

TEMAS-SUBTEMAS

Sentencia T-388/24

ACCION DE TUTELA PARA RECLAMAR PRESTACIONES ECONOMICAS PENSIONALES-Reglas jurisprudenciales para la procedencia

a. Que se trate de sujetos de especial protección constitucional. b. 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. c. Que el accionante haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial con el objetivo de que le sea reconocida la prestación reclamada. d. 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.

INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE PENSION DE VEJEZ-Naturaleza jurídica

PRINCIPIOS DE FAVORABILIDAD LABORAL E IN DUBIO PRO OPERARIO-Acumulación de tiempos laborados y no cotizados antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993

DEBIDA DILIGENCIA EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS-Aplicación en el cumplimiento de sus funciones

INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE LA PENSION DE VEJEZ Y SEGURIDAD SOCIAL-Orden a la UGPP realizar el trámite pertinente para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a que tiene derecho la accionante

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

Sala Quinta de Revisión

SENTENCIA T-388 DE 2024

Expediente: T-10.142.361

Acción de tutela instaurada por Héctor Guillermo Pulgarín Vega en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP-, y otros.

Magistrado Ponente: Jorge Enrique Ibáñez Najar

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de septiembre de dos mil veinticuatro (2024)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo, Paola Andrea Meneses Mosquera y Jorge Enrique Ibáñez Najar, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales (arts. 86 y 241.9 de la C.P.) y legales (arts. 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991), ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo proferido, en primera instancia, por el Juzgado 27 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad Online de Bogotá D.C. y, en segunda instancia, por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, respecto de la acción de tutela presentada por Héctor Guillermo Pulgarín Vega en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (en adelante, UGPP), y otros.

I. ANTECEDENTES

Hechos relevantes

1. Héctor Guillermo Pulgarín Vega se encuentra afiliado a la EPS Sanitas en calidad de beneficiario. No percibe pensión alguna ni está vinculado a un trabajo formal. En el Sisbén ha sido asignado al grupo C8, en el que se ubican las personas vulnerables.
2. Convive con su cónyuge y sus dos hijos. Su esposa es una mujer de 59 años que tampoco percibe pensión alguna, que no cuenta con ingresos formales y que ha padecido un “tumor maligno de la vejiga urinaria”. Su hija de 18 años en la actualidad, tiene antecedentes de “enfermedad pulmonar crónica”.
3. El accionante adujo que trabajó en la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (en adelante, Telecom), desde el 6 de junio de 1979 hasta el 31 de marzo de 1995. Durante este

lapso, su empleador solo le cotizó al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones desde el 1 de abril de 1994, en adelante. Esto supone que durante el periodo comprendido entre el 6 de junio de 1979 y el 31 de marzo de 1994, Telecom no hizo aportes a una caja de previsión o al Instituto de los Seguros Sociales (en adelante, ISS). Mediante Certificación Electrónica de Tiempos Laborales (en adelante, CETIL) aportada al expediente, se le indicó que la responsable por dichos periodos es la “Nación”.

4. Luego de haber cumplido 62 años, de no haber acumulado el número mínimo de semanas para pensionarse por vejez, y de estar en la imposibilidad de continuar cotizando al sistema, solicitó el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de que trata el artículo 37 de la Ley 100 de 1993. Esta petición la presentó ante la UGPP.

5. La UGPP negó la prestación, mediante acto administrativo del 29 de agosto de 2023, luego de advertir que, aunque el actor trabajó durante los periodos indicados (6 de junio de 1979 y el 31 de marzo de 1994), no era posible reconocer la indemnización sustitutiva toda vez que no se habían realizado cotizaciones.

6. Inconforme con la decisión anterior, el accionante interpuso los respectivos recursos de reposición y, en subsidio, apelación. Con todo, al resolver el recurso de reposición, el 18 de septiembre de 2023, la UGPP reiteró que: “según la CERTIFICACIÓN ELECTRÓNICA DE TIEMPOS LABORADOS CETIL No. 202002830053630972910181 expedida el 21 de febrero de 2020 por PATRIMONIOS AUTONOMOS DE LA SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A., el peticionario laboró para el EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES TELECOM EN LIQUIDACION, entre el año 1979 a 1994 y de 1 de abril de 1994 en adelante con cotizaciones a COLPENSIONES, Sin embargo en la casilla de aportes de los primeros periodos señala que NO se efectuaron descuentos por pensión y por ende NO registra CAJA o FONDO a la cual se hubiesen girado. // Que en razón a lo anterior y teniendo en cuenta que el fin de la indemnización sustitutiva de pensión [de] Vejez es la devolución de las cotizaciones efectuadas al sistema de seguridad social en pensiones, las cuales en el presente caso no se realizaron, NO le asiste el derecho al recurrente”. (Subrayas fuera de texto)

7. Por su parte, el recurso de apelación, que se resolvió el 24 de octubre de 2023, reiteró las mismas razones para negar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva pedida por el

accionante.

8. El señor Héctor Guillermo Pulgarín Vega formuló acción de tutela en contra de la UGPP, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom (en adelante, PAR Telecom), la Fiduagraria S.A., la Fiduciaria Popular S.A. y la Fiduprevisora S.A. En concreto, pidió que se le ampararan sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la dignidad humana. A su turno, pidió que se ordenara a la UGPP el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez a la que consideró tener derecho. Para lo anterior, solicitó que se le ordenara al Ministerio de Hacienda y Crédito Público que, como responsable de los periodos dejados de cotizar por la extinta Telecom, calcule el monto que deberá trasladar a la UGPP para que esa entidad pueda pagar la prestación requerida.

Trámite procesal y respuesta de las accionadas

9. El Juzgado 27 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad Online de Bogotá D.C., admitió la acción de tutela el 9 de enero de 2024, y dio traslado a las entidades accionadas para que remitieran su versión de los hechos.

Contestación de las accionadas

10. Consorcio Remanentes Telecom. Hilda Terán Calvache, en su condición de apoderada general del consorcio, y en representación del PAR Telecom, informó al juez de instancia que “no tiene la competencia para reconocer el derecho a la liquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez”. Esto, porque no es una administradora de pensiones, ni una entidad pública. Por ello, pidió su desvinculación del proceso.

11. A su turno, explicó que el Ministerio de Tecnología de la Información y las Comunicaciones emitió el Decreto 1392 de 2018 donde se reglamentaron “(...) los asuntos relacionados con el reconocimiento y pago de los bonos pensionales y cuotas partes pensionales de los exfuncionarios de las extintas Telecom y Teleasociadas”. En el artículo segundo de dicho Decreto -señaló la accionada- se estableció que “[e]l reconocimiento y pago de los bonos y cuotas partes de bonos pensionales correspondiente a tiempos laborados en las extintas Teleasociadas y en Telecom estarán a cargo de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, siempre y cuando se encuentren

incluidos en el cálculo actuarial aprobado por dicho Ministerio”.

12. Explicó que antes del 1 de abril de 1994, Telecom no realizó cotizaciones ante ninguna administradora de pensiones. Empero, insistió en “(...) que por el tiempo de servicio a la extinta empresa y por el cual no se efectuaron aportes para pensiones, Telecom hoy liquidada, mantuvo una reserva pensional a favor de los exfuncionarios, la cual se hará efectiva una vez cumpla los requisitos mínimos para acceder a la prestación a la cual tenga derecho”.

13. También manifestó que, inicialmente, la entidad que debía reconocer las prestaciones a los extrabajadores de Telecom, era Caprecom. Con todo, luego de la liquidación de esta última entidad, la UGPP tiene, en la actualidad, el deber de “atender los temas relacionados con el reconocimiento de prestaciones económicas de los exfuncionarios de la extinta Telecom”. Esto último desde el 31 de mayo de 2015, en adelante.

14. Finalmente, resaltó que el PAR Telecom expidió el correspondiente certificado CETIL, y allí se dispuso que “(...) el actor se encuentra incluido dentro del cálculo actuarial aprobado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el cual, puede solicitar la expedición del bono pensional para reconocimiento de derechos pensionales”.

15. Fiduprevisora S.A. Diego Alberto Carvajal Contento, como director de Procesos Judiciales y Administrativos de la Fiduprevisora S.A., señaló que “[e]l Gobierno Nacional mediante Decretos Nos. 1603 a 1615 de 2003 y el Decreto No. 1773 de 2004, designó a Fiduciaria La Previsora S.A. como liquidador de la EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES – TELECOM y de trece (13) Teleasociadas”. De cualquier manera, indicó que si bien la Fiduprevisora S.A. fungió como liquidadora de Telecom, lo cierto era que no estaba entre sus funciones reconocer la prestación solicitada por el actor. Por eso pidió su desvinculación de la causa.

16. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Diego Ignacio Rivera Mantilla, en su calidad de subdirector jurídico de ese Ministerio, solicitó la desvinculación del mismo por carecer de legitimación en la causa por pasiva. Al respecto, señaló lo siguiente: “(...) al corresponder los hechos a actuaciones propias de la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales UGPP, será dicha entidad quien deba afrontar eventualmente las consecuencias que puedan generarse por la aparente violación a los derechos fundamentales invocados por el accionante en la

presente acción constitucional.” En concreto, resaltó que entre sus funciones no se encuentra la de “dar respuesta a peticiones elevadas ante otra entidad o tramitar y reconocer el pago de mesadas pensionales”.

17. UGPP. Javier Andrés Sosa Pérez, actuando como subdirector de Defensa Judicial Pensional de esa entidad, pidió declarar la improcedencia de la acción de tutela. Al respecto, señaló que no existían razones suficientes para sostener que el actor se encontraba ante un perjuicio irremediable, máxime cuando aparecía como afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en el régimen contributivo y en calidad de beneficiario. En ese sentido, expuso que si él tenía algún reparo frente a los actos administrativos que esa Unidad profirió, debía exponerlo así ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

18. Igualmente, pidió tener en cuenta que al “accionante la extinta TELECOM, no le realizó aportes para pensión al Sistema”. El funcionario aceptó que, de conformidad con la certificación CETIL aportada al expediente por parte del PAR, el tutelante trabajó para Telecom antes de 1994. Sin embargo, hizo énfasis en “(...) que en la casilla donde se indica si se efectuaron aportes para pensión se indica claramente que NO se le realizaron descuentos para seguridad social y en la casilla que manifiesta a que fondo se hicieron aportes indica a NINGUNO”.

19. En ese sentido, reiteró que en tanto la extinta empresa Telecom no realizó aporte alguno al sistema de pensiones, esa Unidad no podía reconocer la indemnización sustitutiva solicitada. Señaló que su posición se respaldaba en que la naturaleza del sistema de pensiones era contributiva y en que, por consiguiente, un presupuesto necesario para el reconocimiento de la prestación, era que en nombre del trabajador se hubieren efectuado las cotizaciones respectivas. En consecuencia, indicó que, si se le ordenara el pago de la indemnización pretendida, “la UGPP se encontraría ante una obligación de imposible cumplimiento, descrita en el artículo 1518 de nuestro Código Civil”. Esto porque, dada la ausencia de cotizaciones por esos periodos, no existen “recursos [para ser] devueltos por parte del FOPEP a la parte tutelante”. Así, resaltó que en este caso sería “(...) el extinto TELECOM la entidad responsable, ya sea de realizar el pago directamente de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez del acá accionante por lo tiempos laborados y de los cuales no le descontó ningún aporte al sistema pensional, o previa liquidación del cálculo actuarial, deberán remitir dichos dineros a COLPENSIONES, para que sea dicha

entidad, la que reconozca la prestación”. Por ello pidió, adicionalmente, que se vinculara a Colpensiones.

20. Por otra parte, en lo relativo a la petición del actor, según la cual, esta prestación podría financiarse por medio del mecanismo del bono pensional, la Unidad defendió la idea de que “los Bonos Pensionales NO financian indemnizaciones sustitutivas sino solo financian pensiones”.

21. Sentencia de primera instancia. El Juzgado 27 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad Online de Bogotá D.C., en sentencia del 19 de enero de 2024, negó la acción de tutela por considerarla improcedente. Al respecto, esa autoridad judicial señaló que para resolver la discusión planteada por el señor Pulgarín, él debió acudir a la jurisdicción competente, máxime cuando no se advierte la existencia de un perjuicio irremediable que lo afecte. Por estas razones, resolvió negar y declarar improcedente la acción de tutela.

22. Impugnación presentada por el accionante. Héctor Guillermo Pulgarín Vega formuló impugnación contra la decisión anterior. Al respecto, sostuvo que el juez de instancia desconoció las condiciones particulares en las que se encuentra, y por ello declaró la improcedencia de la acción. Esas condiciones estaban relacionadas con su “(...) edad, salud y falta de oportunidades laborales que han impedido una estabilidad económica y un sustento mínimo y continuo”. Señaló que en la actualidad se encuentra en una compleja situación económica, dado que “(...) no [cuenta] con un ingreso fijo ni estable para suplir [sus] necesidades”. Asimismo, resaltó que los mecanismos judiciales ordinarios no serían eficaces para resolver sus solicitudes porque en “(...) el transcurso del tiempo que tomen tales acciones, [sus] necesidades van a continuar, de manera que [su] calidad de vida, mínimo vital y dignidad humana van a continuar afectadas”. Igualmente, resaltó que además de su edad, de sus condiciones de salud particulares, y de la inestabilidad laboral que lo afecta, también tiene que responder económicamente por sus dos hijos.

23. Sentencia de segunda instancia. El Tribunal Superior de Bogotá -Sala Penal-, en sentencia del 28 de febrero de 2024, confirmó la decisión del a quo. El Tribunal concluyó que “el accionante cuenta con mecanismos judiciales idóneos para lograr la pretensión que encamina en la presente demanda de tutela, a saber, la indemnización sustitutiva de su pensión de vejez”. Señaló que, en la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad Laboral y de la

Seguridad Social o en la Contenciosa Administrativa, el actor podría buscar la protección de sus derechos. Indicó que, en esta última jurisdicción, puede solicitar que se declare la nulidad de los actos administrativos que ataca por esta vía. Además, recordó que allí tiene la posibilidad de solicitar medidas cautelares.

24. Igualmente, el ad quem resaltó que existían indicios que permitían suponer que la cónyuge del accionante también aportaba en el sostenimiento del hogar, de allí que no estuviere plenamente acreditada la afectación al mínimo vital de aquel. Dicho todo lo anterior, dispuso la modificación del resolutivo de la sentencia de primera instancia, en el sentido en que la tutela sería declarada improcedente, y no negada.

II. CONSIDERACIONES

A. Competencia

25. La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar y decidir sobre la acción de tutela de la referencia, con arreglo a lo establecido en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento de lo resuelto por la Sala de Selección de Tutelas Número Cinco, en Auto del 24 de mayo de 2024.

B. Análisis de procedencia de la acción de tutela

26. De acuerdo con lo señalado por esta Corte en amplia jurisprudencia, para que una tutela proceda, debe verificarse si cumple con la legitimación en la causa por activa y por pasiva, con la inmediatez y con la subsidiariedad.

27. Legitimación en la causa por activa. De acuerdo con este presupuesto, quien interpone la acción de tutela debe ser la persona que considera vulnerados o amenazados sus derechos, salvo que actúe a través de un tercero debidamente facultado para ello (representante legal, apoderado judicial o agente oficioso). En este caso, se advierte que Héctor Guillermo Pulgarín Vega instauró la presente tutela en nombre propio, por ello, este requisito se cumple.

28. Legitimación en la causa por pasiva. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991 “[l]a acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de

que trata el artículo 2 de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto”. Siguiendo lo señalado en este artículo, la jurisprudencia ha recordado que las empresas particulares deben estar legitimadas para responder por la vulneración o amenaza de un derecho fundamental. Recuérdesse que, sobre la subordinación, esta Corte ha sostenido que “alude a la existencia de una relación jurídica de dependencia, como ocurre, por ejemplo, con los trabajadores respecto de sus patronos, o con los estudiantes frente a sus profesores o ante los directivos del establecimiento al que pertenecen”. Para que se pueda hablar de subordinación, entonces, “la asimetría en la relación entre agentes privados [debe derivarse] de interacciones jurídicas, legales o contractuales”.

29. En este caso, la acción de tutela se dirigió contra la UGPP, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el PAR Telecom, la Fiduagraria S.A., la Fiduciaria Popular S.A. y la Fiduprevisora S.A. Las dos primeras entidades están legitimadas en la causa por pasiva. De una parte, la UGPP es una Unidad Administrativa Especial, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público que tiene entre sus funciones “(...) reconocer y administrar los derechos pensionales y prestaciones económicas a cargo de (...) las entidades públicas del orden nacional que se encuentren en proceso de liquidación, se ordene su liquidación o se defina el cese de esa actividad por quien la esté desarrollando”. En efecto, Telecom inicialmente fue un establecimiento público del orden nacional que, a partir de lo establecido en el Decreto 2123 de 1992, se reestructuró como una Empresa Industrial y Comercial del Estado. La empresa fue efectivamente liquidada y, por tanto, los derechos pensionales de sus antiguos trabajadores deben ser reconocidos -en principio- por la UGPP, cuando se cumplan los requisitos legales para ello.

30. De otra parte, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público es una entidad del orden nacional que se encarga de, entre otras cosas, asumir los derechos pensionales de los extrabajadores de Telecom, a través del Fopep. Esta obligación ha sido establecida en el artículo 24 de la Ley 1837 de 2017. Luego, esa entidad podría tener un rol importante en el proceso de financiación de la prestación cuyo reconocimiento, en principio, correspondería a la UGPP.

31. La legitimación en la causa por pasiva se acredita, también, respecto del Consorcio Remanentes Telecom, que está conformado por la Fiduagraria S.A. y la Fiduciaria Popular

S.A, y que administra el PAR Telecom. Esto implica “(...) la administración y enajenación de los activos no afectos al servicio de la empresa de telecomunicaciones; la administración, conservación, custodia y transferencia de los archivos; la atención de las obligaciones remanentes y contingentes, así como de los procesos judiciales, arbitrales o reclamaciones en curso al momento de la terminación de los procesos liquidatorios y el cumplimiento de las demás actividades, obligaciones o fines que determinase el Gobierno Nacional mediante la modificación, adición o aclaración de los decretos de liquidación, antes del cierre de los procedimientos extintivos.

32. Aunque entre las funciones del PAR, no está propiamente la de reconocer prestaciones que antes hubieren estado a cargo de Telecom (función que le correspondería a la UGPP), el PAR, de conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.10.32.8. del Decreto 1833 de 2016, sí tiene la función de custodiar y administrar “(...) los archivos laborales de las Empresas Teleasociadas Liquidadas y de Telecom”. Asimismo, si se revisa el artículo 2.2.10.32.1 del mismo Decreto en cita, se puede advertir que el PAR es importante en el proceso de reconocimiento de prestaciones de los extrabajadores de Telecom, al punto que le corresponde revisar y validar los “archivos con las novedades de la nómina de pensionados” que le envíe la UGPP.

34. Inmediatez. Con este requisito, “se exige al tutelante haber ejercido la acción en un término razonable, proporcionado, prudencial y adecuado a partir del hecho que generó la presunta vulneración de los derechos constitucionales fundamentales”. En este caso concreto, la acción de tutela se repartió al Juzgado 27 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad Online de Bogotá D.C. el 9 de enero de 2024, y el último acto administrativo por medio del cual la UGPP negó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de pensión vejez, se profirió el 24 de octubre de 2023. En tal sentido, el actor acudió al recurso de amparo un poco más de dos meses después de haberse producido el último acto presuntamente vulnerador. Por ello, este requisito se acredita.

35. Subsidiariedad. Por regla general, esta Corte ha sostenido que la acción de tutela es subsidiaria. Sobre el particular cabe añadir que, según lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, la tutela goza de un carácter residual. Lo que significa que solo procede para proteger derechos fundamentales, y siempre que “el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”. Ahora, el artículo 86 Superior establece las siguientes dos

excepciones a la regla general.

36. La primera de ellas señala que, aun existiendo medios judiciales principales de defensa, la tutela procederá cuando “se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. Para que el perjuicio se entienda irremediable, debe ser inminente y grave, de modo tal que se deban tomar medidas urgentes e impostergables para superarlo. Si todo esto está demostrado, el juez de tutela podrá amparar el derecho fundamental con efectos transitorios, mientras el actor hace uso del medio judicial principal de defensa.

37. La segunda excepción consiste en que la acción de tutela será procedente si, a partir de lo dispuesto en el artículo 6 -numeral 1- del Decreto 2591 de 1991, se encuentra acreditado que, por las condiciones particulares del accionante o la situación fáctica en que este se encuentra, los otros medios de defensa judicial no son idóneos ni eficaces para proteger el derecho fundamental. Si esto es así, procederá un amparo definitivo.

38. De manera más específica, la Corte Constitucional ha establecido algunos parámetros que permitirán al juez constitucional identificar si se supera el requisito de la subsidiariedad, en un caso concreto, donde se solicita el reconocimiento de una prestación económica por parte del sistema de pensiones. Esos parámetros han sido los siguientes:

“a. Que se trate de sujetos de especial protección constitucional.

b. 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.

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

d. 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”.

39. En este caso, se advierte que el actor, en principio, debería demandar a las accionadas ante la Jurisdicción Ordinaria, en su especialidad Laboral y de la Seguridad Social, para que allí se ordene el reconocimiento de la prestación que solicita. De cualquier manera, ese mecanismo judicial carece de eficacia y, por tanto, corresponde a esta Corte pronunciarse de

fondo sobre sus pretensiones. Ello por las razones que se exponen a continuación:

40. Primera. El actor es un sujeto de especial protección constitucional. Al respecto, valdría tener en cuenta que el accionante tiene 65 años actualmente. En su acción de tutela afirmó no contar con un ingreso estable, producto de un empleo formal. Añadió que recibe ingresos esporádicos de actividades “(...) de tipo manual en espacios rurales como mantenimiento de zonas verdes, arreglos y obras de intervención”. Empero, señaló que debido a algunas afecciones físicas que ha tenido -tales como dolores lumbares y la presencia de una hernia inguinal-, dichas actividades se habían visto afectadas. Para demostrar estas afecciones, anexó diferentes certificados médicos en los que se da cuenta de los tratamientos que ha recibido.

41. En efecto, dentro de las pruebas aportadas por el actor, se encuentran los resultados de una ecografía que se le realizó en la Unidad Médica Central IPS de Villeta. En esos resultados, que se obtuvieron el 19 de diciembre de 2023, se indica lo siguiente: “[s]e observa protrusión de contenido graso mesentérico conformando saco herniario de 25 x 20 mm y 29 x 27 mm localizadas en región inguinal derecha e izquierda respectivamente, la cual aumenta de tamaño con el esfuerzo o maniobras de Valsalva y disminuye con el reposo”. Dicho esto, en el mismo documento se indicó que el actor tenía una “hernia inguinal bilateral sin signos de estrangulación y/o encarcelamiento”.

42. Esta afección, razonablemente, pudo menguar la posibilidad de que el accionante continuara con sus labores informales, y ello pudo causar una disminución en los ingresos del hogar. Además de lo anterior, también está plenamente acreditado que el tutelante no cuenta en la actualidad con un trabajo formal. De hecho, según lo reportado en la ADRES, está afiliado a la EPS Sanitas, en el régimen contributivo, pero en calidad de beneficiario. Igualmente, en el Sisbén se ubica dentro del grupo C8, que corresponde a la población vulnerable que se encuentra en riesgo de caer en la pobreza. Finalmente, en el RUAF se reporta que el actor no percibe actualmente pensión alguna. En resumen, se trata de un adulto mayor que tiene dificultades para acceder al mercado laboral y que, como se verá en los párrafos siguientes, cuenta con un grupo familiar cuyos miembros, en su mayoría, también se encuentran en condiciones de vulnerabilidad.

43. Segunda. La falta de pago de la prestación puede afectar el derecho al mínimo vital del

actor y de su familia. Además de que el actor tiene algunas dificultades de orden físico para desempeñar las labores a las que se dedicaba con normalidad, tampoco está acreditado, dentro del expediente, que su familia pueda aportar económicamente para el sostenimiento del hogar. En su escrito de tutela, el señor Pulgarín señaló que su núcleo familiar está compuesto por su cónyuge y sus dos hijos. Su cónyuge es una mujer de 59 años en la actualidad, que ha padecido en los últimos años una compleja enfermedad. En efecto, según lo que se reporta en su historia clínica de fecha 26 de junio de 2023, ella presentó un “tumor maligno de la vejiga urinaria”. Este tumor requirió de 5 resecciones en el periodo comprendido entre 2012 y 2017.

44. Aunque en la historia clínica mencionada se indica que el estado de la enfermedad es “controlado”, la señora aún se encuentra bajo revisión médica. Al punto que, en su favor, se ordenó la práctica de algunos exámenes que permitirían establecer su condición actual. Por ello, para esta Corte sería apresurado sostener que, a la fecha, la salud de la señora es óptima, máxime cuando la afección a la que se enfrentó no fue de una entidad menor. Así las cosas, puede asumirse que la señora, por las patologías que ha presentado y por su edad actual (59 años), difícilmente tendrá la posibilidad de acceder a un trabajo formal, y de encargarse de todos los gastos que tiene el núcleo familiar.

45. Además, la ausencia de un trabajo formal para la cónyuge, puede confirmarse con lo reportado en el aplicativo RUAF, donde se advierte que, aunque ella está afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud -dentro del régimen contributivo y en calidad de cotizante-, no está afiliada al Sistema General de Pensiones, ni al de Riesgos Laborales. Igualmente, como ocurre con el actor, la ciudadana también aparece en el Sisbén, donde fue asignada al grupo C8 -población vulnerable-.

46. Pero la afectación del mínimo vital de la familia no solo se acredita con lo anterior. A esto se suma que el propio actor afirmó en su acción de tutela que su cónyuge “(...) no posee aportes a pensión y se ocupa de forma esporádica u ocasional como trabajadora independiente e informal para coadyuvar en las necesidades del hogar”. Para esta Sala, no es un hecho menor el que la señora se dedique al trabajo informal, y que solo lo ejerza ocasionalmente. Esta afirmación -que entre otras cosas no ha sido negada en el proceso de tutela por las demás partes- no desvirtúa la presunta afectación al mínimo vital del hogar. Al contrario, confirma la vulnerabilidad en que se encuentra la familia. El trabajo informal, en

Colombia, ha sido altamente subvalorado y normalmente no es suficientemente remunerado.

47. De hecho, la realización de trabajos informales puede estar ligada a la imposibilidad de acceder al mercado laboral formal, máxime cuando las personas superan ciertas edades. Esta misma Corte, sobre el particular, “ha reconocido que “la imposibilidad de acceder a un empleo permanente puede generar situaciones de debilidad manifiesta por razones económicas, en tanto que para asegurar su supervivencia las personas deben acudir a trabajos esporádicos e informales, que se caracterizan por ingresos fluctuantes y la ausencia del goce de las prerrogativas mínimas contempladas en la normatividad [sic] vigente”. De allí que la vulnerabilidad de la cónyuge del actor se encuentre, cuando menos, acreditada.

48. De otro lado, el accionante mencionó que cuenta con dos hijos. La menor, que tiene 18 años, ha presentado antecedentes de enfermedad pulmonar crónica y, por lo menos hasta el 8 de julio de 2023, venía siendo tratada por esa patología. En su historia clínica se advierte que, para la última fecha indicada, la joven había sido diagnosticada con una “disquinesia ciliar primaria”. En esa historia clínica, se describen sus patologías del siguiente modo:

“Paciente de 17 años de edad con diagnóstico de enfermedad pulmonar crónica disquinesia ciliar (confirmado por biopsia de cilia), otitis recurrentes, acompañada en esta institución. Otitis recurrentes, bajo peso, colonización por *Haemophilus Influenzae*. Paciente quien persiste con síntomas respiratorios que han mejorado con el uso de las nebulizaciones hipertónicas, en el momento no está realizando las terapias respiratorias se le refuerza la importancia de realizar terapias respiratorias diarias, ya que se ve caída en las pruebas de función pulmonar. Se recomienda reforzar ejercicio (...)”

49. Además de las condiciones en que se encuentra la joven, no existe en el expediente prueba alguna que permita pensar que está trabajando en la actualidad, y que está contribuyendo económicamente para el sostenimiento del hogar. Tampoco existe prueba de que el otro de los hijos, de quien no se aportó mayor información, esté ayudando económicamente a la familia. Lo único cierto, como se ha sostenido en esta providencia, es que el actor informó que carecía de ingresos en la actualidad, y ello no fue controvertido por su contraparte. La UGPP se refirió al hecho de que el accionante está afiliado, en calidad de beneficiario, al régimen contributivo del sistema de salud, pero ello no necesariamente demuestra que la familia tenga garantizado su mínimo vital, máxime cuando la mayoría de

sus miembros se encuentran en las condiciones ya descritas.

50. Tercera. El actor ha desplegado diferentes actuaciones con el ánimo de obtener la indemnización sustitutiva de pensión de vejez a la que tiene derecho. En efecto, el accionante no solicitó la indemnización sustitutiva por primera vez en esta tutela. Al contrario, ha acudido a la UGPP con diligencia y ha interpuesto, incluso, todos los recursos que cabían contra la decisión que le negó el acceso a la prestación. En concreto, está probado que el actor desplegó diversas actuaciones ante la administración, y recibió las correspondientes respuestas. Solo luego de ello, acudió al juez constitucional.

51. En primer lugar, solicitó a la UGPP, el 4 de junio de 2023, el pago de la prestación. En respuesta, esa entidad le informó que no accedería a la petición porque su empleador no había efectuado los aportes correspondientes. Esta respuesta se dio en la Resolución RDP 021581 del 29 de agosto de 2023. En segundo lugar y contra la anterior decisión, el actor formuló, el 8 de septiembre de 2023, recurso de reposición y, en subsidio, de apelación. El recurso de reposición se resolvió en la Resolución RDP022980 del 18 de septiembre de 2023. Al tiempo que el recurso de apelación se resolvió en la Resolución RDP025803 del 24 de octubre de 2023. En estos dos últimos actos administrativos, se reiteró la decisión de negar el reconocimiento y pago de la prestación. De este modo, puede asumirse que el actor fue diligente al solicitar la indemnización sustitutiva de pensión de vejez.

52. Cuarto. En este caso se ha acreditado que el mecanismo judicial ordinario al cual podría acudir el accionante, no es eficaz en el propósito de obtener la prestación solicitada. En efecto, la Corte Constitucional ya se ha referido ampliamente sobre las características que debería tener un mecanismo judicial ordinario para entenderse eficaz. Si el mecanismo es eficaz, entonces la acción de tutela no procede. En cambio, si el mecanismo no es eficaz, la acción de tutela deberá proceder de manera definitiva.

53. La Corte ha analizado la eficacia de los mecanismos judiciales a la luz de las particularidades que rodean a los accionantes, especialmente cuando estos solicitan, vía tutela, prestaciones económicas que reconoce el sistema de pensiones. En ese tipo de escenarios, la Corte Constitucional ha sostenido que la eficacia debe evaluarse “desde una doble perspectiva: (i) el objeto o los intereses que la persona pretende hacer valer con el escrito de tutela, así como sus condiciones reales que, por decir lo obvio, serán

particularísimas y pertenecerán, por tanto, solo a ella, y (ii) el tiempo promedio que tarda ese medio judicial, basado en las reglas de la experiencia”.

54. En este caso es claro que, por las condiciones particulares en que se encuentra el actor -y su núcleo familiar-, esperar la resolución de un proceso judicial ordinario puede constituir una carga desproporcionada. A esta conclusión se llega luego de un análisis integral -no aislado- de las pruebas aportadas al expediente, que refleja la situación en que se encuentra el hogar. En concreto, el requisito de la subsidiariedad no se supera solo porque el actor tenga 65 años. Se supera porque, además de tener esa edad, (i) sus condiciones de salud parecen no ser las óptimas para continuar desempeñando el trabajo informal al que se dedicaba; (ii) su cónyuge ha recibido un tratamiento médico extenso, dirigido a curar un tumor y por tanto no ha podido acceder a un trabajo formal; (iii) su hija menor también se ha visto sometida a diversos tratamientos médicos por cuenta de la enfermedad respiratoria que padece, al tiempo que no existen pruebas que acrediten que está trabajando; y (iv) no se ha demostrado que el otro hijo tenga la capacidad económica suficiente para garantizar el mínimo vital de toda la familia.

55. En criterio de esta Corte, el conjunto de condiciones que se acaban de citar, permite suponer que el actor, y su familia, se encuentran en un alto grado de vulnerabilidad. De allí que pueda asumirse que los mecanismos judiciales ordinarios con que cuenta el accionante para reclamar la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, son ineficaces. En consecuencia, dado que esta acción de tutela es procedente, se resolverá de fondo y de manera definitiva la cuestión planteada en la tutela.

C. Problema jurídico y esquema de resolución

56. Tras superarse los requisitos de procedencia de la acción de tutela, la Sala Quinta de Revisión estudiará lo siguiente: ¿Se viola el derecho a la seguridad social de un extrabajador que reclama el pago de una indemnización sustitutiva por el tiempo servido con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993? Con el ánimo de resolver este planteamiento, la Sala Quinta de Revisión se referirá a: (i) la figura de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, (ii) la procedencia de su reconocimiento respecto de periodos trabajados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Luego de ello, con las reglas extraídas, (iii) resolverá el caso concreto.

i. (i) El pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez por tiempos de servicio prestados -cotizados o no- antes de la Ley 100 de 1993

57. Breve contexto histórico. Inicialmente, la Ley 6 de 1945 estableció la forma en que debían reconocerse las pensiones en los sectores privado y público. En el sector privado, la mencionada ley estableció el pago de las llamadas pensiones patronales, que eran reconocidas por empresas que contaban con un capital mínimo. En el sector público, esas prestaciones estarían a cargo de las propias entidades estatales que fungían como empleadoras, o de cajas de previsión que podían ser del orden nacional o territorial.

58. La Ley 90 de 1946, que creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, estableció que esa entidad asumiría, paulatinamente, el reconocimiento y pago de pensiones que antes estaban a cargo de los empleadores del orden privado. Para ello, creó un sistema en virtud del “cual se efectuarían cotizaciones mensuales que soportarían, financieramente, el reconocimiento de la pensión de vejez por parte de esa administradora, una vez se acreditara un mínimo de edad y semanas cotizadas”. La indemnización sustitutiva de pensión de vejez, por su parte, fue reconocida en el artículo 13 del Acuerdo 224 de 1966 -adoptado por el Consejo Directivo del ICSS y aprobado por el Decreto 3041 del mismo año-. A su turno, esta prestación también se reconoció en el artículo 14 del Acuerdo 049 de 1990 -aprobado por el Decreto 758 del mismo año-. Posteriormente, fue incorporada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993.

59. Definición y características de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez. En los términos del artículo 37 de la Ley 100 de 1993, la indemnización sustitutiva es una prestación subsidiaria que se paga en reemplazo de la pensión de vejez. Su objeto es reconocer a los afiliados que cumplieron la edad para acceder a la pensión de vejez, los aportes que realizaron en su vida laboral. Esto bajo dos condiciones: (i) que no hubieran cumplido las semanas mínimas requeridas para pensionarse, y (ii) que se encuentren en la imposibilidad de continuar cotizando al sistema. En efecto, la Corte Constitucional ha señalado que esta prestación se reconoce en favor de quienes “pese a haber laborado o cotizado al Sistema de Seguridad Social durante toda su vida productiva, no logran conseguir una pensión para cubrir la contingencia de la vejez y, debido a su edad, no pueden asumir una actividad lucrativa, por lo que tan solo les queda sostenerse con los ahorros que lograron efectuar a lo largo de sus vidas”.

60. Tiempos que pueden reconocerse para el pago de la prestación. El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por su parte, establece en su literal f, que “(...) [p]ara el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio”.

61. Inicialmente, el artículo 1 del Decreto 1730 de 2001 -que reglamentó el artículo 37 de la Ley 100 de 1993- reiteraba que una persona tendría derecho a la indemnización sustitutiva si se retiraba del servicio teniendo la edad para pensionarse por vejez, no teniendo las semanas mínimas requeridas para ese propósito, y manifestando su imposibilidad de continuar cotizando. De cualquier manera, el artículo referido señalaba que estas condiciones debían cumplirse “con posterioridad a la vigencia del sistema general de pensiones”. Del mismo modo, el artículo señalado establecía que la persona que pretendiera obtener el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, debía estar “afiliada” al Sistema General de Pensiones. Este requisito se mantuvo en el Decreto 4640 de 2005 - artículo 1-, que modificó el artículo 1 del Decreto 1730 de 2001.

62. Por ello, algunas administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, negaban el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez cuando advertían que los tiempos o aportes reclamados eran anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Sin embargo, el siguiente fragmento: “con posterioridad a la vigencia del sistema general de pensiones”, fue declarado nulo por el Consejo de Estado, en sentencia del 14 de abril de 2005. Al mismo tiempo, las palabras “afiliados” y “afiliado” -presentes en el primer inciso y en el literal a del artículo 1 del Decreto 1730 de 2001-, también fueron declaradas nulas por esa misma Corporación, en sentencia del 11 de marzo de 2010. En esta última providencia, el Consejo de Estado reflexionó del siguiente modo:

“(...) son válidas las acusaciones hechas por el demandante y el Ministerio Público contra el Decreto reglamentario en comento, cuando afirman que con tal exigencia -ser afiliado al Sistema General de Pensiones- se excluye de tal beneficio a las personas que para la fecha de entrada en vigencia no se encontraban vinculadas ya fuera mediante contrato de trabajo, como servidores públicos, como trabajadores oficiales, como empleados públicos, como

trabajadores independientes o prestando sus servicios bajo la modalidad de prestación de servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado. En otras palabras, retiradas del servicio activo.

Prohijar tal exigencia, vulneraría a todas luces el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 superior, se desconocería el principio de la irrenunciabilidad de los derechos ciertos e indiscutibles y de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, así como la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho, la garantía a la seguridad social y la asistencia a las personas de la tercera edad.

No hay que olvidar además, que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 establece como característica del Sistema, que para reconocer las pensiones y prestaciones que consagra dicha normativa se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la citada ley, al Instituto de Seguros Sociales o cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio”.

63. En la misma línea, la Corte Constitucional ha ratificado que la indemnización sustitutiva de pensión de vejez es una prestación que “debe ser reconocida teniendo en cuenta los periodos laborados como servidor público y los aportes realizados con anterioridad a la entrada en vigencia del Sistema de Seguridad Social”, porque de otra manera, se desconocerían los principios de integralidad y de universalidad. Para la Corte, el principio de integralidad busca garantizar “(...) la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de la población (...)”. Por su parte, la Ley 100 de 1993 establece, en su artículo 2, que la universalidad “[e]s la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida”.

64. Así entonces, esta Corte ha defendido la idea de que la indemnización sustitutiva de pensión de vejez debe reconocerse, incluso, por los tiempos que trabajó una persona para una empresa privada o para una entidad pública antes de la Ley 100 de 1993, con independencia de que por estos periodos se hubiere -o no- efectuado cotizaciones. Esto es así porque, si se aceptara que la indemnización sustitutiva no puede reconocerse cuando

hubo ausencia de aportes antes de la entrada en vigencia de la referida Ley 100, un número importante de trabajadores se enfrentarían “(...) a la pérdida del tiempo efectivamente trabajado”.

65. La postura descrita ha encontrado apoyo en lo siguiente: (i) el artículo 48 de la Constitución reconoce que “la seguridad social ha sido concebida como un servicio público de carácter obligatorio y como un derecho irrenunciable que cubre a todos los habitantes del país”; (ii) el derecho a la seguridad social procura “la satisfacción de derechos fundamentales como el mínimo vital, lo que le otorga el carácter de derecho irrenunciable”; (iii) el artículo 46 de la Constitución ordena al Estado garantizar, en favor de las personas de la tercera edad, “los servicios de la seguridad social integral”; (iv) por su parte, el artículo 53 de la Constitución reconoce la “garantía a la seguridad social”, e indica que este es uno de los principios mínimos fundamentales del derecho laboral; (v) las disposiciones de la Ley 100 de 1993, al ser de orden público, son de aplicación inmediata para todos los habitantes, incluso frente a situaciones en curso o no consolidadas a su entrada en vigencia. Y, a su turno, (vi) el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 no consagra ningún límite temporal para su aplicación, ni condicionó la misma a circunstancias tales como que la persona haya efectuado las cotizaciones con posterioridad a la fecha en que empezó a regir la Ley 100 de 1993.

() Reconocimiento de la indemnización sustitutiva por tiempos laborados (cotizados o no) antes de la Ley 100 de 1993

66. Para resolver esta cuestión, debe revisarse si por dichos periodos se efectuaron o no cotizaciones ante una administradora o caja de previsión. Si los aportes se realizaron, la solución está prevista en el artículo 2.2.4.5.2. del Decreto 1833 de 2016. Allí se establece que “[c]ada administradora del régimen de prima media con prestación definida a la que haya cotizado el trabajador, deberá efectuar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, respecto al tiempo cotizado”. En el inciso segundo de la misma norma, se dispone que, si la administradora que recibió los aportes fue liquidada, le corresponderá reconocer la prestación a la “entidad que la sustituya en el cumplimiento de la obligación de reconocer las obligaciones pensionales”. Finalmente, en su último inciso este artículo recuerda y reitera que “[p]ara determinar el monto de la indemnización sustitutiva se tendrán en cuenta la totalidad de semanas cotizadas, aún las anteriores a la Ley 100 de 1993”.

67. Contrario a lo anterior, otro es el escenario que se presenta si frente a los tiempos trabajados antes de la Ley 100 de 1993 no existió cotización alguna. Bajo este supuesto, habría que revisar si el empleador que no efectuó cotizaciones era privado o público. Es claro que independientemente de la naturaleza jurídica del empleador, la ausencia de aportes no puede ser una razón para negar la indemnización sustitutiva de pensión de vejez. Sin embargo, revisar la naturaleza jurídica de aquel sí puede ser importante a efectos de establecer quién paga la prestación y cómo se financia.

68. Si el empleador era privado. La Corte Constitucional, en algunos casos, ha ordenado directamente al empleador reconocer y pagar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez por los tiempos prestados antes de la Ley 100 de 1993. Tal fue el caso resuelto en la Sentencia T-681 de 2013. En esta oportunidad, la Corte ordenó a la Federación Nacional de Cafeteros reconocer una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez por los tiempos servidos entre el 1º de noviembre de 1960 y el 31 de mayo de 1973. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia también ha fallado que la indemnización sustitutiva, en casos como estos, debe ser reconocida y pagada por una administradora de pensiones. En todo caso, antes de que ello ocurra, esa Corporación ha sostenido que le corresponde al empleador privado realizar un cálculo actuarial en virtud del cual transferirá a la administradora que corresponda, los recursos que permitirán financiar la indemnización.

69. Si el empleador era una entidad pública. Frente a este obligado, la jurisprudencia constitucional ha optado por dos soluciones, a saber:

70. Primera. La Corte ha sostenido que “(...) en tratándose de servidores públicos que laboraron antes de la entrada en vigencia de la aludida ley, cuyo riesgo no haya sido trasladado a una entidad de previsión social, su otorgamiento le corresponde a la última entidad o empresa pública que haya fungido como empleadora, tal y como se deriva de lo previsto en el literal b) del artículo 33 de la ley en cita, conforme al cual: “Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta: (...) b) el tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos de servicio en regímenes exceptuados”. (Subrayas fuera de texto). Esta posición se expuso, por ejemplo, en las Sentencias T-681 de 2013, T-164 de 2017 y T-492 de 2018. En todas ellas se ordenó directamente al empleador público, que antes de 1993 no afilió a un trabajador a una caja de previsión, reconocer la indemnización sustitutiva de pensión de vejez.

71. Segunda. En las sentencias T-471 de 2017, T-148 de 2019, T-261 de 2020 y T-080 de 2022, la Corte ha ordenado a las administradoras de pensiones pagar la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, pero les ha facultado para que cobren un bono pensional que, a la postre, permitirá financiarla. En este último supuesto la Corte ha indicado lo siguiente: “(...) teniendo en cuenta que para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva deben concurrir en su financiación las entidades públicas en las cuales el beneficiario prestó sus servicios hasta el momento de su traslado al régimen de prima media con prestación definida, se debe acudir al mecanismo dispuesto para hacer efectivo el traslado de los recursos, que, en el caso que nos ocupa, corresponde al bono pensional tipo B (...)”.

72. La Corte Constitucional se ha referido a la naturaleza jurídica de estos bonos, y ha concluido que aquellos pueden servir para financiar una indemnización sustitutiva de pensión de vejez. Para defender esta idea, ha reparado en que: (i) “el artículo 4 del Decreto 1314 de 1994 señala que estos bonos pensionales deben ser emitidos por la última entidad pagadora a la cual haya pertenecido el afiliado o por la Nación o la entidad territorial”. (ii) “[E]l artículo 7 [del Decreto 1314 de 1994] dispone que “[l]os bonos pensionales de que trata este Decreto se redimirán cuando el afiliado se pensione en el Instituto de Seguros Sociales por vejez o invalidez o cuando se cause la pensión de supervivencia, y cuando haya lugar a la indemnización sustitutiva”. (iii) El Decreto 1748 de 1995 -artículo 16-, establece que “[habrá] lugar a la redención anticipada de los bonos cuando se dé una de las siguientes circunstancias: [...] 2. Para bonos tipo B, el fallecimiento o la declaratoria de invalidez del beneficiario del bono como también el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de que trata el artículo 37 de la Ley 100 de 1993”. Y (iv) el Decreto 1833 de 2016, en su artículo 2.2.16.3.10, establece que “[c]uando se cause una indemnización sustitutiva, de conformidad con el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, para calcular el valor de dicha indemnización se incluirán también las semanas sin cotización al Instituto de Seguros Sociales ISS, hoy Administradora Colombiana de Pensiones – (Colpensiones) que se tuvieron en cuenta para el cálculo del bono, suponiendo para ellas un porcentaje de cotización igual al 10%”.

73. En suma, esta Corte ha establecido que la indemnización sustitutiva de pensión de vejez debe reconocerse y pagarse al trabajador, independientemente de que, por los tiempos laborados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se hubieren efectuado cotizaciones o no. Ahora, para determinar a quién le corresponde el

reconocimiento de la prestación, es preciso llevar a cabo un estudio del caso concreto, pues la decisión puede ser distinta atendiendo aspectos como la naturaleza jurídica del empleador. Solo luego de analizar las normas que gobiernan la solución del caso concreto, podrá determinarse quién debe reconocer la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, y cómo deberá financiarse.

() Análisis del caso concreto

74. En este caso se tiene claridad sobre lo siguiente: (i) el actor tiene 65 años, y por tanto ha superado la edad requerida para pensionarse por vejez; (ii) no cuenta con las semanas mínimas exigidas para acceder a la prestación antedicha, pues si se suman los tiempos con cotización y sin cotización, solo se logran acreditar 892 semanas siendo necesarias 1.300; (iii) ha solicitado el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, por los periodos que trabajó en Telecom entre el 6 de junio de 1979 y el 31 de marzo de 1994; y (iv) la UGPP ha negado dicha prestación, argumentando que por esos periodos no se realizaron aportes a pensión.

75. Dicho esto, y teniendo claro que de conformidad con la jurisprudencia de esta Corte y con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (literal f), el tiempo de servicio trabajado -no cotizado- en una entidad pública debe ser tenido en cuenta para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, lo que sigue es establecer a qué entidad le corresponderá pagar la prestación aludida, con base en qué criterios y cómo aquella se financiará. Para esto resulta imperioso estudiar la naturaleza jurídica de la extinta Telecom, y las normas que regulan, específicamente, el pago de prestaciones pensionales de quienes trabajaron para aquella empresa.

76. Naturaleza jurídica de la extinta Telecom. Inicialmente, la Ley 6 de 1943 autorizó al Gobierno “para organizar una empresa que [tuviera] por objeto la unificación en la prestación de los servicios telefónicos y radiotelegráficos”. El Decreto 1684 de 1947, cumpliendo con la autorización mencionada, creó la Empresa Nacional de Telecomunicaciones -Telecom-. Esta entidad, que inicialmente tuvo la naturaleza jurídica de establecimiento público, pasó a ser una Empresa Industrial y Comercial del Estado desde la adopción del Decreto 2123 de 1992. Precisamente por esta modificación en la naturaleza jurídica de la empresa, puede leerse en la certificación CETIL, aportada al proceso, que el accionante tuvo la calidad de empleado

público desde el 6 de junio de 1979 hasta el 30 de diciembre de 1992, y de trabajador oficial desde el 31 de diciembre de 1992 hasta su retiro. La empresa estuvo funcionando hasta que se ordenó su supresión y liquidación, por medio del Decreto 1615 de 2003.

77. Entidad encargada del reconocimiento de las prestaciones de los antiguos empleados de Telecom. El mismo Decreto 1615 de 2003, estableció que sería la Caja de Previsión Social de Comunicaciones -Caprecom-, la que reconocería “las cuotas partes y las pensiones de los ex trabajadores de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones – Telecom en liquidación”. Así, las obligaciones pensionales que estaban en cabeza de la propia empresa Telecom, pasaron a Caprecom. Sin embargo, la Ley 1151 de 2007 -que entre otras cosas ordenó la creación de Colpensiones-, estableció, en su artículo 155, que el Gobierno debía proceder con “la liquidación de Cajanal EICE, Caprecom y del Instituto de Seguros Sociales, en lo que a la administración de pensiones se refiere” (subrayas fuera de texto). La supresión de Caprecom, finalmente, se ordenó en el Decreto 2519 de 2015 -artículo 1-.

78. La misma Ley 1151 de 2007 creó, en su artículo 156, a la UGPP. Y allí dispuso que sería función de esa Unidad, entre otras cosas, reconocer “(...) derechos pensionales, tales como pensiones y bonos pensionales, salvo los bonos que sean responsabilidad de la Nación, así como auxilios funerarios, causados a cargo de administradoras del Régimen de Prima Media del orden nacional, y de las entidades públicas del orden nacional que hayan tenido a su cargo el reconocimiento de pensiones, respecto de las cuales se haya decretado o se decrete su liquidación” (subrayas fuera de texto).

79. En desarrollo del artículo 156 de la Ley 1151 de 2007, el Decreto 575 de 2013 establece que el objeto de la UGPP, es el de: “reconocer y administrar los derechos pensionales y prestaciones económicas a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del Régimen de Prima Media con Prestación Definida del orden nacional o de las entidades públicas del orden nacional que se encuentren en proceso de liquidación, se ordene su liquidación o se defina el cese de esa actividad por quien la esté desarrollando.” (Subrayas fuera de texto). De hecho, en esta misma línea, el artículo 6.4 del mismo Decreto reitera con total claridad que una de las funciones de la UGPP, consiste en: “[e]fectuar el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas a cargo de las entidades públicas del orden nacional que se encuentren en proceso de liquidación, se ordene su liquidación o se defina el cese de esa actividad por quien la esté desarrollando, en los términos y condiciones

que se determinen en el decreto que disponga la liquidación”. Nótese que este artículo señala que la UGPP deberá reconocer los derechos pensionales de este tipo de trabajadores. Por supuesto, la indemnización sustitutiva de pensión de vejez es un derecho pensional y, en consecuencia, deberá reconocerse por la UGPP cuando se cumplan los requisitos para ello.

80. La financiación de las prestaciones económicas que se reconocen a los antiguos empleados de Telecom. De conformidad con lo indicado por el PAR Telecom en esta causa, la empresa, antes del 1 de abril de 1994, “no realizó cotizaciones a ninguna entidad administradora de pensiones, asumiendo la entidad las reservas correspondientes al tiempo laborado durante ese periodo”. Precisamente por ello, la Ley 651 de 2001 autorizó a Telecom para que constituyera “un patrimonio autónomo de naturaleza pública y de carácter irrevocable, con el propósito de servir como mecanismo de conmutación pensional y pago de las obligaciones pensionales de la empresa frente a sus trabajadores, que por virtud de la ley y las disposiciones convencionales, adquirieron el derecho de pensión o lo adquieran en el futuro”. (Subrayas fuera de texto).

81. En línea con lo anterior, una vez se ordenó la supresión y liquidación de la empresa, el Decreto 1615 de 2003 estableció, en su artículo 12.2, que sería deber del liquidador de Telecom “Celebrar un contrato de fiducia mercantil para la administración y enajenación de los bienes afectos al servicio”. También señaló que “los bienes afectos a la prestación del servicio público de telecomunicaciones se transferirán automáticamente al patrimonio autónomo constituido para tal fin, el cual se denominará PARAPAT”. Finalmente, el artículo indicó que “[p]roducido el cierre del proceso liquidatorio, el PARAPAT, en desarrollo del contrato a que hace referencia el presente artículo, deberá efectuar las actualizaciones y ajustes al cálculo actuarial del pasivo pensional de Telecom en Liquidación y de las Teleasociadas en Liquidación, así como suscribir el pagaré a favor del patrimonio autónomo de pensiones, todo de conformidad con la Ley 651 de 2001”.

82. El Patrimonio Autónomo Pensional de Telecom -PAP- ha sido, entonces, el mecanismo creado legalmente para financiar las prestaciones de los antiguos empleados de esa empresa. En el libro 2, parte 2, título 10, capítulo 32 del Decreto 1833 de 2016 se reglamenta todo lo concerniente con este asunto. En el artículo 2.2.10.32.1 del Decreto en mención, se indica que las obligaciones pensionales de Telecom se financiarán “con recursos del Patrimonio Autónomo Pensional de Telecom (PAP)”, salvo en el evento en que existan

“valores que le corresponda concurrir al Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional, como administrador de los recursos del Fondo de Naturaleza Pública de Caprecom (Foncap)”.

83. Para tal efecto, el mismo artículo referido señala que corresponderá a la UGPP enviar al PAR las novedades en la nómina de pensionados de Telecom, para que las revise. Luego debe establecer el valor de la prestación, para que “el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional (Fopep) genere una cuenta de cobro al Patrimonio Autónomo Pensional de Telecom (PAP), o a quien haga sus veces”. El mismo Decreto establece que si los recursos del PAP no son suficientes para financiar las prestaciones, corresponderá al Ministerio de Hacienda y Crédito Público realizar “los ajustes necesarios para el pago de la nómina de pensionados a través del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional (Fopep)”. Una de las formas que existirían para financiar ese tipo de prestaciones -señala el mismo artículo-, sería aquella establecida en el artículo 24 de la Ley 1837 de 2017.

84. Por todo lo antedicho, luego de haber revisado las normas que regulan este asunto, se concluye que contrario a lo sostenido por la UGPP, está establecida la manera en que deben reconocerse y financiarse las prestaciones de los antiguos trabajadores de Telecom que, antes de la Ley 100 de 1993, no fueron afiliados a una caja o a una administradora. Sobre esto último, y por su pertinencia, convendría citar la conclusión a la que arribó el Consejo de Estado -Sala de Consulta y Servicio Civil- en un auto del 21 de mayo de 2019, donde se dirimía un conflicto de competencias entre la UGPP y Colpensiones para el reconocimiento de la prestación de una persona que había trabajado para Telecom. Allí se defendió la siguiente idea, que coincide con lo dicho en esta providencia:

“En el caso específico de los exempleados de Telecom (liquidada), la Sala destaca que el Patrimonio Autónomo Pensional de Telecom, PAP, fue conformado con las reservas y demás recursos trasladados en su momento por Telecom para servir como respaldo financiero y fuente de pago del pasivo pensional de dicha empresa (pasivo que incluye, además de pensiones, cuotas pensionales, bonos pensionales y cotizaciones dejadas de realizar, entre otras deudas). Por esta razón, la nómina de los pensionados de Telecom y de las “teleasociadas” liquidadas se paga actualmente por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, Fopep, con recursos del Patrimonio Autónomo Pensional de Telecom, PAP, y en algunos casos, del Foncap”.

85. Para esta Sala, la UGPP no actuó conforme al principio de debida diligencia cuando negó la indemnización sustitutiva de pensión de vejez acudiendo a argumentos que ya han sido ampliamente rebatidos por la jurisprudencia constitucional. Esta es una razón adicional para considerar necesario el amparo del derecho a la seguridad social del actor, en los términos anotados. Sobre el particular, recuérdese que en el artículo 1 de la Ley 1437 de 2011 se dispone que la administración tiene el deber de “proteger y garantizar los derechos y las libertades de las personas, la primacía de los intereses generales, la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico, el cumplimiento de los fines estatales, el funcionamiento eficiente y democrático de la administración, y la observancia de los deberes del Estado y de los particulares”. Esto en concordancia con lo dispuesto en el artículo 7.1 de la misma Ley, según el cual, corresponde a las autoridades asignar un “(...) trato respetuoso, considerado y diligente a todas las personas sin distinción”.

86. Por todo lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión revocará las sentencias proferidas, en primera instancia, por el Juzgado 27 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad Online de Bogotá D.C. y, en segunda instancia, por el Tribunal Superior de Bogotá -Sala Penal-, respecto de la acción de tutela formulada en esta causa. En consecuencia, amparará el derecho a la seguridad social de Héctor Guillermo Pulgarín Vega, y ordenará a la UGPP reconocerle y pagarle la indemnización sustitutiva que ha solicitado, por los tiempos durante los cuales trabajó -sin cotizaciones- para la extinta Telecom. Para financiar la prestación, la UGPP deberá acudir al trámite previsto en el libro 2, parte 2, título 10, capítulo 32 del Decreto 1833 de 2016. Allí, como se ha advertido en esta providencia, se informa cuál es el mecanismo idóneo para financiar los derechos pensionales de los antiguos trabajadores de Telecom. De otra parte, el actor podrá solicitar la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, en lo relativo a los periodos por los cuales sí se realizaron aportes, ante la administradora que los hubiere recibido. Esto último en los términos establecidos en el artículo 2.2.4.5.2. del Decreto 1833 de 2016.

D. Síntesis de la decisión

87. La Corte conoció el caso de un ciudadano, de 65 años, que solicitó el reconocimiento y pago de una indemnización sustitutiva de pensión de vejez ante la UGPP, por tiempos trabajados -no cotizados- en la extinta Telecom. La accionada negó el reconocimiento de la prestación referida dado que por los tiempos solicitados no se habían realizado aportes a

ninguna caja de previsión o administradora.

88. Por su parte, el juez de tutela en primera instancia concluyó que la acción de tutela no superaba el presupuesto de la subsidiariedad. Y, el de segunda, revocó para negar al considerar que el accionante no se encontraba ante un perjuicio irremediable.

89. Luego de advertir que la acción de tutela era procedente, la Sala Quinta de Revisión se propuso identificar si la vulneración del derecho a la seguridad social se había presentado. Para esto, recordó el precedente jurisprudencial sobre el reconocimiento y pago de las indemnizaciones sustitutivas de pensión de vejez, cuando el solicitante trabajó antes de 1993 y no efectuó cotizaciones. Al resolver el caso concreto, la Sala identificó que era responsabilidad de la UGPP reconocer la indemnización sustitutiva de pensión de vejez.

90. Como consecuencia, la Sala revocó las sentencias proferidas por los jueces de instancia, amparó el derecho a la seguridad social del accionante y ordenó a la UGPP reconocer la indemnización sustitutiva que solicitó el actor, por los tiempos servidos (no cotizados) en la ext