ECONOMICOS PERIODICOS (BEPS)-
Definición/SERVICIO SOCIAL COMPLEMENTARIO DE BENEFICIOS ECONOMICOS PERIODICOS
(BEPS)-Requisitos para acceder

PROGRAMA BENEFICIOS ECONOMICOS PERIODICOS COMO SERVICIO SOCIAL
COMPLEMENTARIO DE PROTECCION PARA LA VEJEZ A PERSONAS QUE NO PUEDEN ACCEDER
A PENSION-Regulación

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE VEJEZ-Orden a Colpensiones
orientar y acompañar a la accionante respecto de los términos de la vinculación del
programa Beneficios Económicos Periódicos -BEP

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

SENTENCIA T-187 DE 2023

Referencia: T-9.168.829

Acción de tutela instaurada por la señora Nuris Romero Vital contra Colpensiones y Fiduagraria S.A., en calidad de administradora fiduciaria del Fondo de Solidaridad Pensional.

Magistrado ponente:

José Fernando Reyes Cuartas

Bogotá D.C., treinta (30) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

La Sala Novena de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada Natalia Ángel Cabo y los Magistrados Juan Carlos Cortés González y José Fernando Reyes Cuartas, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Hechos¹

1. La señora Nuris Romero Vital tiene 63 años² y se encuentra en situación de pobreza extrema³.

1. El 25 de marzo de 2021, la accionante solicitó ante Colpensiones el reconocimiento y pago de su pensión de vejez. Sin embargo, la entidad le informó que no cumplía con el requisito del número mínimo de semanas exigido por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993. Esto porque en su historia laboral solo constaban 346 semanas cotizadas. En consecuencia, Colpensiones le indicó a la accionante que podía ingresar al mecanismo de Beneficios Económicos Periódicos – BEPS o solicitar la indemnización sustitutiva.

1. La accionante optó por solicitar el pago de la indemnización sustitutiva⁴, la cual le fue reconocida mediante Resolución SUB115515 del 18 de mayo de 2021⁵ por el valor de \$5.195.691, teniendo en cuenta 346 semanas cotizadas. Según la actora, ella reclamó el dinero el día 30 de junio de 2021.

1. El 12 de julio de 2021, la accionante presentó una petición ante Colpensiones. Solicitó la corrección de su historia laboral debido a que no estaban incluidos los periodos que trabajó en la sociedad Hermans de Colombia Ltda. entre septiembre de 1981 y mayo de 1993.

1. Mediante oficio del 18 de agosto de 2021⁶, Colpensiones le informó a la accionante que había corregido parcialmente su historia laboral y que algunos de los periodos laborados⁷ no se podían tener en cuenta porque no habían sido pagados por el empleador. Además, informó que había requerido a la sociedad Hermans de Colombia Ltda. para que realizara el pago o aclaración de los ciclos pendientes, pero que la efectividad del cobro dependía de variables como la antigüedad de la deuda o si la sociedad estaba inmersa en un proceso concursal.

1. El 12 de abril de 2022, la señora Romero Vital presentó una acción de tutela⁸ contra Colpensiones. Solicitó que se le ordenara a la entidad incluir en su historia laboral las semanas laboradas, pero no pagadas por la sociedad Hermans de Colombia Ltda. Mediante fallo del 21 de mayo de 2022, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de

Barranquilla concedió el amparo y le ordenó a Colpensiones que “inicie el proceso administrativo y le cancele las semanas cotizadas por la accionante y no cobradas por Colpensiones a la empresa Hermans de Colombia Ltda”⁹. La sentencia no fue impugnada.

1. El 24 de agosto de 2022, la señora Nuris Romero Vital presentó una nueva acción de tutela¹⁴ para obtener la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida digna. La accionante afirmó que al momento de presentar la acción de tutela tenía 1.112 semanas cotizadas y que su historia laboral no incluía las cotizaciones realizadas ante el Fondo de Solidaridad Pensional en el marco del Programa de Subsidio de Aporte a Pensión – PSAP, al cual ella estuvo afiliada entre octubre del año 2000 y diciembre del año 2001. También aseguró que Colpensiones le impidió seguir cotizando al sistema general de pensiones, lo que implicaba que ella no podría acceder a una pensión de vejez.

1. Por tanto, solicitó que se ordenara a Colpensiones: (i) permitirle continuar cotizando hasta obtener el número mínimo de semanas exigido para acceder a una pensión de vejez; (ii) incluir en su historia laboral las semanas cotizadas ante el Fondo de Solidaridad Pensional; (iii) declarar la nulidad de la Resolución SUB 181724 del 11 de julio de 2022 y (iv) que la indemnización sustitutiva recibida en junio de 2021 se descuente de las mesadas pensionales que ella empezaría a recibir cuando se reconozca su pensión de vejez.

Respuesta de las entidades accionadas¹⁵

1. Colpensiones¹⁶ solicitó que se declarara la improcedencia de la acción de tutela por no cumplir con el requisito de subsidiariedad. Aseguró que las controversias relacionadas con el reconocimiento y pago de prestaciones pensionales de trabajadores del sector privado

debían ser resueltas por la jurisdicción ordinaria laboral y de la seguridad social. Por otro lado, enfatizó en la incompatibilidad entre la pensión de vejez y la indemnización sustitutiva por el mismo concepto.

1. La Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario – Fiduagraria S.A., administradora del Fondo de Solidaridad Pensional¹⁷, solicitó su desvinculación del proceso de tutela al estimar que carecía de legitimación en la causa por pasiva. Además, indicó que la actora se afilió al Fondo el 1 de octubre del año 2000 como parte del grupo poblacional “trabajador independiente urbano” y fue retirada el 20 de junio del año 2002 al incurrir en una causal de pérdida del derecho al subsidio por dejar de cotizar 4 meses continuos, pues no realizó el pago del porcentaje del aporte a su cargo entre los meses de abril a diciembre del año 2001.

Sentencia de primera instancia

1. En sentencia del 7 de septiembre de 2022¹⁸, el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Barranquilla declaró improcedente la acción de tutela por el incumplimiento del requisito de subsidiariedad. El despacho sostuvo que las pretensiones de la accionante estaban directamente relacionadas con el reconocimiento y pago de derechos pensionales y que ella contaba con otros medios de defensa ante la jurisdicción ordinaria laboral y de la seguridad social. Además, estimó que la actora no había demostrado que se encontrara ante la ocurrencia de un perjuicio irremediable que tornara procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio.

Impugnación

1. Mediante escrito del 14 de septiembre de 2022, la señora Nuris Romero Vital impugnó la decisión de primera instancia¹⁹. Expuso que recibió una mala asesoría de parte de Colpensiones, pues la entidad le aseguró que no era posible otorgarle una pensión de vejez y no tuvo en cuenta que, de haberse actualizado oportunamente su historia laboral, habría podido seguir cotizando para acceder a dicha prestación económica. Además, estimó que el juez constitucional de primera instancia desconoció que ella era una persona “de la tercera edad” y que se encontraba en situación de pobreza extrema.

Sentencia de segunda instancia

1. En sentencia del 8 de noviembre de 2022²⁰, la Sala Mixta de Adolescentes del Tribunal Superior de Barranquilla confirmó el fallo proferido en primera instancia. Indicó que la accionante debía acudir ante la jurisdicción ordinaria para solicitar la corrección de su historia laboral y el pago de los aportes pensionales que estuvieran en mora. Por otro lado, el Tribunal estimó que la actora no había demostrado la afectación a su mínimo vital ni otras circunstancias que dieran cuenta de la existencia de un perjuicio irremediable.

Pruebas que obran en el expediente

Tabla 1. Pruebas que obran en el expediente de tutela T-9.168.829

Oficio

Archivo del expediente digital

1

Copia de la solicitud de reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez presentada por la accionante el 25 de marzo de 2021.

Archivo "SOLICITUD INDEMNIZACION 25032021.pdf".

2

Copia de la Resolución SUB 115515 del 18 de mayo de 2021 de Colpensiones, mediante la cual se reconoció la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a la señora Nuris Romero Vital.

Archivo

"SUB 115515.pdf".

3

Copia de la solicitud de reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez presentada por la accionante el 21 de junio de 2022.

Archivo "RELIQUIDACION INDEMNIZACION 21062022.pdf".

4

Copia del comunicado del 5 de julio de 2022 enviado por Colpensiones a la señora Nuris Romero Vital, mediante el cual se le informó que se habían acreditado en su historia laboral los periodos trabajados con la empresa Hermans de Colombia LTDA. entre los periodos 1981-09 y 1993-05.

Archivo "Actuaciones_17_10Contestacion.pdf".

5

Copia de la Resolución SUB 181724 del 11 de julio de 2022 de Colpensiones, mediante la cual se reliquidó la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez de la señora Nuris Romero Vital.

Archivo

"SUB 181724.pdf".

6

Copia del certificado de los dos pagos por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en favor de la accionante.

Archivo "CERTIFICADO DE NOMINA DE PENSIONADOS.pdf".

7

Copia de la Resolución SUB 339125 del 14 de diciembre de 2022 de Colpensiones, mediante la cual se negó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a la señora Nuris Romero Vital.

Archivo

8

Expediente digital²¹ del proceso de tutela con radicado 08001-3333-008-2022-00056-00 adelantado por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Barranquilla.

Archivo "Actuaciones _11_05RecepciónMemoriales.pdf".

Actuaciones en sede de revisión

1. La Sala de Selección de Tutelas Número Dos, mediante auto del 28 de febrero de 2023, seleccionó el expediente T-9.168.829 para su revisión. Según el sorteo realizado, el expediente se repartió al Despacho del magistrado José Fernando Reyes Cuartas para su trámite y fallo.

1. Mediante escrito radicado de manera voluntaria el día 27 de abril de 2023, Colpensiones solicitó que se confirmaran las sentencias de tutela objeto de revisión. La entidad señaló que

el día 29 de agosto de 2022, luego de la presentación de la acción de tutela, la señora Nuris Romero Vital había solicitado el reconocimiento y pago de su pensión de vejez. Colpensiones negó la prestación mediante la Resolución SUB 339125 del 14 de diciembre de 2022 porque la accionante únicamente contaba con 766 semanas cotizadas, de manera que no cumplía con los requisitos señalados en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

1. Por otro lado, la accionada aseguró que no había vulnerado los derechos fundamentales a la accionante “en el entendido que no se ha demostrado que se haya obstaculizado el pago de aportes a pensión con posterioridad al reconocimiento y reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez”. Así mismo, señaló que la accionante estaba equivocada al afirmar que contaba con 1.112 semanas cotizadas, pues en las 776 semanas contempladas en la Resolución SUB 181724 del 11 de julio de 2022 ya estaban incluidas las 346 semanas reconocidas inicialmente; así que no era procedente sumar las 776 y 346 semanas, como proponía la accionante.

II. CONSIDERACIONES

Competencia

1. Esta Sala es competente para analizar los fallos 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 2591 de 1991.

Problemas jurídicos y metodología de la decisión

1. Atendiendo a los antecedentes descritos, corresponderá a esta Sala de Revisión responder los siguientes problemas jurídicos:

i. ¿Es procedente la acción de tutela presentada por una adulta mayor en situación de pobreza extrema, por medio de la cual pretende que Colpensiones corrija su historia laboral y le permita seguir cotizando al sistema general de pensiones a pesar de que ya recibió la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez?

i. ¿Colpensiones vulnera los derechos fundamentales de una afiliada al negar la corrección de su historia laboral para incluir periodos en que ella, a pesar de estar afiliada al Fondo de Solidaridad Pensional, no realizó el pago del porcentaje del aporte a su cargo?

i. ¿Colpensiones vulnera los derechos fundamentales de una afiliada adulta mayor al reconocer y pagar en su favor una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez debido a que no cumple con el requisito de semanas cotizadas exigido por la Ley 100 de 1993 para acceder a esa prestación económica?

1. Para responder a los problemas jurídicos planteados, en la presente decisión se reiterará la jurisprudencia de la Corte respecto de (i) la posible configuración de temeridad y/o cosa juzgada constitucional en el caso concreto; (ii) la procedibilidad de la acción de tutela respecto de controversias pensionales; (iii) el reconocimiento en la historia laboral de los periodos en que el beneficiario del Fondo de Solidaridad Pensional no pagó el porcentaje del aporte a su cargo; (iv) la incompatibilidad entre la indemnización sustitutiva y la pensión de vejez y (v) se resolverá el caso concreto.

Cuestión previa: estudio de la configuración de temeridad y/o cosa juzgada constitucional

1. La temeridad y la cosa juzgada constitucional son dos fenómenos procesales que se configuran ante la presentación injustificada de múltiples acciones de tutela idénticas. Cuando ello ocurre, la acción de tutela debe ser rechazada o resuelta de manera desfavorable al accionante²³ en aras de evitar el uso indiscriminado de la tutela y el aumento de la congestión judicial²⁴.

1. La jurisprudencia constitucional²⁵ ha señalado que la temeridad se configura cuando las solicitudes de amparo comparten identidad de partes²⁶, de objeto²⁷ y de causa²⁸, siempre y cuando no exista justificación para la presentación de la nueva tutela, sino que esta se haya basado en una actuación dolosa o de mala fe del actor²⁹. En consecuencia, no habrá temeridad cuando la presentación de múltiples acciones de tutela se deba al desconocimiento del accionante, a un mal asesoramiento por parte de un abogado, a que el actor se encuentra en un estado de indefensión o ante la existencia de elementos nuevos que impliquen una variación importante frente a la primera acción constitucional³⁰.

1. Por su parte, la cosa juzgada constitucional se configura cuando las solicitudes de amparo comparten identidad de partes, identidad de objeto e identidad de causa y existe un fallo de tutela debidamente ejecutoriado que fue excluido por la Corte Constitucional para su eventual revisión o seleccionado y revisado por esta Corporación³¹. A través de la figura de la cosa juzgada constitucional se pretende otorgar a las decisiones judiciales el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas, con el fin último de garantizar el principio de la seguridad jurídica³².

1. Ahora bien, la Sala concluye que entre las dos acciones de tutela presentadas por la señora Nuris Romero Vital no existe identidad de partes, causa ni objeto. Por tanto, como se ilustra a continuación, no se configuraron los fenómenos de temeridad y cosa juzgada constitucional.

Primera tutela: T-8.923.877

(rad. 2022-00056)

Segunda tutela: T-9.168.892

(rad. 2022-00067)

Radicación

Abril 12 de 2022

Agosto 24 de 2022

Partes

Nuris Romero Vital contra Colpensiones, la Superintendencia Financiera de Colombia y Hermans Colombia Ltda.

Nuris Romero Vital contra Colpensiones y Figuagraria S.A., en calidad de administradora del Fondo de Solidaridad Pensional.

Hechos

A grandes rasgos, la accionante relató que (i) Colpensiones le pagó la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez; (ii) ella solicitó la corrección de su historia laboral al percatarse de que no se habían tenido en cuenta los periodos laborados en la sociedad Hermans Colombia Ltda. y (iii) presentó una queja ante la Superintendencia Financiera de Colombia puesto que Colpensiones no pudo recuperar la totalidad de las semanas objeto de controversia.

Además de los hechos narrados en la primera acción de tutela, la actora señaló que (i) Colpensiones le reconoció 766 semanas cotizadas y reliquidó la indemnización sustitutiva; (ii) no se incluyeron en su historia laboral las semanas cotizadas al Fondo de Solidaridad Pensional y (iii) ella deseaba seguir realizando aportes para acceder a una pensión de vejez.

Es decir, existen hechos nuevos respecto de la primera acción de tutela.

Pretensiones

Que se ordene a Colpensiones (i) reconocer en la historia laboral de la accionante las semanas faltantes en que laboró para Hermans Colombia Ltda. y (ii) dar inicio al proceso para obtener el pago de las semanas frente a las que esa sociedad estaba en mora.

Que se ordene a Colpensiones (i) permitir a la accionante seguir cotizando al sistema general de pensiones; (ii) incluir en su historia laboral las semanas cotizadas ante el Fondo de Solidaridad Pensional; (iii) declarar la nulidad de la Resolución SUB 181724 del 11 de julio de 2022 y (iv) descontar el valor de la indemnización sustitutiva de las mesadas de la pensión de vejez que recibiría la accionante.

Derechos invocados

Petición, debido proceso, mínimo vital y seguridad social.

Debido proceso, vida digna, mínimo vital y seguridad social.

1. De esa manera, al no haberse presentado una actuación temeraria por parte de la actora ni una cosa juzgada constitucional, la Sala continuará con el estudio del proceso de tutela objeto de revisión.

Procedencia de la acción de tutela respecto de controversias pensionales. Reiteración de jurisprudencia

1. Según los artículos 86 de la Constitución Política y 6 del Decreto 2591 de 1991, la acción

de tutela es procedente (i) de forma definitiva cuando existen otros medios de defensa judicial pero no resultan eficaces ni idóneos para obtener la protección de los derechos fundamentales en el caso concreto; y (ii) de forma transitoria para evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

1. No obstante ello, el juez constitucional debe analizar las circunstancias específicas del asunto sometido a su consideración para definir si los medios ordinarios de defensa judicial resultan idóneos y eficaces³⁵ en el caso concreto o, en otras palabras, si tienen la capacidad material de salvaguardar de manera oportuna e integral los derechos fundamentales presuntamente vulnerados³⁶. La jurisprudencia constitucional³⁷ ha señalado algunos de los elementos que el juez de tutela debe evaluar en el caso concreto para definir si constituye una carga desproporcionada exigir al afectado someterse a un proceso judicial ante la jurisdicción ordinaria. Esos elementos son, entre otros, la edad del accionante, su situación económica y la composición de su núcleo familiar.

1. Así pues, esta Corporación³⁸ ha establecido que la acción de tutela es procedente para reclamar un derecho pensional cuando: (i) el amparo es solicitado por un sujeto de especial protección constitucional³⁹; (ii) la falta de pago de la prestación económica afecta gravemente los derechos fundamentales del accionante; (iii) el interesado actuó con un grado mínimo de diligencia al solicitar el reconocimiento de su derecho por los medios administrativos y judiciales ordinarios y (iv) se acredite el motivo por el cual el medio ordinario de defensa judicial no protege efectivamente los derechos del accionante.

Reconocimiento en la historia laboral de los periodos en que el beneficiario del Fondo de Solidaridad Pensional no pagó el porcentaje del aporte a su cargo

1. Los artículos 25 y siguientes de la Ley 100 de 1993 crearon el Fondo de Solidaridad Pensional “como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio del Trabajo” y administrada por sociedades fiduciarias de naturaleza pública. Además, fue regulado inicialmente por el Decreto 1858 de 1995, que fue modificado mediante los Decretos 1156 de 1996 y 2414 de 1998⁴⁰. El objetivo del Fondo de Solidaridad Pensional es subsidiar las cotizaciones a pensión de los trabajadores asalariados o independientes que carecen de la capacidad económica para efectuar la totalidad del aporte y, por tanto, se encuentran desprotegidos frente a la ocurrencia de los riesgos asumidos por el sistema de seguridad social: invalidez, vejez y muerte.

1. Según el Decreto 1858 de 1995, el Consejo Nacional de Política Social definía la cuantía del subsidio con base en la capacidad económica del beneficiario y los recursos con que contara el Fondo⁴¹. El porcentaje del aporte que no era subsidiado era asumido entre el empleador y el trabajador si este era asalariado, o en su totalidad por el trabajador si este era independiente⁴². Una vez el afiliado pagaba la porción del aporte que tenía a su cargo, la administradora de pensiones enviaba al administrador fiduciario del Fondo de Solidaridad Pensional una cuenta de cobro. Cuando obtenía la autorización del Ministerio del Trabajo, el administrador fiduciario consignaba a Colpensiones el subsidio a que hubiera lugar.

1. Ahora bien, el derecho al subsidio únicamente se mantiene si el afiliado cumple con sus deberes correlativos⁴³. En concreto, según el artículo 9 del Decreto 1858 de 1995, si el afiliado dejaba de pagar durante 4 meses continuos el porcentaje del aporte que le correspondía, entonces perdía el derecho al subsidio y posteriormente se retiraba su afiliación⁴⁴ al Fondo de Solidaridad Pensional⁴⁵. Cuando ello ocurría, la administradora de pensiones debía devolver al administrador fiduciario del Fondo “los aportes con cargo al subsidio, correspondientes al período de los cuatro meses en que el afiliado dejó de cancelar su aporte, incluidos los rendimientos financieros y deducidos los costos de administración y las primas de los seguros legalmente autorizados”⁴⁶.

1. La Corte⁴⁷ ha establecido que el derecho al subsidio otorgado por el Fondo de Solidaridad Pensional supone la existencia de deberes correlativos del beneficiario: pagar el porcentaje del aporte a su cargo y no incurrir en las causales de pérdida del derecho. Por tanto, ante el incumplimiento de esos deberes, no es posible exigir al Fondo el reconocimiento y pago del subsidio ni atribuirle vulneración alguna de los derechos fundamentales del beneficiario.

Incompatibilidad entre la indemnización sustitutiva y la pensión de vejez. Reiteración de jurisprudencia

1. La Ley 100 de 1993 regula el sistema de seguridad social en Colombia. En materia pensional, el objetivo del sistema es proteger a la población, mediante el reconocimiento de prestaciones económicas, contra la ocurrencia de contingencias derivadas de la invalidez, la vejez y la muerte⁴⁸. Concretamente, el sistema⁴⁹ ampara el riesgo de la vejez a través del reconocimiento de dos prestaciones económicas que son en principio excluyentes y solo se conceden a quienes cumplen con los requisitos señalados en la Ley 100 de 1993. La primera prestación es la pensión de vejez, que se reconoce a quienes cumplan con dos requisitos⁵⁰: (i) haber cumplido 57 años si es mujer o 62 años si es hombre y (ii) haber cotizado un mínimo de 1.300 semanas en cualquier tiempo. La segunda prestación es la indemnización sustitutiva, que se otorga a quienes hayan cumplido la edad para acceder a la pensión de vejez pero no cuenten con el número mínimo de semanas cotizadas y no puedan o no quieran seguir aportando al sistema general de pensiones⁵¹.

1. Debido a que tanto la pensión de vejez como su correspondiente indemnización sustitutiva cubren el mismo riesgo, el artículo 6 del Decreto 1730 de 2001 dispuso que el reconocimiento simultáneo de ambas prestaciones económicas es inviable. A pesar de ello, esta Corporación ha establecido que la norma mencionada “[se] refiere de manera concreta a la imposibilidad de que los aportes cotizados al sistema financien simultáneamente dos prestaciones sociales que aseguran un mismo riesgo”⁵².

1. Por tanto, aunque es excepcional, una administradora de fondo de pensiones puede reconocer una pensión de vejez a quien previamente hubiera recibido una indemnización sustitutiva por igual concepto si se presenta alguno de los siguientes escenarios: (i) el afiliado causó el derecho pensional antes de que se reconociera la indemnización sustitutiva de vejez; (ii) el fondo pensional empleó un requisito inconstitucional o una norma sustantiva inaplicable al momento de realizar el estudio pensional⁵³ o (iii) el afiliado siguió cotizando después del reconocimiento de la indemnización sustitutiva y causó la pensión de vejez⁵⁴. En ese último escenario, “si el afiliado cobró la indemnización no se tendrán en cuenta las semanas que le fueron pagadas en dicha prestación; pero, si decidió no cobrarla, podrán tenerse en cuenta en el cálculo de las semanas para el reconocimiento de la pensión”⁵⁵.

1. En ese sentido, esta Corporación⁵⁶ ha enfatizado en el carácter facultativo y desistible de la indemnización sustitutiva. Ello implica que el afiliado que llegue a la edad de pensión sin cumplir con el requisito de semanas no está obligado a solicitar el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, sino que puede optar por continuar realizando aportes para obtener la pensión.

Caso concreto

1. La señora Nuris Romero Vital presentó acción de tutela contra Colpensiones y Fiduciaria S.A., en calidad de administradora fiduciaria del Fondo de Solidaridad Pensional, al estimar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida digna. La accionante narró que Colpensiones le informó que no había cotizado el número mínimo de semanas para acceder a su pensión de vejez, por lo que ella solicitó el pago de la indemnización sustitutiva. Sin embargo, después de haber reclamado esa prestación económica, Colpensiones corrigió su historia laboral y reliquidó la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

1. En la acción de tutela, la actora, de 63 años, aseguró que actualmente tiene 1.112 semanas cotizadas en Colpensiones, que aún existen periodos cotizados al Fondo de Solidaridad Pensional que no se han reconocido en su historia laboral y que desea continuar cotizando al sistema general de pensiones para cumplir los requisitos exigidos legalmente para acceder a la pensión de vejez. A pesar de ello, afirmó que Colpensiones ha negado la corrección de su historia laboral y le impide seguir cotizando al sistema general de pensiones.

Requisitos de procedibilidad

1. En el caso concreto la Sala encuentra acreditados todos los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, como se expondrá a continuación.

Tabla 3. Cumplimiento de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela

Requisito

Caso concreto

Legitimación en la causa por activa⁵⁷

Se cumple. La señora Nuris Romero Vital es la titular de los derechos fundamentales que estima vulnerados y presentó la acción de tutela a nombre propio, modalidad avalada por el Decreto 2591 de 1991.

Legitimación en la causa por pasiva⁵⁸

Se cumple.

i. Colpensiones es la entidad encargada de administrar el régimen de prima media con

prestación definida⁵⁹, lo que incluye, entre otros, el reconocimiento de los derechos pensionales y la gestión de la historia laboral de sus afiliados.

Inmediatez⁶⁰

Se cumple. La acción de tutela se presentó el 24 de agosto de 2022, habiendo transcurrido 1 mes y 13 días desde la expedición de la Resolución SUB 181724 del 11 de julio de 2022, por medio de la cual se reliquidó la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez de la accionante⁶¹. El término es razonable y proporcional.

Subsidiariedad⁶²

Se cumple y la acción de tutela procede como mecanismo definitivo de protección de derechos. Los medios ordinarios de defensa judicial carecen de eficacia en el caso concreto porque las circunstancias económicas la accionante la sitúan en una situación de especial vulnerabilidad y le impiden esperar a la resolución de un proceso ordinario laboral para lograr la protección de sus derechos fundamentales. Además, dado que la actora es sujeto de especial protección constitucional⁶³ por encontrarse en situación de pobreza extrema⁶⁴, el estudio del requisito de subsidiariedad debe flexibilizarse.

1. Así, a diferencia de lo indicado por los jueces constitucionales de instancia, la Sala considera que en este caso la acción de tutela cumple con todos los requisitos de procedibilidad exigidos por el artículo 86 de la Constitución y por el Decreto 2591 de 1991. Específicamente, se estima que en el caso concreto se cumple el requisito de subsidiariedad.

1. Por regla general, podría afirmarse que la acción de tutela es improcedente para solicitar la protección de los derechos pensionales de la actora porque esta debió acudir ante la jurisdicción ordinaria laboral y de la seguridad social⁶⁵. Sin embargo, ese medio ordinario de defensa judicial carece de eficacia en el caso concreto debido a que, por las condiciones particulares de la accionante, no otorgaría una protección oportuna e integral a sus derechos fundamentales⁶⁶. Por el contrario, exigirle a la actora el agotamiento de las acciones

judiciales la sometería a una posible demora para lograr que se resuelvan sus pretensiones y, de haber lugar a ello, se amparen sus derechos⁶⁷. Además, durante el trámite del proceso judicial ordinario, la accionante se encontraría desprotegida y podría intensificarse su situación de vulnerabilidad. Por tanto, la Sala considera que la acción de tutela es el mecanismo principal para solucionar el caso concreto.

1. Así pues, la Corte⁶⁸ ha señalado que la acción de tutela es procedente para reclamar derechos pensionales cuando se cumplen los siguientes requisitos, que se encuentran acreditados en el caso objeto de revisión.

i. Que el amparo sea solicitado por un sujeto de especial protección constitucional. La accionante es sujeto de especial protección constitucional debido a que se encuentra en situación de pobreza extrema⁶⁹, pues fue clasificada en el grupo A2 del Sisbén⁷⁰. Es decir, ella carece de los recursos económicos necesarios para solventar sus necesidades básicas⁷¹. Al respecto, debe tenerse presente que el estudio del requisito de subsidiariedad debe basarse en criterios más amplios cuando la acción de tutela es presentada por sujetos de especial protección constitucional.

i. Que la falta de pago de la prestación económica afecte gravemente los derechos fundamentales del accionante. La accionante se encuentra en situación de especial vulnerabilidad debido a sus circunstancias económicas, que le impiden satisfacer su mínimo vital y vivir en condiciones dignas. Además, la Corte no encontró que la accionante reciba ingresos de algún tipo ni que sea beneficiaria de algún subsidio, y no está demostrado que su familia, en virtud del deber de solidaridad, esté en la capacidad de ayudarla económicamente. De hecho, su hijo⁷² también se encuentra en situación de pobreza extrema al haber sido clasificado en el grupo A2 del Sisbén.

i. Que el interesado haya actuado con un grado mínimo de diligencia al solicitar el

reconocimiento de sus derechos por los medios ordinarios. La accionante ha actuado de manera diligente para reclamar los derechos pensionales que estima le deben ser reconocidos. Ella ha presentado varias solicitudes ante Colpensiones (para el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva⁷³, la corrección de su historia laboral⁷⁴, la reliquidación de la indemnización sustitutiva⁷⁵ y el reconocimiento y pago de la pensión de vejez⁷⁶). Además, en el marco de la primera acción de tutela presentada por la señora Nuris Romero Vital, se afirmó que ella radicó una queja ante la Superintendencia Financiera con el objetivo de que se ordenara a Colpensiones a corregir su historia laboral⁷⁷. Finalmente, la actora ya promovió previamente una tutela contra Colpensiones⁷⁸.

i. Que se acredite el motivo por el cual el medio ordinario de defensa judicial no protege efectivamente los derechos del accionante. Debido a la grave situación económica en que se encuentra la accionante, resulta desproporcionado exigirle que agote los medios ordinarios de defensa judicial porque ella requiere una protección urgente de sus derechos fundamentales. Debe considerarse que un proceso judicial ordinario conlleva largas esperas⁷⁹ y puede suponer exigencias de tipo económico que la actora no está en capacidad de soportar.

1. En definitiva, se considera que la acción de tutela es el mecanismo principal mediante el cual la accionante puede obtener la protección a sus derechos fundamentales debido a la falta de eficacia de los medios ordinarios de defensa ante la jurisdicción laboral y de la seguridad social. Ello se debe, (i) a las circunstancias de vulnerabilidad en que se encuentra la accionante al ser sujeto de especial protección constitucional por encontrarse en situación de pobreza extrema; (ii) a que la ausencia de reconocimiento de las prestaciones económicas pensionales que la accionante solicita afecta sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna; y (iii) a que la accionante ha sido diligente al reclamar la protección de sus derechos.

Solución del caso concreto

Colpensiones vulneró el derecho a la seguridad social de la accionante y debe corregir su historia laboral

1. En la acción de tutela, la señora Nuris Romero Vital afirmó que Colpensiones no había incluido en su historia laboral los periodos cotizados ante el Fondo de Solidaridad Pensional en el marco del Programa de Subsidio de Aporte a Pensión – PSAP. Por su parte, Fiduagraria S.A.⁸⁰ confirmó que la accionante estuvo afiliada al programa mencionado entre octubre del año 2000 y diciembre del año 2001, ambos meses incluidos. Sin embargo, la actora únicamente pagó su fracción de los aportes en los meses de octubre del año 2000 a marzo de 2001, y dejó de pagar a partir de abril de 2001. Finalmente, la afiliación de la accionante fue retirada porque, debido a la falta de pago durante 4 meses continuos, incurrió en la causal de pérdida de derecho al subsidio consagrada en el literal e) del artículo 9 del Decreto 1858 de 1995⁸¹.

1. Según la información aportada por Fiduagraria S.A., durante todo el tiempo que duró la afiliación de la accionante se giró a Colpensiones, con recursos del Fondo de Solidaridad Pensional, el subsidio al aporte de la actora. A pesar de ello, como consecuencia de la falta de pago de la accionante, los dineros correspondientes a los subsidios de los meses de abril a diciembre de 2001 fueron devueltos a la administradora del Fondo en los términos del artículo 9 del Decreto 1858 de 1995.

1. Ahora bien, en la Resolución SUB 181724 del 11 de julio de 2022, por medio de la cual se reliquidó la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez de la accionante, Colpensiones únicamente tuvo en cuenta los periodos de octubre y noviembre del año 2000 y enero, febrero y marzo de 2001⁸². A partir de lo anterior se abordarán dos análisis: el primero se refiere a si Colpensiones tiene el deber de incluir en la historia laboral de la accionante los periodos en que ella, a pesar de estar afiliada al Fondo de Solidaridad Pensional, no realizó el

pago de su porcentaje del aporte; el segundo alude al deber de Colpensiones de incluir en la historia laboral de la actora el periodo de diciembre del año 2000, el cual fue pagado oportunamente tanto por la actora como por el Fondo.

1. En primer lugar, la Sala considera que no se pueden incluir en la historia laboral de la accionante los periodos en los que ella no pagó su parte de la cotización. Debido a la falta de pago durante 4 meses continuos, la actora incurrió en una causal de pérdida del derecho al subsidio. Además, según el parágrafo del artículo 9 del Decreto 1858 de 1995, la suspensión del subsidio y el retiro de la afiliación de la actora ocurrieron el 31 de marzo del año 2001, que fue la última fecha en que ella realizó el pago de su porcentaje del aporte. En consecuencia, se entiende que los periodos entre abril y diciembre de 2001, como no fueron pagados por la accionante, no fueron efectivamente cotizados y no pueden tenerse en cuenta de cara al reconocimiento de prestaciones económicas del sistema de seguridad social.

1. Al respecto, se resalta que la Sala Plena de esta Corporación⁸³ ha señalado que resulta irrazonable exigirle al Fondo de Solidaridad Pensional que reconozca el subsidio en favor de los beneficiarios que omiten pagar el porcentaje del aporte que les corresponde, pues ello pondría en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema. Así las cosas, no es posible atribuirles a las entidades accionadas vulneración alguna de los derechos fundamentales de la accionante respecto de la no inclusión en su historia laboral de los periodos entre abril y diciembre de 2001.

1. En segundo lugar, la Sala estima que el periodo de diciembre del año 2000 debería incluirse en la historia laboral de la accionante. Al respecto, Fiduagraria S.A. aseguró que la actora pagó oportunamente el porcentaje del aporte que tenía a su cargo y que el Fondo de Solidaridad Pensional transfirió a la administradora de fondo de pensiones el subsidio correspondiente a ese mes. Por su parte, Colpensiones no demostró que el periodo correspondiente a diciembre del año 2000 no hubiera sido pagado en su totalidad por la accionante o por el Fondo. De esa manera, se tiene por probado que las semanas correspondientes al mes de diciembre del año 2000 fueron efectivamente cotizadas y, por

tanto, deberían verse reflejadas en la historia laboral de la accionante.

1. Esa inconsistencia en la historia laboral de la accionante implica un incumplimiento del deber de diligencia de Colpensiones y, por tanto, una vulneración del derecho fundamental a la seguridad social de la actora. La Corte⁸⁴ ha establecido que la historia laboral es un documento de relevancia constitucional que permite la protección de derechos fundamentales y el reconocimiento de prestaciones sociales. Así, es deber de las administradoras de fondos de pensiones manejar y conservar de manera diligente la información sobre sus afiliados, pues “la desorganización, la no sistematización de los datos o el descuido, no pueden repercutir negativamente en el trabajador”⁸⁵.

1. Debido a lo anterior, en la presente decisión se ordenará a Colpensiones que corrija la historia laboral de la accionante únicamente en el sentido de incluir las semanas correspondientes al periodo de diciembre del año 2000 y que, con base en dicha corrección, adelante las acciones necesarias para reliquidar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez de la actora.

La accionante puede seguir cotizando al sistema general de pensiones

1. La señora Nuris Romero Vital afirmó que había cotizado 1.112 semanas ante Colpensiones, por lo que deseaba seguir realizando los aportes con el fin de cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez. Sin embargo, de la historia laboral⁸⁶ de la accionante se desprende que únicamente cotizó 766 semanas, a las cuales se deberán sumar las correspondientes al periodo de diciembre del año 2000. Se reitera que cuando Colpensiones le reconoció a la actora por primera vez la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, señaló que en su historia laboral constaban 346 semanas efectivamente cotizadas⁸⁷. Luego, al reliquidar esa prestación económica, la entidad corrigió la historia laboral de la actora e incluyó 420 semanas laboradas por ella en la sociedad Hermans de Colombia Ltda. entre los

periodos 1981-09 y 1993-0588. Estas 420 semanas se sumaron a las 346 reconocidas inicialmente por Colpensiones, para un reconocimiento final de 766 semanas cotizadas. En otras palabras, no es posible, como al parecer concluyó la actora, sumar las 346 semanas reconocidas en el primer acto administrativo a las 766 semanas reconocidas con posterioridad, pues aquellas ya estaban incluidas en el cálculo final efectuado por Colpensiones.

1. De lo anterior se concluye que las inconsistencias en la historia laboral de la accionante cuando ella solicitó por primera vez la indemnización sustitutiva le impidieron conocer con certeza el número de semanas que había cotizado en realidad, por lo que no puede afirmarse que dicha solicitud haya sido consciente y carente de vicios. Así pues, aunque en principio no es posible que el afiliado al sistema general de pensiones que ya recibió el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez continúe cotizando a ese mismo riesgo⁸⁹, en este caso el consentimiento de la accionante no estuvo libre de vicios debido a una falta de diligencia atribuible a Colpensiones en el manejo y la conservación de la historia laboral de la accionante. Por tanto, dicha entidad deberá permitir a la accionante seguir cotizando al sistema de seguridad social en pensiones.

1. En todo caso, el sistema general de pensiones no ampara únicamente el riesgo de vejez, sino también los riesgos de invalidez y muerte⁹⁰. En ese sentido, si la accionante continúa cotizando al sistema y cumple los requisitos para ello, eventualmente ella o sus beneficiarios podrían acceder a las prestaciones económicas que protegen frente a la ocurrencia de los dos riesgos mencionados.

1. Ahora bien, Colpensiones⁹¹ afirmó que no había impedido a la accionante seguir cotizando al sistema general de pensiones y en el expediente no consta ninguna prueba de que la entidad haya negado a la actora la posibilidad de realizar aportes. A pesar de ello, se instará a Colpensiones para que no impida a la accionante cotizar al sistema general de pensiones si ella así lo desea, para estar protegida frente a la ocurrencia de los riesgos de vejez, invalidez

y muerte.

La accionante no debe restituir a Colpensiones el valor de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez

1. La accionante también solicitó que se declarara la nulidad de la Resolución SUB 181724 del 11 de julio de 2022 y que la indemnización sustitutiva que le fue reconocida se descontara de las mesadas pensionales que ella empezara a recibir cuando se reconociera su pensión de vejez. Al respecto, la Sala estima que no existe vulneración a los derechos fundamentales de la accionante, por lo que no es posible acceder a estas pretensiones.

1. Aunque la accionante ya superó la edad de 57 años, únicamente constan en su historia laboral 766 semanas efectivamente cotizadas, por lo que ella no cumple con los requisitos que exige el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de vejez⁹². Por tanto, el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva por ese concepto no solo supone un amparo frente al riesgo de la vejez sino que además satisface el derecho a la seguridad social de la accionante. Así, de declararse la nulidad de la Resolución SUB 181724 del 11 de julio de 2022, se dejaría sin efectos la reliquidación de la indemnización sustitutiva de vejez que le fue reconocida a la actora y ella quedaría desprotegida. En todo caso, no existen motivos legales ni constitucionales para declarar nulo ese acto administrativo.

1. Ahora bien, la jurisprudencia constitucional⁹³ ha reconocido que una de las excepciones a la regla de la incompatibilidad entre la pensión de vejez y la indemnización sustitutiva por el mismo concepto la constituye que el afiliado continúe cotizando con posterioridad al reconocimiento de la primera prestación y cause la pensión de vejez. En esos casos, para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema, “si se demuestra que el afiliado realizó el cobro de la indemnización y de manera extraordinaria siguió cotizando al sistema general de

pensiones, no deben tenerse en cuenta las cotizaciones reconocidas y pagadas en la indemnización sustitutiva”⁹⁴.

1. Por tanto, no se accederá a lo pretendido por la accionante. El reconocimiento, la reliquidación y el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en favor de la actora no vulneraron sus derechos fundamentales. Por el contrario, dicha prestación económica contribuye a satisfacer el derecho fundamental a la seguridad social de la accionante, dado que no cumple los requisitos para acceder a la pensión de vejez.

La accionante podría ingresar al servicio social complementario de Beneficios Económicos Periódicos – BEPS

1. La Sala reconoce el estado de vulnerabilidad en que se encuentra la accionante debido a sus circunstancias económicas. Por tanto, haciendo uso de las facultades extra y ultra petita⁹⁵ de los jueces constitucionales, se considera que uno de los mecanismos por medio de los cuales podría contribuirse a la protección de sus derechos fundamentales es mediante su ingreso al mecanismo BEPS.

1. Se estima que en este caso es necesario fallar extra y ultra petita debido a que el derecho al mínimo vital de la actora podría verse comprometido si se resuelve la acción de tutela únicamente en los términos allí planteados. Como se mencionó, la accionante se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad debido a que vive en circunstancias de pobreza extrema. Por tanto, ella requiere de un ingreso fijo que le permita solventar sus necesidades básicas. Sin embargo, la accionante no cumple con los requisitos para acceder a una pensión de vejez y ya reclamó la indemnización sustitutiva por dicho concepto, de manera que se encontraría desprotegida durante su vejez. De ahí que se considere fundamental que el juez constitucional evalúe si existen otros remedios que permitan otorgar un mayor nivel de protección a la accionante y, en específico, satisfacer su mínimo vital. Como se expondrá a

continuación, se considera que el programa BEPS podría constituir uno de dichos remedios.

1. Ahora bien, los BEPS son una alternativa voluntaria de ahorro mediante la cual los colombianos con ingresos inferiores a un salario mínimo legal mensual vigente pueden percibir un ingreso bimensual de por vida si, al momento de cumplir la edad mínima para acceder a la pensión de vejez, no cumplen con el requisito de semanas cotizadas. El valor del ingreso bimensual dependerá del dinero ahorrado libremente por el beneficiario y del incentivo periódico otorgado por el Estado⁹⁶. El mecanismo BEPS es administrado por Colpensiones⁹⁷, y los requisitos para ingresar son (i) ser ciudadano colombiano y (ii) recibir ingresos inferiores a un salario mínimo legal mensual vigente⁹⁸.

1. Además, se resalta que el Decreto 1833 de 2016 no consagra ninguna incompatibilidad entre el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva y la pertenencia al mecanismo BEPS; por el contrario, permite que los beneficiarios del mecanismo BEPS estén afiliados de manera simultánea al sistema general de pensiones⁹⁹. En esos casos, el Decreto solo contempla las siguientes limitaciones: (i) no es posible cotizar tanto a pensión como al mecanismo BEPS en un mismo mes¹⁰⁰; (ii) no se puede obtener de manera concurrente un subsidio del sistema general de pensiones¹⁰¹ y los BEPS y (iii) siempre primarán los beneficios que podrían obtenerse del sistema general de pensiones respecto de los BEPS¹⁰².

1. En consecuencia, la Sala le ordenará a Colpensiones que le brinde una asesoría clara, precisa y completa a la accionante en la que le informe, entre otros, en qué consiste el mecanismo BEPS y qué condiciones debería cumplir ella para obtener un ingreso fijo en un futuro, dada su edad. En todo caso, se resalta que la asesoría mencionada tiene el objetivo de que la accionante cuente con información suficiente sobre las diferentes opciones con las

que cuenta para evitar que esté completamente desprotegida durante su vejez. Así, la actora es quien deberá decidir de manera libre y autónoma si desea ingresar al programa BEPS. En caso afirmativo, Colpensiones¹⁰⁴ deberá adelantar oportunamente las gestiones para la efectiva vinculación de la accionante.

1. Así mismo, se instará a la Procuraduría General de la Nación, a través de la Procuraduría Delegada para la Salud, la Protección Social y el Trabajo Decente¹⁰⁵, para que asista, acompañe y respalde la asesoría que Colpensiones deberá brindar a la accionante. Lo anterior tiene el objetivo de reforzar el acompañamiento a la actora para que ella cuente con toda la información necesaria para ponderar sus opciones y decidir cuál es la que más se ajusta a su proyecto de vida.

Síntesis de la decisión

1. A la Sala Novena de Revisión le correspondió resolver la acción de tutela presentada por la señora Nuris Romero Vital contra Colpensiones y Fiduagraria S.A., en calidad de administradora del Fondo de Solidaridad Pensional. La accionante estimó vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna y solicitó que se ordenara a Colpensiones (i) permitirle continuar cotizando hasta obtener el número mínimo de semanas exigido para acceder a una pensión de vejez, pues consideraba que tenía 1.112 semanas cotizadas; (ii) incluir en su historia laboral las semanas cotizadas ante el Fondo de Solidaridad Pensional; (iii) declarar la nulidad del acto administrativo que reliquidó la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y (iv) que dicha indemnización se descontara de las mesadas pensionales que ella empezara a recibir cuando se reconociera su pensión de vejez.

1. Para comenzar, la Sala señaló que no se habían configurado los fenómenos de la temeridad y la cosa juzgada constitucional respecto de una acción de tutela presentada con

anterioridad por la señora Nuris Romero Vital. Posteriormente, se reiteró la jurisprudencia de la Corte sobre la procedibilidad de la acción de tutela respecto de controversias pensionales, el reconocimiento en la historia laboral de los periodos en que el beneficiario del Fondo de Solidaridad Pensional no pagó el porcentaje del aporte a su cargo y la incompatibilidad entre la indemnización sustitutiva y la pensión de vejez.

1. Con base en dichas consideraciones, la Sala concluyó que la acción de tutela cumplía con el requisito de subsidiariedad porque, debido a las condiciones particulares de la accionante, los medios ordinarios de defensa judicial eran ineficaces para otorgar una protección oportuna e integral a los derechos fundamentales de la actora. Al resolver de fondo el caso concreto, la Sala estimó que Colpensiones debía corregir la historia laboral de la accionante e incluir el periodo de diciembre del año 2000 que ella cotizó ante el Fondo de Solidaridad Pensional. Además, se afirmó que Colpensiones debía permitirle a la accionante continuar cotizando al sistema general de pensiones a pesar de haber recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Finalmente, se resaltó que la accionante no cumplía con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, pero que, si así lo desea, ella podría ingresar al mecanismo BEPS para tener un ingreso periódico que la ampare durante la vejez.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero. REVOCAR las sentencias proferidas el 8 de noviembre de 2022 por la Sala Mixta de Adolescentes del Tribunal Superior de Barranquilla y el 7 de septiembre de 2022 por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Barranquilla, en las que se declaró improcedente la acción de tutela. En su lugar, CONCEDER PARCIALMENTE el amparo del derecho fundamental a la seguridad social de la señora Nuris Romero Vital por las razones expuestas en la parte considerativa.

Segundo. ORDENAR a Colpensiones que, en un término no superior a diez (10) días a partir de la notificación de esta sentencia, corrija la historia laboral de la señora Nuris Romero Vital en el sentido de incluir las semanas correspondientes al periodo cotizado de diciembre del año 2000, conforme a lo señalado en la parte motiva de la presente decisión. Una vez actualizada la historia laboral, Colpensiones contará con el término de treinta (30) días para reliquidar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez de la señora Nuris Romero Vital y deberá incluirla en la nómina del mes siguiente a aquel en que se notifique el acto administrativo de reliquidación.

Tercero. INSTAR a Colpensiones para que permita que la señora Nuris Romero Vital continúe cotizando al sistema general en pensiones, si ella lo desea.

Cuarto. ORDENAR a Colpensiones que, en el término de quince (15) días a partir de la notificación de esta sentencia, brinde a la señora Nuris Romero Vital una asesoría clara, precisa y completa en que le informe (i) que no cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, por lo que no es posible que restituya a la entidad la indemnización sustitutiva por el mismo concepto; (ii) que, si lo desea, puede continuar cotizando al sistema general de pensiones; y (iii) en qué consiste el mecanismo BEPS. Además, en caso de que la accionante decida de manera libre y autónoma ingresar al programa BEPS, Colpensiones deberá adelantar oportunamente las gestiones para la efectiva vinculación de la accionante.

Quinto. INSTAR a la Procuraduría General de la Nación, a través de la Procuraduría Delegada para la Salud, la Protección Social y el Trabajo Decente, para que asista, acompañe y respalde la asesoría que Colpensiones deberá brindar a la accionante en virtud de lo dispuesto en el numeral anterior.

Sexto. LÍBRESE por la Secretaría General de la Corte Constitucional la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

NATALIA ÁNGEL CABO

Magistrada

JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 La información sobre los hechos expuestos en el escrito de tutela fue complementada a través de los elementos probatorios que obran en el expediente con el fin de facilitar el entendimiento del caso.

2 La accionante nació el 24 de diciembre de 1959.

3 La accionante fue clasificada en el grupo A2 del Sisbén, que corresponde a pobreza extrema.

4 Expediente digital, archivos "Actuaciones_15_08Contestacion.pdf" y "SOLICITUD INDEMNIZACION 25032021.pdf".

5 Expediente digital, archivo "SUB 115515.pdf".

6 Expediente digital, archivo "INTERVENCION T9168829.pdf".

7 En concreto, Colpensiones se refirió a los ciclos 1981-09 hasta 1982-05, 1982-08 hasta 1984-01, 1984-08 hasta 1985-02, 1986-01 hasta 1986-08, 1986-12 hasta 1987-08, 1988-01 hasta 1988-02, 1988-10 hasta 1989-10, 1991-01 hasta 1991-08, 1992-03 hasta 1993-05.

8 El proceso fue identificado con el radicado 08001-3333-008-2022-00056-00.

9 Expediente digital, archivo "Actuaciones_11_05RecepciónMemoriales.pdf" (contiene el enlace del expediente del proceso de tutela con radicado 08001-3333-008-2022-00056-00).

10 Expediente digital, archivo "RELIQUIDACION INDEMNIZACION 21062022.pdf".

11 Expediente digital, archivo "Actuaciones_17_10Contestacion.pdf".

12 Expediente digital, archivo "SUB 181724.pdf".

13 Expediente digital, archivo "CERTIFICADO DE NOMINA DE PENSIONADOS.pdf".

14 Expediente digital, archivo "Procesos_1_01DEMANDA.pdf".

15 Mediante auto del 24 de agosto de 2022, el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Barranquilla admitió la acción de tutela, corrió traslado de la misma a las entidades accionadas y ofició al Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Barranquilla para que remitiera el expediente del proceso de tutela con radicado 08001-3333-008-2022-00056-00 (expediente digital, archivo "Actuaciones_9_03AutoAdmite.pdf").

16 Expediente digital, archivo "Actuaciones_14_07Contestacion.pdf".

17 Expediente digital, archivo "Actuaciones_21_14Contestacion.pdf".

18 Expediente digital, archivo "Actuaciones_1_15Sentencia.pdf".

19 Expediente digital, archivos “Actuaciones_15_08Contestacion.pdf” y “SOLICITUD INDEMNIZACION 25032021.pdf”.

20 Expediente digital, archivo “Actuaciones_3_02SentenciaSegundaInstancia.pdf”.

21 El expediente digital se puede encontrar en el siguiente enlace:
<https://etbcsj.sharepoint.com/sites/EquipoJuzgadoOctavoActivo/Documentos%20compartidos/Forms/AllItems.aspx?id=%2Fsites%2FEquipoJuzgadoOctavoActivo%2FDocumentos%20compartidos%2FGeneral%2F05%2E%20ACCION%20DE%20TUTELA%2F2022%2F08001333300820220005600&p=true&ga=1>

22 Expediente digital, archivo “SUB 339125.pdf”.

23 Sentencia T-407 de 2022.

24 Sentencia T-125 de 2021.

25 Sentencias T-407A de 2022, T-407 de 2022, SU-157 de 2022, T-023 de 2022, T-125 de 2021, SU-027 de 2021, entre otras.

26 Existe identidad de partes cuando las acciones de tutela fueron formuladas por la misma persona natural o jurídica contra los mismos accionados (sentencia T-407A de 2022).

27 Existe identidad de objeto cuando con las acciones de tutela se formulen pretensiones similares o se solicite la protección de los mismos derechos fundamentales (sentencia T-407A de 2022).

28 Existe identidad de causa cuando las acciones de tutela estén basadas en los mismos hechos y fundamentos jurídicos. Así, cuando existan hechos o elementos nuevos que impliquen una variación en el análisis, no se podrá predicar la existencia de identidad de causa (sentencia T-407A de 2022).

29 El accionante comete una actuación dolosa o de mala fe cuando “(i) resulta amañada, en la medida en que el actor se reserva para cada demanda los argumentos o pruebas que convalidan sus pretensiones ; (ii) denote el propósito desleal de obtener la satisfacción del interés individual a toda costa, jugando con la eventualidad de una interpretación judicial

que, entre varias, pudiera resultar favorable; (iii) deje al descubierto el abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaure la acción ; o finalmente (iv) se pretenda a través de personas inescrupulosas asaltar la buena fe de los administradores de justicia” (sentencia T-001 de 1997, reiterada en la sentencia T-125 de 2021).

30 Sentencias T-407A de 2022, T-407 de 2022, T-534 de 2020, T-390 de 2020, T-291 de 2020, entre otras.

31 Sentencias T-407A de 2022, T-407 de 2022, SU-157 de 2022, T-023 de 2022, T-125 de 2021, SU-027 de 2021, entre otras.

33 Sentencias T-026 de 2023, T-012 de 2023, T-469 de 2022, T-451 de 2022, T-225 de 2020, T-280 de 2019, entre otras.

34 El numeral 4 del artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social señala que la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y de la seguridad social conoce de “[l]as controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos”.

35 “[E]l mecanismo judicial es idóneo cuando materialmente puede resolver el problema jurídico planteado y protege los derechos fundamentales de manera efectiva. Por su parte, es eficaz, cuando otorga tutela oportuna a los derechos amenazados” (sentencia T-451 de 2022).

36 Sentencias T-089 de 2023, T-026 de 2023, T-012 de 2023, T-451 de 2022, T-225 de 2020, T-280 de 2019, T-352 de 2018, entre otras.

37 Sentencias T-026 de 2023, T-469 de 2022, T-451 de 2022, T-080 de 2021, T-528 de 2020, T-352 de 2018, entre otras.

38 Sentencia T-026 de 2023.

39 Cuando la acción de tutela es promovida por sujetos de especial protección constitucional el examen del cumplimiento del requisito de subsidiariedad se torna más flexible al basarse

en criterios de análisis más amplios. En esos casos, “el juez de tutela debe brindar un tratamiento diferencial al accionante y verificar que este se encuentre en imposibilidad de ejercer el medio de defensa en igualdad de condiciones” (sentencia T-280 de 2019). Al respecto, consultar las sentencias T-587 de 2019, T-280 de 2019, T-352 de 2018, entre otras.

40 Es importante aclarar que el Decreto 1858 de 1995 fue derogado por el Decreto 3771 de 2007. Además, actualmente, las normas que regulan el Fondo de Solidaridad Pensional se encuentran compiladas en el Título 14 del Decreto 1833 de 2016. A pesar de ello, de cara a la solución del caso concreto, en la presente decisión se hará alusión únicamente a los artículos 25 y siguientes de la Ley 100 de 1993 y al Decreto 1858 de 1995, con sus respectivas modificaciones, porque eran los cuerpos normativos vigentes al momento de la afiliación y el posterior retiro de la accionante del Fondo de Solidaridad Pensional.

41 Artículo 28 de la Ley 100 de 1993.

42 Artículo 8 del Decreto 1858 de 1995.

43 Sentencia SU-079 de 2018.

44 Según el párrafo 1 del artículo 9 del Decreto 1858 de 1995, “[s]e entenderá que la fecha de suspensión del subsidio y consecuente retiro de la afiliación, será el último día del mes cotizado”.

45 Artículo 9 del Decreto 1858 de 1995, modificado por el artículo 1 del Decreto 2414 de 1998.

46 Ibidem.

47 Sentencia SU-079 de 2018.

48 Artículo 10 de la Ley 100 de 1993. Así también lo reconocen las sentencias T-469 de 2022, T-436 de 2022, SU-082 de 2022, SU-149 de 2021, entre otras.

49 En este apartado se hará referencia únicamente a las prestaciones económicas del régimen de prima media con prestación definida, pues es al que está afiliada la accionante.

50 Según el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, y sin considerar los regímenes de transición.

51 Artículo 37 de la Ley 100 de 1993.

52 Sentencias T-471 de 2022, T-469 de 2022, T-451 de 2022, T-225 de 2020 y T-280 de 2019 entre otras.

53 En los dos primeros escenarios, para garantizar la sostenibilidad fiscal de sistema de seguridad social, la Corte ha ordenado al fondo de pensiones correspondiente deducir de las mesadas pensionales del beneficiario el monto pagado por concepto de indemnización sustantiva de la pensión de vejez, pero de manera que no se afecte su mínimo vital.

54 Sentencias T-471 de 2022, T-469 de 2022 y T-451 de 2022, entre otras.

55 Sentencia T-471 de 2022.

56 Sentencias T-225 de 2020, T-280 de 2019, T-510 de 2017, C-375 de 2004, entre otras.

57 El titular de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados o amenazados es quien posee interés en el ejercicio de la acción de tutela y, según el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, puede actuar por sí mismo o a través de un representante legal, apoderado judicial, agente oficioso, defensor público o personero municipal.

58 El artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela se presenta en contra de la autoridad pública que presuntamente vulneró o amenazó los derechos fundamentales. Además, los artículos 1, 5 y 42 del mismo Decreto admiten la procedencia de la acción de tutela contra particulares.

59 Artículo 155 de la Ley 1151 de 2007 y artículo 5 del Decreto 309 de 2017.

60 Como la acción de tutela es un mecanismo para la protección inmediata y efectiva de derechos fundamentales, esta debe presentarse en un término razonable, teniendo en cuenta las particularidades de cada caso.

61 Se propone estudiar el cumplimiento del requisito de inmediatez a partir de la expedición de la Resolución SUB 181724 del 11 de julio de 2022 porque en ese acto administrativo se

reliquidó la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez de la accionante teniendo en cuenta 766 semanas cotizadas. Al sumar a ese tiempo las 346 semanas reconocidas inicialmente por Colpensiones, la accionante concluyó que había cotizado un total de 1.112 semanas y que deseaba seguir cotizando para acceder a la pensión de vejez. A partir de ese análisis es que la actora estimó que se habían vulnerado sus derechos fundamentales.

62 Según el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable y de manera directa ante la inexistencia de otros medios de defensa judicial o cuando estos no son idóneos ni eficaces.

63 Sentencias T-402 de 2022, SU-299 de 2022, T-301 de 2021 y T-252 de 2017, entre otras.

64 Según la Corte, “[e]special atención merecen los adultos mayores en situación de pobreza extrema que, como explicó esta Sala [Sexta de Revisión] en la sentencia T-207 de 2013, por su edad avanzada y no contar con ingresos suficientes requieren de una mayor protección. Así, partiendo de la aplicación del principio de solidaridad y de la protección a la dignidad humana (arts. 1 y 13 superiores), el ordenamiento jurídico le reconoce una protección especial a los adultos mayores en situación de pobreza extrema, a la hora de proteger sus derechos individuales, lo cual se ve reflejado en disposiciones de rango constitucional, de derecho internacional y en el orden legal” (sentencia T-252 de 2017).

65 Se considera que la jurisdicción competente para tramitar una eventual demanda de la accionante sería la jurisdicción ordinaria laboral y de la seguridad social porque, según la historia laboral de la actora, ella se desempeñó en todo momento como trabajadora del sector privado y no ejerció funciones como empleada pública o miembro de alguna corporación pública. Al respecto, Autos 112 de 2022, 919 de 2021, 710 de 2021, entre otros.

66 Sentencias T-026 de 2023, T-451 de 2022, entre otras.

67 Sentencia T-026 de 2023.

68 Ibidem.

69 En otras oportunidades la Corte ha reconocido la especial vulnerabilidad en que se

encuentran las personas en situación de pobreza o en precarias circunstancias económicas, dando por satisfecho el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela para reclamar derechos pensional a pesar de que los accionantes ya hubiera recibido la indemnización sustitutiva. Ver las sentencias T-471 de 2022, T-451 de 2022, T-436 de 2022, entre otras.

70 Información obtenida de la página web del Sisbén.

72 El señor Douglas de Jesús Maldonado Romero, cuyos datos de identificación constan en el archivo "SOLICITUD INDEMNIZACION 25032021.pdf" del expediente digital.

73 Expediente digital, archivo "SOLICITUD INDEMNIZACION 25032021.pdf".

74 Expediente digital, archivo "SUB 181724.pdf".

75 Expediente digital, archivo "RELIQUIDACION INDEMNIZACION 21062022.pdf".

76 Expediente digital, archivo "SUB 339125pdf".

77 Expediente digital, archivo "Actuaciones_11_05RecepciónMemoriales.pdf" (contiene el enlace del expediente del proceso de tutela con radicado 08001-3333-008-2022-00056-00).

78 Ibidem.

79 "De conformidad con la normatividad vigente, en su primera instancia, el proceso ordinario laboral debe tardar, como máximo, esto es, incluyendo vicisitudes como la inadmisión de demandas o la reprogramación de audiencias de juzgamiento, 242 días corrientes. En su segunda instancia, tendría que tardar 38 días corrientes. No obstante, la práctica judicial cotidiana ha demostrado que estos términos pueden extenderse por variadas razones, entre ellas las prácticas dilatorias de las partes o la congestión de los despachos judiciales, de manera que se ha logrado establecer que en promedio -no con grado de certeza- un proceso de estas características puede tardar en resolverse 366 días corrientes en primera instancia y 168 en segunda" (sentencia SU- 543 de 2019, reiterada en la sentencia T-436 de 2022).

80 Expediente digital, archivo "Actuaciones_21_14Contestacion.pdf".

81 Modificado por el artículo 1 del Decreto 2414 de 1998.

82 Lo mismo ocurre en las Resoluciones SUB 115515 del 18 de mayo de 2021, mediante la cual se reconoció a la accionante la indemnización sustitutiva, y SUB 339125 del 14 de diciembre de 2022, mediante la cual se negó la pensión de vejez a la accionante (con posterioridad a la presentación de la acción de tutela).

83 Sentencia SU-079 de 2018.

84 Sentencias T-026 de 2023, T-264 de 2022, SU-405 de 2021, T-013 de 2020, entre otras.

85 Sentencia SU-405 de 2021.

86 Expediente digital, archivo "SUB 181724.pdf".

87 Expediente digital, archivo "SUB 115515.pdf".

88 Expediente digital, archivo "SUB 181724.pdf".

89 En la sentencia T-471 de 2022, la Corte advirtió a Colpensiones que "a futuro y en la medida de lo posible, haga uso de los mecanismos que tenga a su alcance para impedir que sigan cotizando al riesgo de vejez dentro del Sistema de Seguridad Social aquellos afiliados a los que se les materializó el derecho a la seguridad social a través del reconocimiento de una indemnización sustitutiva de vejez de manera libre, voluntaria y consciente" (énfasis fuera de texto).

90 Artículo 10 de la Ley 100 de 1993. Así también lo reconocen las sentencias T-436 de 2022, SU-082 de 2022, SU-149 de 2021, entre otras.

91 Expediente digital, archivo "INTERVENCION T9168829.pdf".

92 La señora Nuris Romero Vital no es beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el Acto Legislativo 01 de 2015 porque, para el 1 de abril de 1994, ella aún no había cumplido 35 años ni tenía 15 años o más de servicios cotizados.

93 Sentencias T-471 de 2022, T-469 de 2022 y T-451 de 2022, entre otras.

94 Sentencia T-469 de 2022.

95 Según la sentencia SU-195 de 2012, el juez de tutela “puede al momento de resolver el caso concreto conceder el amparo incluso a partir de situaciones o derechos no alegados, atendiendo la informalidad que reviste el amparo y además quien determina los derechos fundamentales violados. (...) [L]a labor de la autoridad judicial no puede limitarse exclusivamente a las pretensiones invocadas por la parte actora, sino que debe estar encaminada a garantizar el amparo efectivo de los derechos fundamentales”.

96 <https://www.colpensiones.gov.co/beps/>

97 Artículo 2.2.13.8.1 del Decreto 1833 de 2016.

98 Artículo 2.2.13.2.1 del Decreto 1833 de 2016.

100 Ibidem.

101 La indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no puede entenderse como un subsidio, sino como una prestación económica que se reconoce una única vez al afiliado al régimen de prima media con prestación definida que no satisface con el requisito de las semanas mínimas de cotización pero ya cumplió la edad para acceder a la pensión (artículo 37 de la Ley 100 de 1993).

102 Artículo 2.2.13.7.2 del Decreto 1833 de 2016.

103 Sentencias T-471 de 2022 y T-469 de 2022.

104 Colpensiones es la entidad encargada de administrar el programa BEPS según el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007 y el artículo 2.2.13.8.1. del capítulo 8 del Título 13 del Decreto 1833 de 2016.

105 Según el artículo 23 del Decreto 262 de 2000, “[l]as procuradurías delegadas ejercerán funciones preventivas y de control de gestión, disciplinarias, de protección y defensa de los derechos humanos y de intervención ante las autoridades administrativas y judiciales”.

{p}

