

Sentencia T-426/18

DERECHO AL MINIMO VITAL, DEBIDO PROCESO Y SEGURIDAD SOCIAL-Inclusión en nómina de pensionados

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

Algunos supuesto indicativos de la procedencia excepcional del mecanismo de amparo constitucional son: “(i) el estado de salud del solicitante;(ii) el tiempo que la autoridad pensional demoro en desatar el procedimiento administrativo;(iii) la edad del peticionario;(iv) la composición del núcleo familiar del mismo, por ejemplo el número de personas a cargo, o si ostenta la calidad de cabeza de familia; (v) el potencial conocimiento de la titularidad de los derechos, al igual que las acciones para hacerlos valer; y (vi) las circunstancias económicas del interesado, análisis que incluye el promedio de ingresos frente a los gastos, el estrato socioeconómico y la calidad de desempleo”

DERECHO AL MINIMO VITAL-Definición

INCLUSION EN NOMINA DE PENSIONADOS-Vulneración del mínimo vital como consecuencia de la demora en la inclusión

El derecho a la seguridad social conlleva la facultad de acceder a una pensión de vejez; esta a su vez se encuentra estrechamente ligada con el derecho al mínimo vital, de manera que la inclusión en nómina de pensionados de quien se le ha reconocido pensión de vejez, o jubilación, garantiza la permanencia de la remuneración y acceso a las necesidades básicas propias y de su familia. Por tanto, se genera afectación a tales derechos cuando las administradoras de pensiones interrumpen la continuidad en los ingresos del pensionado al abstenerse de realizar de manera oportuna la inclusión en la nómina de pensionados

DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Reiteración de jurisprudencia

Cuando con base en una historia laboral se reconoce una pensión de vejez, un derecho de

contenido particular y concreto se consolida, razón por la cual, si la entidad administradora de fondos pensionales tiene reparos sobre el reconocimiento efectuado, según lo establecido en el artículo 97 del CPACA, debe solicitar la autorización previa y expresa del particular afectado para tener vía libre a la revocación directa del acto, de no obtener dicha autorización. Como acaeció, será necesario que acuda a la jurisdicción contencioso administrativa a efectos de demandar la nulidad de su acto. Empero ni siquiera este trámite puede implicar la suspensión del pago efectivo de las mesadas pensionales

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-Configuración

DERECHO A LA INCLUSION EN NOMINA DE PENSIONADOS-Orden a Colpensiones incluir en nómina al accionante, e iniciar el pago efectivo de las mesadas pensionales

Referencia: Expediente T-6.732.006

Acción de tutela instaurada por Héctor Raúl Flórez Arias contra la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-.

Magistrado Ponente:

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá, D.C.; diecinueve (19) de octubre de dos mil dieciocho (2018).[1]

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Alberto Rojas Ríos, Carlos Bernal Pulido y José Fernando Reyes Cuartas, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto Estatutario 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos, en primera instancia, por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Valledupar y, en segunda instancia, por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de la misma ciudad, en la acción de tutela instaurada por el señor Flórez Arias contra Colpensiones.

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución y 33 del Decreto Estatutario 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Cinco de la Corte Constitucional, mediante Auto del 21 de mayo de 2018, escogió para efectos de su revisión la acción de tutela de la referencia.

I. ANTECEDENTES

Hechos y solicitud

1. El señor Flórez Arias promovió acción de tutela contra Colpensiones al considerar vulnerados los derechos al mínimo vital, salud, seguridad social, vida digna, igualdad, dignidad humana y debido proceso, al no haber sido incluido en la nómina de pensionados.

2. El accionante, actualmente de 62 años de edad,[2] laboró para la Procuraduría General de la Nación desde el 14 de junio de 1975 hasta el 31 de julio de 2017.

3. Mediante la Resolución nº. GNR 260157 expedida el 27 de agosto de 2015, Colpensiones le reconoció la pensión de vejez al considerarlo beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.[3]

4. El referido acto fue confirmado a través de las resoluciones nº. GNR 385038 de 27 de noviembre de 2015 y VPV 6237 del 8 de febrero del 2016,[4] en las cuales se precisó que la inclusión en nómina quedaría en suspenso hasta que el actor allegara el acto administrativo de retiro del servicio de la Procuraduría General.

5. El 2 de noviembre 2016,[5] el demandante requirió a la administradora de pensiones reliquidar su pensión teniendo como ingreso base de liquidación el 75% del promedio de los salarios devengados en el último año.

6. Mediante las resoluciones nº. GNR 386421 del 21 de diciembre de 2016 y VPV 6243 del 16 de febrero de 2017,[6] Colpensiones consideró que el IBL a aplicar era el promedio salarial de los 10 últimos años, no siendo procedente acceder a la solicitud del actor; de otro lado, tras realizar un nuevo estudio de la prestación, dispuso reajustar el valor de la mesada pensional con fundamento en la asignación salarial del actor correspondiente al año 2017. Así mismo, reiteró que la inclusión en nómina dependía de la renuncia formal al ente

de control, por lo cual la prestación se suspendería hasta tanto el pensionado allegara el acto administrativo de retiro definitivo.

7. El 4 de agosto de 2017 el señor Flórez Arias aportó a Colpensiones el Decreto 3625 del 26 de julio de 2017 por medio del cual se acepta su renuncia al cargo, dando cumplimiento a la condición para ser incluido en nómina de pensionados; no obstante, la entidad accionada omite hacer efectiva la inclusión.

8. El 30 de agosto de 2017 Colpensiones expidió la Resolución nº. APSUB 3368,[7] en la cual requiere el consentimiento del gestor del amparo para revocar la pensión de vejez reconocida, al indicar ahora que no es beneficiario del régimen de transición por haber efectuado en el año 1996 su traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.[8] Además, debido a que el peticionario tampoco acreditaba el cumplimiento de los requisitos dispuestos por la norma general para acceder a la prestación, específicamente la edad,[9] consideró improcedente efectuar el reconocimiento pensional. Finalmente, advirtió que de no darse la autorización solicitada, acudiría ante la jurisdicción contencioso administrativa con el fin de demandar su propio acto de reconocimiento pensional (lesividad).

9. Reseñó el accionante que la omisión de incluirlo en nómina afecta gravemente sus derechos fundamentales, ya que no se encuentra trabajando ni percibiendo ningún emolumento, y en tal razón no tiene los medios económicos para proveer su subsistencia y la de su familia,[10] esto es, sufragar los gastos de alimentación, arriendo, servicios públicos, vestido, transporte y obligaciones económicas contraídas.

10. Igualmente señaló que sí es beneficiario del régimen de transición, pues a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 tenía más de 15 años de servicios,[11] además de que dicha circunstancia había sido resuelta por la administradora de pensiones desde la resolución que reconoció su pensión de vejez en el año 2015.

11. Expuso que no ha dado su autorización para la revocatoria del acto pensional y que Colpensiones debe incluirlo en nómina de pensionados y pagar las mesadas pensionales que le adeuda.

Traslado y contestación a la acción de tutela

13. El 5 de octubre de 2017, el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Valledupar, avocó conocimiento de la acción y corrió traslado a la entidad demandada para que dentro del término establecido se pronunciara acerca de los hechos y pretensiones.

14. El 13 de octubre de 2017 Colpensiones indicó que el accionante no fue incluido en nómina de pensionados, toda vez que se constató que había perdido los beneficios de la transición al haberse trasladado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad y que no lograba acreditar el requisito mínimo de edad[12] para acceder a la prestación solicitada por norma general. En tal medida, inició el trámite de revocatoria dispuesto en el artículo 97 del CPACA.

15. El 20 de octubre de 2017 se vinculó al trámite a la Procuraduría General, por considerar que la decisión a adoptar podría repercutir en dicho órgano de control. No obstante, en la contestación a la acción refirió que existía falta de legitimación por activa, pues no es la causante del daño o perjuicio indicado mediante la acción.

Pruebas relevantes que obran en el expediente

(i) Copia de la Resolución n°. GNR 260157 del 27 de agosto de 2015 emitida por Colpensiones, por medio de la cual se reconoce pensión de vejez al señor Héctor Raúl Flórez Arias (folio 10 a 13, cuaderno de instancia).

(ii) Copia de la Resolución n°. GNR 385038 del 27 de noviembre de 2015 emitida por Colpensiones, por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición y se confirma la Resolución 26057 del 27 de agosto de 2015 (folio 14 a 17, cuaderno de instancia).

(iii) Copia de la Resolución n°. VPB 6237 del 8 de febrero de 2016 emitida por Colpensiones, por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación en contra de la Resolución n°. GNR 260157 del 27 de agosto de 2015 (folio 18 a 22, cuaderno de instancia).

(iv) Copia de la Resolución n°. GNR 386421 del 21 de diciembre de 2016, emitida por Colpensiones, por medio de la cual se resuelve un trámite de prestación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida - pensión de vejez en suspenso (folio 23 a 25, cuaderno de instancia).

(v) Copia de la Resolución n°. VPB 6243 de 16 de febrero de 2017 emitida por Colpensiones por medio de la cual se resuelve un trámite de prestación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – pensión de vejez en suspenso – recurso de apelación (folio 26 a 30, cuaderno de instancia).

(vi) Copia del “auto de pruebas” n°. APSUB 3368 del 30 de agosto de 2017 emitido por Colpensiones, por medio del cual se decretan pruebas en un trámite de revocatoria de pensión de vejez (folio 31 a 34, cuaderno de instancia).

(vii) Copia de la certificación de períodos de vinculación laboral para bonos pensionales y pensiones correspondiente al accionante (folio 38, cuaderno de instancia).

(viii) Copia del registro civil de nacimiento de Mariagne Rolong Flórez, NUIP 1067601626 (folio 40, cuaderno de instancia).

(ix) Copia del registro civil de nacimiento de Laura Daniela Camel Flórez, NUIP 1067594575 (folio 41, cuaderno de instancia).

(x) Copia del registro civil de nacimiento de Andrea Carolina Camelo Flórez, NUIP HYE0255892 (folio 42, cuaderno de instancia).

(xi) Copia del registro civil de nacimiento de Rosa Elvira Camelo Flórez, serial n°. 2900883 (folio 43, cuaderno de instancia).

(xii) Copia del certificado de registro civil de nacimiento de Esneider David Flórez Gómez, serial 2124991 (folio 44, cuaderno de instancia).

(xiii) Copia del recibo de pago de matrícula financiera de la Universidad Popular del César, a nombre de Rosa Elvira Flórez Camelo, por valor de \$861.864 (folio 46, cuaderno de instancia).

(xiv) Copia de detalle de liquidación de la matrícula financiera de la Universidad de Pamplona, a nombre de Esneyder David Flórez Gómez, por valor de \$754.200 (folio 47, cuaderno de instancia).

(xv) Copia del Decreto n°. 3625 del 26 de julio de 2017, por medio del cual el Procurador

General de la Nación acepta la renuncia al cargo del señor Héctor Raúl Flórez a partir del 1º de agosto de 2017 (folio 48, cuaderno de instancia).

(xvi) Copia del contrato de compraventa con pacto de retroventa por valor de \$ 1.800.000 suscrito entre la señora Linda Camelo y el Almacén y Compraventa Valledupar el 28 de septiembre de 2017 (folio 50, cuaderno de instancia).

(xvii) Copia del contrato de arrendamiento de vivienda urbana suscrito por el señor Héctor Raúl Flórez Arias el 23 de mayo de 2017 en calidad de arrendatario (folio 51 a 53, cuaderno de instancia).

(xviii) Copia del acta de registro civil de matrimonio del señor Héctor Raúl Flórez Arias y Linda Camelo Araujo (folio 55, cuaderno de instancia).

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

Primera instancia

1. El 25 de octubre de 2017, el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Valledupar, protegió los derechos fundamentales invocados por el actor ordenando su inclusión en nómina, así como el pago retroactivo de las mesadas pensionales, hasta tanto en sede de lo contencioso administrativo se dilucidara la situación manifestada por Colpensiones.

Impugnación

2. La parte accionada impugnó la decisión de primera instancia el 8 de noviembre de 2017. Solicitó que se revocara el fallo de tutela y, en su lugar, se declarara la improcedencia de la acción teniendo en cuenta la imposibilidad jurídica para la inclusión en la nómina de la Resolución VPB 6243 del 16 de febrero de 2017, si se tenía en cuenta que el actor no contaba con los requisitos para acceder a la pensión de vejez.

Segunda instancia

3. En sentencia del 07 de diciembre de 2017, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, revocó la decisión de primera instancia, al considerar que la acción

de tutela era improcedente para resolver la controversia suscitada entre el accionante y Colpensiones, ya que no se cumplía con el principio de subsidiariedad ni tampoco se apreciaba la ocurrencia de un perjuicio irremediable que ameritara la intervención del juez constitucional.

III. ACTUACIONES SURTIDAS EN SEDE DE REVISIÓN

1. Por auto del 3 de julio de 2018, la Corte encontró imperioso formular sendos cuestionarios a Colpensiones y al accionante, con el fin de allegar los elementos de juicio necesarios para adoptar la decisión de fondo.[13]

2. El 16 de julio de 2018 se resolvió integrar el contradictorio con la vinculación de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., por cuanto es la entidad a la cual se afilió el accionante cuando efectuó su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad -RAIS-; hecho que aduce Colpensiones como generador de la pérdida del régimen de transición y, en consecuencia, del derecho a pensionarse y ser incluido en la nómina respectiva.

Respuestas allegadas en sede de revisión

Sr. Héctor Raúl Flórez Arias

3. El 13 de julio de 2018 el accionante dio contestación al requerimiento efectuado indicando en primer lugar que en el período comprendido entre el 1° de agosto de 1996 y el 30 de abril del 2002 se encontraba afiliado a la administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Explicó que fue incluido en la nómina de pensionados mediante la Resolución n° SUB 258611 con fecha del 15 de noviembre de 2017, con pago efectivo desde enero de 2018 a la fecha, actuación que fue surtida por Colpensiones con ocasión de la orden proferida por el juez de primera instancia.

Precisó que actualmente no está laborando y que su único ingreso corresponde a su mesada pensional, señalando además que tiene a cargo a 6 personas, es decir, su cónyuge y 5 hijos; 2 de ellos asisten a la universidad y los demás cursan la secundaria.

Refirió que el valor que percibe de mesada pensional está por debajo de sus necesidades y que está a la espera de una mejoría de su salud (padece una alergia) para encontrar una manera de nivelar su situación económica.

Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Argumentó que existe falta de legitimación por pasiva de la sociedad que representa, pues los hechos objeto de censura son imputables de manera exclusiva a un tercero, en este caso Colpensiones; en tal sentido, explicó que el fondo no ha participado en la vulneración de los derechos fundamentales del gestor del amparo, solicitando su desvinculación.

Por último, señaló que en el presente asunto no se cumplen los presupuestos jurisprudenciales de procedibilidad de la acción de tutela, toda vez que el artículo 2º de la Ley 712 de 2001 ha establecido que las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre afiliados, beneficiarios o usuarios y los empleadores o las entidades administradoras son de conocimiento de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y seguridad social y no se acreditó la concurrencia de un perjuicio irremediable que habilitara la procedencia transitoria de la acción.

Allegó al expediente el siguiente documento:

(i) Copia de la solicitud de vinculación al fondo de pensiones suscrita por el peticionario el 6 de junio de 1996 (folio 56, cuaderno de revisión).

Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones

5. Por su parte, el 26 de julio de 2018 la entidad accionada a través de su directora documental allegó al Despacho del Magistrado Sustanciador copia del expediente administrativo del trámite de reconocimiento de pensión del señor Flórez Arias. Dentro de los documentos que conforman el legajo vale destacar el siguiente:

(i) Copia de la Resolución nº. SUB 258311 del 15 de noviembre de 2017, a través de la cual Colpensiones, en cumplimiento del fallo de tutela de primera instancia proferido el 25 de octubre de 2017, procedió a incluir en nómina de pensionados al peticionario así como a

reconocer el respectivo retroactivo por los meses adeudados.

6. Adicionalmente, el 27 de julio de 2018 el Director de Acciones Constitucionales de la Gerencia de Defensa Judicial dio contestación al requerimiento efectuado en sede de revisión indicando que mediante la Resolución nº. SUB 258311 del 15 de noviembre de 2017 se reconoció pensión de vejez al accionante, la cual fue incluida en nómina de pensionados en el mes de diciembre de 2017.

Destacó que dicha pensión de vejez y su consecuente inclusión en nómina obedeció exclusivamente a la necesidad de dar cumplimiento a la orden proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Valledupar, mediante sentencia del 25 de octubre de 2017.

Señaló que a la fecha no ha sido revocado de manera unilateral el acto administrativo que reconoció la pensión de vejez, en razón a que el actor no emitió su autorización, por ello “se proceder[ría] a iniciar la acción de lesividad”.

Finalmente, refirió que Colpensiones es la entidad encargada de realizar el cálculo actuarial a través de la Dirección de Ingresos y Aportes y que este requisito es necesario para conservar el régimen de transición cuando se ha efectuado un traslado al RAIS y posteriormente se regresa al RPMPD.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

1. Esta Sala de Revisión es competente para proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86, inciso 2 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto Estatutario 2591 de 1991.

Presentación del caso, problema jurídico y metodología de la decisión

2. De los hechos y documentos que obran en el expediente, la Sala observa como hechos jurídicamente relevantes que el 27 de agosto de 2015, mediante la Resolución nº. GNR 260157, Colpensiones reconoció la pensión de vejez al señor Flórez Arias tras considerarlo

beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; igualmente, indicó que la inclusión en nómina estaría en suspenso hasta que el accionante allegara el acto administrativo que diera cuenta del retiro del servicio. La anterior resolución se encuentra en firme.

El 4 de agosto de 2017, el peticionario aportó a la entidad accionada copia del Decreto 3625 del 26 de julio de 2017 por medio del cual el Procurador General aceptó su renuncia al cargo dando cumplimiento a la condición para ser incluido en nómina de pensionados; sin embargo, Colpensiones omitió ejecutar tal acto y mantuvo en suspenso la prestación, por cuanto mediante la Resolución nº. APSUB 3368 del 30 de agosto de 2017[14] dio inicio al trámite de revocatoria de la pensión de vejez solicitando el consentimiento del accionante para invalidar el acto administrativo que reconoció su estatus pensional. Por su parte, el señor Flórez Arias no otorgó su autorización.

Colpensiones insistió en que no era posible acceder a la pretensión del actor, toda vez que luego de revisar nuevamente su caso había advertido que no era beneficiario del régimen de transición por haberse traslado del RPMPD al RAIS y, en tal medida, debía acreditar el cumplimiento de los requisitos consagrados en la norma general para acceder a la prestación social por vejez, es decir, 1300 semanas y 62 años. Concretamente, refirió que para la fecha en que se presentó la solicitud de inclusión en nómina el peticionario no cumplía el requisito de la edad, porque contaba con tenía 61 años.

Por lo anterior, expuso el solicitante que la demandada vulneró sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital, a la salud, a la vida en condiciones dignas, la igualdad y el debido proceso ya que no se encontraba percibiendo ningún ingreso y, en consecuencia, carecía de los medios económicos para proveer su subsistencia y la de su familia.

3. De conformidad con la situación fáctica expuesta y de los documentos obrantes en el expediente, esta Sala de Revisión luego de establecer la procedencia de la acción de tutela, deberá resolver si:

i) ¿Colpensiones vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social, a la igualdad, al mínimo vital y al debido proceso del actor al abstenerse de incluirlo en la nómina de pensionados, bajo el argumento de que existió una equivocación en el reconocimiento

pensional en aplicación del régimen de transición, pues al haberse trasladado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, perdería los beneficios establecidos para el tránsito normativo, además, no contaría aun con los requisitos para acceder a la prestación por norma general?

4. Con el fin de solucionar dicho interrogante la Sala se ocupará de reiterar la jurisprudencia constitucional sobre los siguientes ejes temáticos: i) las causales de procedibilidad de la acción de tutela; ii) la afectación al mínimo vital por falta de inclusión en nómina de pensionados; iii) el derecho al debido proceso administrativo; iv) la pensión de vejez a la luz del régimen de transición de la Ley 100 de 1993; para finalmente resolver el v) caso concreto.

La procedencia excepcional de la acción de tutela para garantizar el derecho a la seguridad social

Inicialmente la Sala de Revisión deberá realizar un breve recuento jurisprudencial y normativo respecto a los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, a efectos de clarificar los fundamentos jurídicos que permitirán determinar la viabilidad del estudio de fondo del asunto concreto.

5. La acción de tutela es un medio de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales.[15] Acorde con lo anterior, el artículo 10 del Decreto Estatutario 2591 de 1991 establece que este mecanismo puede ser promovido en todo momento y lugar por la persona directamente afectada, a través de representante o agente oficioso.[16]

En punto a quien va destinada, el artículo 13 ibídem señala que: “se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental (...)”. De ahí que esta Corporación ha identificado la legitimación pasiva como “la aptitud legal de la persona contra quien se dirige la acción, de ser efectivamente la llamada a responder por la afectación del derecho fundamental.”[17]

6. La finalidad de la acción de tutela es conjurar situaciones urgentes que requieran la actuación expedita del juez constitucional; según se desprende del artículo 86 de la Carta, este mecanismo se encuentra regido por el principio de la inmediatez, el cual exige su

presentación en un tiempo razonable y proporcional a partir del hecho generador de la vulneración.[18]

Sin perjuicio de lo anterior, de conformidad con lo establecido en la sentencia C-543 de 1992,[19]se ha sostenido que por regla general la acción de tutela no está sujeta a un término de caducidad, así pues, la procedencia del remedio constitucional deberá examinarse de cara a su propósito de obtener la protección inmediata de derechos fundamentales.[20]

7. No existe entonces un plazo perentorio o terminante para interponer la acción de tutela, de manera que la prudencia del término debe ser analizado por el Juez en cada caso atendiendo a las particulares circunstancias fácticas y jurídicas del asunto; verbigracia, si el lapso es prolongado, deberá ponderar si: (i) existe motivo válido para la inactividad de los accionantes, (ii) la inactividad justificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión, (iii) existe nexo causal entre el ejercicio tardío de la acción y la vulneración de los derechos fundamentales, y (iv) el fundamento de la acción surgió después de acaecida la actuación violatoria de derechos fundamentales de cualquier forma en un plazo no muy alejado de la fecha de interposición[21].

8. A voces del mencionado artículo 86 superior, el mecanismo de amparo constitucional ha sido diseñado para preservar las garantías iusfundamentales cuando quiera que se encuentren expuestas a un daño y el ordenamiento jurídico no prevea un instrumento al cual se pueda acudir o, cuando a pesar de su existencia, el mismo no goza de la eficacia concreta para conjurar la trasgresión objeto de la acción.[22]

El anterior enunciado se integra normativamente con el artículo 6° del citado Decreto Estatutario 2591 de 1991, el cual establece que la acción de tutela solo es procedente cuando: i) no exista otro medio de defensa judicial; ii) pese a su concurrencia, este no sea eficaz o idóneo para lograr la protección de los derechos fundamentales y, iii) se erija de manera transitoria para prevenir un perjuicio irremediable[23] definido bajos ciertos criterios rigurosos de inminencia, gravedad, urgencia e impostergabilidad.

En tal sentido, esta Corporación ha expuesto de manera uniforme que en virtud del principio de subsidiariedad se debe descartar la utilización de la acción de tutela como vía preferente para la protección de los derechos fundamentales invocados[24] y cuando se ejerce como

un “instrumento supletorio al que se puede acudir cuando se han dejado de ejercer oportunamente los medios de defensa judicial o como un medio para obtener un pronunciamiento con mayor prontitud sin el agotamiento de las instancias ordinarias.”[25]

9. Ahora bien, en tratándose del derecho a la seguridad social, la Corte ha insistido en que, por regla general, no procede en materia de reconocimiento y pago de prestaciones sociales, en razón a su carácter eminentemente subsidiario y residual; por lo anterior, este tipo de controversias deben ser ventiladas ante la jurisdicción contencioso administrativa o la ordinaria laboral, según sea el caso.

No obstante, también ha admitido la procedencia excepcional de la acción cuando el agotamiento de los instrumentos judiciales ordinarios supone una carga excesiva para el peticionario, como cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional o, “por cualquiera otra razón, el trámite de un proceso ordinario, lo expone a un perjuicio irremediable”. [26]

10. Entonces, algunos supuestos indicativos de la procedencia excepcional del mecanismo de amparo constitucional son: “i) el estado de salud del solicitante; ii) el tiempo que la autoridad pensional demoró en desatar el procedimiento administrativo; iii) la edad del peticionario; iv) la composición del núcleo familiar del mismo, por ejemplo el número de personas a cargo, o si ostenta la calidad de cabeza de familia; v) el potencial conocimiento de la titularidad de los derechos, al igual que las acciones para hacerlos valer; y vi) las circunstancias económicas del interesado, análisis que incluye el promedio de ingresos frente a los gastos, el estrato socioeconómico y la calidad de desempleado”. [27]

11. En la sentencia T-090 de 2018 esta Sala de Revisión refirió que el medio de defensa judicial ordinario se torna ineficaz cuando el accionante tiene una edad avanzada y debe suplir las necesidades de su núcleo familiar “toda vez que la pensión de vejez ‘reemplaza los ingresos del trabajador en el evento en que éste deja su actividad laboral.’ [28] Esos dineros permiten la satisfacción del derecho a la seguridad social y al mínimo vital del interesado además de su familia, incluso al nivel de vida alcanzado”. [29]

De conformidad con lo indicado, este Tribunal Constitucional cuando se trata de la definición de asuntos de carácter pensional ha decantado los requisitos de procedencia

definitiva y transitoria de la acción de tutela. Respecto del primer grupo, siguiendo la sentencia T-482 de 2015 se estableció:

- “a. Que la falta de pago de la prestación o su disminución, genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital,
- b. Que el accionante haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial con el objetivo de que le sea reconocida la prestación reclamada.
- c. Que se acredite siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados[30] y
- d. Que exista ‘una mediana certeza sobre el cumplimiento de los requisitos de reconocimiento del derecho reclamado’.[31]”

De otro lado, las reglas para la procedencia transitoria del amparo en la determinación de derechos pensionales son:

- “a) Que la persona haya agotado los recursos en sede administrativa y la entidad mantenga su decisión de no reconocer el derecho.
- b) Que se hubiere acudido ante la jurisdicción respectiva, se estuviere en tiempo de hacerlo o ello fuere imposible por motivos ajenos al peticionario.
- c) Que además de tratarse de una persona de la tercera edad, ésta demuestre la amenaza de un perjuicio irremediable, esto es, que el perjuicio afecte la dignidad humana, la subsistencia en condiciones dignas, la salud, el mínimo vital, que existan lazos de conexidad con derechos fundamentales, o que evidencie que someterla a los trámites de un proceso ordinario le resultaría demasiado gravoso.
- d) En concordancia con lo anterior, para determinar si la acción de tutela es o no procedente como mecanismo transitorio, no resulta suficiente invocar fundamentos de derecho, sino que son necesarios también fundamentos fácticos que den cuenta de las condiciones materiales de la persona. En caso contrario, el asunto adquiere carácter estrictamente litigioso y por lo mismo ajeno a la competencia del juez de tutela.”[32]

12. Particularmente, en el caso de la materialización del derecho a la pensión de vejez y/o jubilación, presuntamente vulnerado por la falta de inclusión en nómina, la Corte en la sentencia T-280 de 2015 señaló: “el pago de las pensiones se hace efectivo si previamente al mismo se realiza la inclusión en nómina de pensionados que constituye un acto de trámite o preparatorio no atacable en vía gubernativa ni susceptible de controversia ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de donde surge que el único medio judicial de defensa para la protección del derecho fundamental, es precisamente la acción de tutela[33]”.

En igual sentido, en la sentencia T-686 de 2012 se consideró que en lo referente a la demora en la inclusión de la nómina de pensionados, la acción se torna procedente[34] toda vez que “retirar a una persona de su puesto de trabajo, sin haberle garantizado que el salario que deja de devengar, como resultado del retiro, tendrá un sustituto adecuado y eficaz en la pensión de vejez, es atentar contra sus derechos fundamentales al mínimo vital, tal como lo ha entendido la Corte, a la dignidad humana y a la misma vida que puede afectarse si esta prestación social no se le proporciona en forma oportuna y adecuada para afrontar las vicisitudes de la vejez’[35]”.

13. Como corolario de lo anterior, por regla general, el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela restringe el ámbito de procedencia de los asuntos sometidos a escrutinio del juez constitucional, toda vez que el ordenamiento jurídico ofrece diversas acciones ordinarias que pueden ser ejercidas ante autoridades judiciales con el fin de salvaguardar derechos fundamentales. Con todo, aun ante la existencia de medios de defensa judiciales, la tutela procederá excepcionalmente si: i) se logra determinar que estos carecen de idoneidad o eficacia concreta, ii) la acción se incoa con el fin de evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

Así mismo, frente a controversias suscitadas por la falta de inclusión en nómina de pensionados la acción de tutela resulta procedente, pues el acto que materializa la inclusión es de trámite y, por tanto, no atacable ante la jurisdicción.

Afectación al mínimo vital por falta de inclusión en nómina de pensionados. Reiteración de jurisprudencia

14. El artículo 48 de la Constitución Política consagra el derecho a la seguridad social como

un servicio público de carácter obligatorio que debe ser garantizado por el Estado y que se prestará bajo su coordinación, dirección y control, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los estrictos términos que establezca la ley.

Con fundamento en el mandato superior, el máximo Tribunal de lo constitucional ha establecido que el derecho a la seguridad social supone de una lado la facultad para los asociados de obtener protección ante las contingencias derivadas de la enfermedad, la vejez, la maternidad o la muerte de un familiar y, del otro, la responsabilidad para el Estado y las entidades que participan en el sistema de seguridad social de prestar el servicio en cumplimiento de los criterios de continuidad, eficiencia y permanencia.[36]

15. Concretamente, del derecho a la seguridad social a su vez se deriva el derecho a obtener una pensión de vejez, el cual garantiza una remuneración al trabajador desvinculado de la vida laboral en razón a su avanzada edad. Al respecto, en la sentencia T-686 de 2012 se indicó: “el derecho a la pensión de vejez, desde muy temprana jurisprudencia la Corte lo definió como ‘un salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo -20 años-, [es decir, que] el pago de una pensión no es una dádiva súbita de la Nación, sino el simple reintegro que del ahorro constante durante largos años, es debido al trabajador’[37]. De la misma manera, la Corte Constitucional ha indicado que se trata de un derecho que busca garantizar una remuneración vital[38] al trabajador que ha sido desvinculado de la vida laboral porque ha alcanzado la edad o por razones diferentes (...)”.

De tal manera, la Corte ha reconocido que la pensión de vejez se encuentra ligada con el mínimo vital, ya que garantiza al asalariado la prerrogativa de retirarse del trabajo sin que ello implique una pérdida de los ingresos regulares destinados a suplir sus necesidades básicas.[39]

Derivado de lo anterior, el derecho al mínimo vital es aquel de que “gozan todas las personas a vivir en unas condiciones que garanticen un mínimo de subsistencia digna, a través de los ingresos que le permitan satisfacer sus necesidades más urgentes”,[40] como son alimentación, vivienda, vestuario, acceso a los servicios públicos domiciliarios, educación y atención en salud, entre otros.[41]

16. Siendo así, el derecho a acceder a una pensión de vejez no se encuentra limitado a su

reconocimiento formal (expedición de la resolución), sino que requiere su materialización efectiva a través de la inclusión en nómina de pensionados.[42]

17. En línea con lo expuesto, en la sentencia T-280 de 2015 la Corte refirió que el acto que reconoce la pensión de vejez genera obligaciones claras, expresas y exigibles, así como que es un deber de la entidad pública agotar el trámite necesario para que el derecho adquirido pueda concretarse, de lo contrario, el reconocimiento sería ilusorio:

“[E]l acceso a una pensión de vejez, que procura garantizar el mínimo vital del pensionado, depende de varios pasos que deben seguir las entidades competentes para no perjudicar la calidad de vida del beneficiario. En un primer momento, debe verificarse el cumplimiento de los requisitos legales para acceder a la pensión, en un segundo momento, la inclusión en la nómina de pensionados, y en un tercer momento la desvinculación del trabajador cuando proceda.”[43]

En igual sentido, en la sentencia T-686 de 2012 se consideró que: “[a] la persona que ha cumplido con los requisitos legales para acceder a una pensión, debe garantizársele no sólo su reconocimiento, sino su entrega efectiva, en razón de que de nada le sirve al pensionado ser beneficiario de dicha prestación si no recibe el pago de la misma”.

Esta tesis ha venido siendo desarrollada por la Corporación desde temprana jurisprudencia; por ejemplo, en la sentencia C-1037 de 2003 la Corte estudió la constitucionalidad de la norma que disponía como causal de terminación de la relación laboral el cumplimiento por parte del trabajador de los requisitos para obtener su pensión de vejez;[44] en esa oportunidad se determinó que dicha provisión era razonable bajo el entendido de que ningún empleado quedaría desamparado “pues tend[ría] derecho a disfrutar de la pensión como una contraprestación de los ahorros efectuados durante su vida laboral, y será un medio para gozar de un descanso en condiciones dignas”. No obstante, enfatizó que no puede existir solución de continuidad entre la terminación de la relación laboral y la iniciación del pago efectivo de la mesada pensional, toda vez que con la misma se pretende asegurar que el trabajador y su familia cuenten con el ingreso mínimo vital.

Es decir, se estableció que dicha norma podía entenderse constitucional únicamente si se adicionaba una segunda notificación a la dispuesta, con el fin de asegurar que efectivamente al empleado se le hubiera incluido en nómina de pensionados, por ello se

dijo: “la Corte declarará EXEQUIBLE el parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, mediante sentencia aditiva, pues además de la notificación del reconocimiento de la pensión exigirá, para hacerla conforme con la Constitución, la notificación de su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente”.

18. En consonancia, las salas de revisión de la Corte han determinado la vulneración del derecho al mínimo vital por la falta de inclusión en nómina de pensionados, cuando: i) la mesada constituye el único ingreso del pensionado o existiendo ingresos adicionales estos sean insuficientes para sufragar todos los gastos del pensionario y, ii) la falta de pago genera una situación crítica a nivel económico y psicológico del actor.[45]

En la referida sentencia T-686 de 2012, se ampararon los derechos fundamentales al mínimo vital, al debido proceso y a la seguridad social de un pensionado que manifestaba que existió solución de continuidad entre el retiro del cargo y el momento en que finalmente fue incluido en la nómina de pensionados. Concretamente la Corte arguyó:

“[E]l deber de incluir en nómina al trabajador a quien se le ha reconocido la pensión, es un acto esencial para materializar el derecho al acceso a la pensión a través de su pago mensual. Esta omisión por parte de la entidad responsable, genera la vulneración de derechos fundamentales que se encuentran en cabeza del pensionado, tales como la seguridad social que adquiere la condición de fundamental en tratándose de personas de la tercera edad y el derecho al mínimo vital.”

Por su parte, en el fallo T-280 de 2015 la Corte estudió dos asuntos acumulados, uno de ellos se refería a una acción de tutela instaurada en contra de Colpensiones también por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital, al haberse abstenido de realizar la inclusión en nómina del accionante. La Sala determinó:

“Como ha sido reiterado en la jurisprudencia de esta Corporación, no puede existir solución de continuidad entre la terminación de la relación laboral y la iniciación del pago efectivo de la mesada pensional, ya que de presentarse una interrupción en los ingresos del pensionado, se pondrían en riesgo sus derechos al mínimo vital, seguridad social y vida digna.”

Igualmente, enfatizó que el derecho a gozar de una pensión surge desde el momento en que la persona se retira y como consecuencia de ello deja de devengar el ingreso que recibía por su salario; así pues, no puede haber solución de continuidad entre el retiro y el acceso a la pensión.

19. En síntesis, el derecho a la seguridad social conlleva la facultad de acceder a una pensión de vejez; esta a su vez se encuentra estrechamente ligada con el derecho al mínimo vital, de manera que la inclusión en nómina de pensionados de quien se le ha reconocido su pensión de vejez o jubilación, garantiza la permanencia de la remuneración y acceso a las necesidades básicas propias y de su familia. Por tanto, se genera una afectación a tales derechos cuando las administradoras de pensiones interrumpen la continuidad en los ingresos del pensionado al abstenerse de realizar de manera oportuna la inclusión en la nómina de pensionados.

Debido proceso administrativo. Reiteración de Jurisprudencia

20. El artículo 29 de la Constitución establece que “el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”. Este derecho es una manifestación de los límites al poder estatal que busca proteger a los asociados de las actuaciones ilegales de las autoridades públicas, procurando el respeto por las formas de cada juicio.

De conformidad con la norma en cita, la jurisprudencia Constitucional ha determinado que el debido proceso administrativo “es un derecho fundamental cuya titularidad radica en todas las personas y tiene por destinatarios, tanto a las autoridades públicas como a los particulares cuando se presentan supuestos de subordinación jurídica.”[46] Igualmente, esta prerrogativa tiene como propósito limitar el margen de acción de las autoridades, de manera que sus actuaciones no dependan de su arbitrio, sino que se encuentren enmarcadas en las formas previamente establecidas en el ordenamiento jurídico.[47]

21. Por lo anterior, en la sentencia C-602 de 2002 la Corte precisó que este derecho corresponde a la facultad de los individuos interesados en una actuación administrativa de exigir que la misma se someta a un proceso que se ajuste a la normatividad vigente y que garantice la eficacia de los derechos de contradicción, impugnación y publicidad.

Recientemente en el fallo T-023 de 2018 se sostuvo que el debido proceso administrativo

“cobija todas las manifestaciones [de la administración] en cuanto a la formación y ejecución de los actos, a las peticiones que presenten los particulares, a los procesos que por motivo y con ocasión de sus funciones cada entidad administrativa debe desarrollar (...)”.[48] En tal sentido, en el contexto de la producción de los actos administrativos, este derecho irradia todo el camino hacia la formación y adopción de la decisión, además de las etapas posteriores de notificación, impugnación, ejecutoria y ejecución.

22. Así, este Tribunal constitucional ha definido el derecho al debido proceso administrativo como: “(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal”[49].

De ahí que todo acto arbitrario de la administración, en la medida que se aparta de las normas aplicables al caso para “realizar su propia voluntad”, [50] entraña una vulneración al debido proceso.

23. En materia pensional, en la sentencia T-543 de 2015 la Corte enfatizó que las administradoras de pensiones están sujetas al debido proceso, en respeto de los derechos de los afiliados al sistema de seguridad social; de esta forma, “tienen una carga especial respecto de las solicitudes presentadas por sus afiliados, especialmente [frente a] aquellas situaciones que la entidad está en la ‘posibilidad y en el deber de verificar (...)’[51] en consecuencia, la entidad debe adelantar los trámites administrativos con observancia de las normas que determinan el debido proceso administrativo y no debe trasladar al trabajador cargas que no le corresponde asumir.”

24. Con todo, las actuaciones administrativas en Colombia se rigen por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011). Para el presente caso, interesa señalar que este cuerpo normativo dispone:

“Artículo 93. Causales de revocación. Los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.

2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.
3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.”

Más adelante señala:

“Artículo 97. Revocación de actos de carácter particular y concreto. Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular.

Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. (...)”

25. En consonancia, cuando la administración debe revocar un acto administrativo de carácter particular y concreto cuenta con dos alternativas: i) solicitar el reconocimiento previo y expreso del beneficiario y que este acceda a la revocatoria; en caso contrario, ii) acudir ante la jurisdicción contencioso administrativo y demandar su propio acto a través del medio de control de nulidad.[52]

Sobre este último punto, en la sentencia T-058 de 2017 la Corte argumentó que la demanda ante la jurisdicción contenciosa deberá agotarse incluso si se considera que el acto administrativo tuvo lugar valiéndose de medios ilegales y fraudulentos, caso en el cual “la administración se encuentra facultada para [accionar] sin la obligación de agotar el requisito prejudicial de conciliación, igualmente, puede solicitar la suspensión provisional.”[53]

Conviene precisar que en la providencia en cita esta Corporación revisó una acción de tutela interpuesta contra Colpensiones por haber revocado de manera unilateral un acto administrativo de reconocimiento de una pensión de vejez sin contar con el consentimiento previo y expreso del particular afectado, la Corte argumentó que:

“Debe tenerse en cuenta que cuando se trata de derechos pensionales la posibilidad de revocar los actos administrativos que los han reconocido exige riguroso cuidado. Son

garantías de linaje constitucional que propenden por el respaldo de quien ha perdido la posibilidad de acceder a una fuente económica propia que permita satisfacer sus necesidades básicas y las de sus dependientes. En consecuencia, la revocatoria resulta potencialmente lesiva del mínimo vital, la vida y la dignidad humana.”

26. Sin perjuicio de lo anterior, la Ley 797 de 2003 consagró una excepción a la regla general, al determinar en su artículo 19 que las pensiones reconocidas “irregularmente” podrán ser revisadas por los respectivos representantes legales de la entidad de seguridad social o quienes hayan reconocido pensiones o respondan por el pago de este tipo de prestaciones económicas y, de llegar a encontrarse indicios “serios y graves”[54] de que el derecho fue obtenido de manera ilícita, podrán revocar el acto administrativo aun sin el consentimiento del titular.

No obstante, cuando se trata de derechos pensionales la posibilidad de revocar los actos administrativos de reconocimiento exige de un riguroso cuidado; por lo tanto, es imperativo que los motivos para llevar a cabo la verificación oficiosa de la pensión sean “reales, objetivos, trascendentes, y desde luego, verificables”,[55] así como que se pruebe la ilegalidad o ilicitud de los medios utilizados a través del correspondiente procedimiento administrativo, el cual deberá ser respetuoso de las garantías constitutivas del debido proceso.[56]

27. Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional ha establecido que la revocatoria del acto administrativo pensional sin el consentimiento del titular del derecho requiere que “el incumplimiento de los requisitos aludidos esté tipificado como delito” y que “mientras se adelanta el proceso administrativo se deben seguir cancelando la prestación, mesadas o las sumas que se causen y que la carga de la prueba está en cabeza de la administración”. [57] (Énfasis propio).

28. De las consideraciones realizadas en precedencia es posible entonces concluir que el debido proceso administrativo es un derecho de raigambre fundamental que se extiende a toda actuación administrativa y que resulta vulnerado cuando una autoridad pública desconoce arbitrariamente las normas aplicables al caso. En materia pensional, las administradoras de pensiones están igualmente obligadas a respetar las garantías propias del debido proceso.

De igual forma, como regla general, los actos administrativos que generan efectos jurídicos de carácter particular, como es el caso de aquellos que reconocen prestaciones periódicas no pueden ser revocados sin el consentimiento previo y expreso del titular del derecho, caso en el cual, la respectiva entidad administradora de fondos de pensiones deberá acudir ante la jurisdicción contenciosa con la finalidad de demandar a través del medio de control de nulidad el acto administrativo de reconocimiento pensional.

Excepcionalmente, en los supuestos del artículo 19 de la Ley 797 de 2003 es posible que las administradoras de pensiones, tras agotar el respectivo procedimiento administrativo de verificación, revoquen unilateralmente las pensiones obtenidas por medios ilícitos. En todo caso se debe respetar el debido proceso administrativo y continuar con el pago de las mesadas pensionales, hasta tanto se pruebe la obtención irregular del derecho tal y como se establece en la norma.

La pensión de vejez a la luz del régimen de transición en la Ley 100 de 1993.[58]
Reiteración de jurisprudencia

29. La Ley 100 de 1993[59] modificó las condiciones para acceder a la pensión de vejez de las personas que a la fecha de entrada en vigencia de la señalada norma (1º de abril de 1994), estuvieran afiliadas a otros regímenes.

Sin embargo, con el fin de proteger a quienes tenían expectativas legítimas de pensionarse, se creó el tránsito normativo o régimen de transición el cual “prev[ió] como beneficio para acceder a la pensión de vejez, que la edad, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la misma, sea la establecida en el régimen anterior al cual se encuentre afiliado el trabajador.”[60] La mencionada norma establece:

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

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere Superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.” (Texto subrayado fuera del original).

Dicho beneficio busca que el trabajador pueda continuar afiliado a un sistema pensional derogado, haciéndosele exigible los requisitos de edad y tiempo de servicio fijados en ese esquema pensional anterior,[61] siempre y cuando cumpla con los siguientes requisitos: i) mujeres con treinta y cinco (35) o más años de edad al 1º de abril de 1994; ii) hombres con cuarenta (40) o más años de edad al 1º de abril de 1994; iii) hombres y mujeres que independientemente de la edad, acrediten quince (15) años o más de servicios cotizados al 1º de abril de 1994.

30. Ahora bien, inicialmente, el régimen de transición se encontraba establecido hasta el 31 de julio de 2010, no obstante, el Acto Legislativo 01 de 2005 creó una excepción a dicha regla al contemplar la posibilidad para aquellas personas que a 25 de julio de 2005[62] tuvieran al menos 750 semanas cotizadas de extenderseles la transición hasta el 31 de diciembre de 2014. Por el contrario, quienes no cumplan con los anteriores requisitos se deben pensionar de conformidad con lo establecido en la referida Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2013.[63]

31. Respecto al caso que nos ocupa, desde la sentencia C-596 de 1997 la Corte estableció que a partir de una lectura armónica de la Ley 100 de 1993, el tránsito legislativo igualmente es aplicable a los servidores públicos que cumplieran con los requisitos referidos, lo anterior si se tiene en cuenta que:

i) El artículo 13 determina que para el reconocimiento de las pensiones y demás prestaciones se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la norma, sin importar si la cotización se efectuó al ISS o a cualquier caja o fondo del sector público o privado.[64]

ii) El artículo 33 dispone que para acceder a la pensión de vejez es necesario haber cotizado como mínimo 1000 semanas en cualquier tiempo, para cuyo cómputo se tendría en cuenta

el tiempo de servicios como servidor público.[65]

iii) Por último, el parágrafo del artículo 36 referido, expresamente señala que para el reconocimiento de la prestación a quienes se encuentren cobijados por el beneficio, se tendrá en cuenta las semanas cotizadas “al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera que sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio”.

En tal sentido, no queda duda que “aquellos servidores públicos que tenían en el momento de entrar en vigencia la nueva ley las edades mencionadas, se jubilarán a los 55 o 60 años de edad, según se trate de mujeres o de hombres, respectivamente; y el tiempo de servicio que como servidores públicos hayan trabajado en cualquier tiempo, siempre se les tendrá en cuenta.”[66]

32. En suma, la Ley 100 de 1993 derogó todos los esquemas pensionales vigentes a su fecha de promulgación, no obstante, previó la posibilidad de acceder a la referida pensión de vejez bajo la anterior normativa a quienes cumplieran con un determinado tiempo de servicio o semanas cotizadas o se encontraran en unos límites de edad. Adicionalmente, realizando una interpretación armónica de la norma, la Corte ha señalado que el tránsito legislativo aplica sin distinción alguna a los servidores públicos que cumplieran con los criterios de excepción contenidos en el artículo 36 de la Ley 100.

Caso concreto

(i) Cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela

Legitimación por activa: en esta oportunidad, la acción de tutela fue presentada por el señor Héctor Raúl Flórez Arias, en nombre propio y en procura de obtener la protección de sus derechos fundamentales, razón por la cual se encuentra legitimado para actuar en esta causa.

Legitimación por pasiva: de conformidad con el numeral 4° del artículo 42 del Decreto Estatutario 2591 de 1991, Colpensiones, entidad pública con la cual el accionante tiene un vínculo al ser esta la encargada de administrar sus aportes a pensión, está legitimada como

parte pasiva en el proceso de tutela bajo estudio, en la medida en que se le atribuye la presunta vulneración de los derechos fundamentales.

Inmediatez: en este caso, se tiene que el accionante conoció de la negativa de la entidad de efectuar la inclusión en nómina con la notificación de la Resolución nº. APSUB 3368[67] que se realizó el 31 de agosto de 2017; así mismo, de acuerdo con los documentos que obran en el expediente, el peticionario presentó la acción de tutela el 05 de octubre de 2017.

Lo anterior significa que el mecanismo de amparo fue presentado alrededor de un mes después de notificada la precitada resolución o del momento en que se presume que tuvo conocimiento del hecho generador de la vulneración, plazo que se estima prudente y razonable para acudir a la tutela con el fin de subsanar la presunta vulneración de garantías fundamentales.

Subsidiariedad: como tuvo oportunidad de precisarse, la Corte ha referido que la acción de tutela es el único medio de defensa judicial para obtener el pago de la pensión, toda vez que el mismo solo se hace efectivo si previamente se realiza la inclusión en nómina de pensionados, acto de trámite o preparatorio que no es atacable vía gubernativa ni ante la jurisdicción contencioso administrativa.[68] En este orden de ideas, es diáfano que la presente acción de tutela es procedente para requerir de Colpensiones la inclusión en nómina de pensionados del actor.

Además, se debe indicar que la situación generadora de la presunta vulneración de los derechos invocados corresponde a la omisión de la accionada de expedir el acto administrativo a través del cual se incluyera al señor Flórez Arias en nómina; siendo así, el actor ni siquiera cuenta con una decisión formal de la administradora de pensiones que cuestionar.

De otro lado, la resolución APSUB 3368 del 30 de agosto de 2017, mediante la cual Colpensiones decreta pruebas en el trámite interno de revocatoria directa del acto administrativo que concede la pensión, también es un acto de trámite que no decide el fondo de la situación ni produce efectos jurídicos definitivos, pues en sí mismo no concluye la actuación administrativa y únicamente resuelve solicitar la autorización del afectado para revocar la resolución de reconocimiento; por ello, contra el mismo tampoco proceden

recursos ni constituye un acto que el peticionario pudiera controvertir judicialmente.[69]

Por lo anterior, la Sala observa procedente entrar al análisis sustancial del asunto planteado.

(ii) Análisis de la vulneración

33. Conforme a los actos administrativos expedidos por Colpensiones para reconocer la pensión de vejez al señor Flórez Arias, se observa que el accionante nació el 11 de julio de 1956 y para la fecha en que entró a regir la Ley 100 de 1993[70] contaba con 37 años de edad y más de 15 años[71] de servicios.

En el período comprendido entre el 06 de junio de 1996 y el 19 de marzo de 2002 estuvo afiliado al RAIS, en esta última fecha solicitó su traslado al RPMPD.[72] Para el momento en que requirió a Colpensiones el reconocimiento de su pensión (2015), contaba con 59 años de edad y un total de 2.052 semanas cotizadas, o lo que es igual, 40 años de servicios prestados (en su gran mayoría) para el Ministerio Público.[73]

Así, mediante la Resolución nº. GNR 260157 del 27 de agosto de 2015, Colpensiones reconoció la pensión de vejez al considerarlo beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993[74] y dejó en suspenso el pago de la pensión hasta tanto el peticionario allegara el acto de retiro del servicio oficial.

Nuevamente, en noviembre del año 2016 el señor Flórez Arias solicitó la reliquidación de su monto pensional con fundamento en el 75% del promedio de los salarios del último año de servicios; la entidad accionada se rehusó a través de los actos administrativos nº. GNR 386421 del 21 de diciembre de 2016 y VPV 6243 del 16 de febrero de 2017 al indicar que si bien tenía derecho a la prestación por vejez, la pensión se debía liquidar según el IBL de los 10 últimos años como en efecto se hizo. Sin embargo, modificó el valor de la mesada, dado que para el momento de la nueva solicitud el actor devengaba un salario más elevado. Dichos actos administrativos se encontraban ejecutoriados y en firme.

34. Finalmente, el 4 de agosto de 2017 el peticionario aportó a Colpensiones copia del Decreto 3625 del 26 de julio de 2017, por medio del cual el Procurador General aceptó su renuncia al cargo, dando así cumplimiento a la condición para ser incluido en nómina de

pensionados.

Pese a lo anterior, la administradora de pensiones no procedió a la inclusión y por el contrario, el 30 de agosto de 2017 solicitó la autorización del pensionado para revocar la prestación concedida desde el año 2015, aduciendo que tras una nueva valoración de la prestación se había evidenciado que no era beneficiario del régimen de transición al haberse trasladado del RPMPD al RAIS[75] y, que a la fecha, tampoco contaba con los requisitos para pensionarse por norma general pues solo tenía con 61 años de edad.

35. Se debe destacar que en el mencionado acto administrativo Colpensiones indicó que si el petionario no daba su consentimiento para proceder a la revocatoria dentro del término de un mes, la accionada acudiría a la jurisdicción de lo contencioso administrativo con el fin de demandar su propio acto de reconocimiento pensional -medio de control de nulidad, lesividad-.

El actor manifestó que los únicos ingresos con los que contaba para suplir las necesidades básicas de su núcleo familiar conformado por seis personas era lo que devengaba por concepto de salario, por lo cual, al no pagarse efectivamente la pensión se afectaba gravemente el mínimo vital y el debido proceso al ser privado de manera abrupta de los medios económicos para la subsistencia propia y familiar.

36. Dicha situación fue atendida por el juez de primera instancia que ordenó proteger los derechos fundamentales del accionante; no obstante, en segunda instancia se determinó que la presente acción era improcedente porque el actor contaría con otros medios de defensa judiciales para acceder a lo solicitado, además de no apreciar la existencia de un perjuicio irremediable.

37. Pues bien, la Corte concuerda con la decisión de primera instancia, en cuanto determinó la vulneración del derecho fundamental al mínimo vital del señor Flórez Arias al haberse omitido su inclusión efectiva en nómina de pensionados, pese a haber allegado el acto administrativo en el que constaba su retiro del servicio. De este modo, se discrepa de la decisión adoptada por el juez de segundo nivel, pues, como se evidenció, en el presente asunto no hay otro medio de defensa judicial al que pudiese acudir el accionante para lograr su inclusión en nómina y si en gracia de discusión este existiere, el juez debió evaluar que en toda actuación administrativa se debe respetar las garantías constitutivas del debido

proceso administrativo.

38. Para la Sala, la Administradora Colombiana de Pensiones también desconoció el derecho al debido proceso administrativo del accionante al abstenerse de incluirlo en nómina de pensionados, pese a que ya se había cumplido con la condición pendiente para proceder al pago efectivo de la pensión de vejez, esto es, el retiro del servicio del señor Flórez Arias ocurrido en el mes de julio del año 2017.

Como quedó establecido, las administradoras de pensiones deben respetar y garantizar los derechos fundamentales de los afiliados al sistema, a través de la aplicación del debido proceso en todas las actuaciones que se adelantan ante la entidad, consideración que adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta que está en juego el derecho a la seguridad social de los mismos afiliados.

Al respecto, el Decreto 2245 de 2012,[76] teniendo en cuenta la sentencia C-1037 de 2003,[77] emitió directrices para las administradoras de pensiones tanto del sector privado como público con el objeto de evitar que existiera solución de continuidad entre la terminación del vínculo laboral y la inclusión en nómina de pensionados. Por lo tanto, la suspensión de la inclusión en nómina después de haberse dado el retiro del trabajador, claramente constituye un acto arbitrario por parte de las administradoras.

39. Ahora bien, cuando con base en una historia laboral se reconoce una pensión de vejez, un derecho de contenido particular y concreto se consolida, razón por la cual si la entidad administradora de fondos de pensiones tiene reparos sobre el reconocimiento efectuado, según lo establecido en el artículo 97 del CPACA,[78] debe solicitar la autorización previa y expresa del particular afectado para tener vía libre a la revocatoria directa del acto. De no obtener dicha autorización, como acaeció, será necesario que acuda a la jurisdicción contencioso administrativo a efectos de demandar la nulidad de su acto. Empero, ni siquiera este trámite puede implicar la suspensión del pago efectivo de las mesadas pensionales.

Ciertamente, Colpensiones a través de la Resolución 3368 de 2017 inició la actuación administrativa tendiente a revocar el acto cuestionado para lo cual solicitó la mencionada autorización; no obstante, una vez vencido el término otorgado (un mes) sin haber recibido pronunciamiento por parte del accionante, debió acudir a la jurisdicción competente con el fin obtener el pronunciamiento acerca de la legalidad del acto pensional; ello sin abstenerse

de realizar la inclusión en nómina, toda vez que la resolución de reconocimiento se encontraba en firme y al haberse informado debidamente la renuncia del señor Flórez Arias (única condición que mantenía en suspenso el goce efectivo del derecho), era necesario incluirlo de manera inmediata en la nómina respectiva.

Por lo expuesto, a juicio de la Sala de Revisión, Colpensiones vulneró el derecho al debido proceso administrativo del actor al no incluirlo en nómina de pensionados, además de desconocer el artículo 97 del CPACA al suspender el pago efectivo[79] y no demandar el acto de carácter particular y concreto contentivo de la pensión de vejez.

41. De otro lado, la no inclusión en nómina de una persona a la que se le ha reconocido la pensión de vejez también constituye el desconocimiento del derecho a la seguridad social, el cual conlleva las garantías de acceder a una pensión de vejez y de devengar una remuneración vital.

Esta Corporación ha reiterado que bajo ninguna circunstancia puede existir solución de continuidad entre la terminación de la relación laboral y la iniciación del pago efectivo de la mesada pensional, ya que evidentemente la interrupción en los ingresos del pensionado afecta no solo su mínimo vital, sino también el de su familia.

42. En tal sentido, la Corte ha resaltado que el derecho a gozar plenamente de una pensión surge desde el momento en que la persona se retira y deja de devengar su salario, al entenderse que para la siguiente mensualidad percibirá el monto de la asignación reconocida por la administradora de pensiones, pues, se reitera, “no puede haber solución de continuidad entre el retiro y el acceso a la pensión”.[80]

43. En el caso del señor Flórez Arias se encuentra demostrado que Colpensiones conoció el retiro del accionante de la Procuraduría General de la Nación a partir del 1º de julio de 2017, momento desde el que tenía la obligación de incorporar su nombre en la nómina de pensionados y levantar la suspensión del pago de las mesadas.

Así, toda vez que la entidad accionada no procedió a lo propio y en consecuencia no inició el pago de la mesada pensional, encuentra la Sala de Revisión que Colpensiones también

vulneró los derechos a la seguridad social, mínimo vital y vida digna del señor Héctor Raúl Flórez Arias.

44. En consecuencia, la protección que invocó el accionante se encuentra justificada; y en tal medida se revocará la sentencia del 7 de diciembre de 2017 proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar y, en su lugar, se concederá la protección de los derechos fundamentales al debido proceso administrativo, mínimo vital, salud, seguridad social, igualdad y dignidad humana del gestor del amparo.

Igualmente, se ordenará a la entidad accionada, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente decisión, incluya al señor HÉCTOR RAÚL FLÓREZ ARIAS en la nómina de pensionados y efectúe el pago de las mesadas pensionales adeudadas a que haya lugar.

Por último, se prevendrá a Colpensiones para que en lo sucesivo se abstengan de incurrir en los mismos hechos que dieron origen a la presente acción de tutela; así mismo, para que si presenta algún reparo frente a su propio acto de reconocimiento, acuda a la jurisdicción competente con el fin de resolver la situación, lo cual no implica que pueda suspender motu proprio el pago de las mesadas pensionales, salvo que exista una orden judicial ejecutoriada que así lo ordene.

Ítem Final

45. El 16 de agosto de 2018, después de haber sido registrado en el presente asunto el proyecto de sentencia para su correspondiente estudio por la Sala de Revisión, se allegó al Despacho del Magistrado Sustanciador comunicación del Director de Acciones Constitucionales de Colpensiones, mediante la cual indicó que tras una nueva revisión de la prestación a favor del actor, se había encontrado que este efectivamente cumplía con el cálculo de rentabilidad exigido para conservar el régimen de transición.

Por tal motivo, adujo que la entidad procedió a revocar el auto de pruebas nº. APSUB 3368 del 30 de agosto de 2017,[81]ya que el reconocimiento pensional sí se había estudiado conforme a derecho y no había lugar a iniciar la acción de lesividad. De ahí que solicitó la declaratoria de carencia actual de objeto por hecho superado.

Para constancia de lo anterior, aportó copia de la Resolución nº. SUB 206229 del 02 de agosto de 2018, en la que se resuelve revocar integralmente el referido auto de pruebas e informar a la Dirección de Nómina de Pensionados que la prestación debe continuar pagándose en los mismos términos y cuantías en que venía siendo percibida.[82]

Por su parte, el señor Flórez Arias también remitió un escrito a esta Corporación a través del cual explicó que había sido notificado de la Resolución nº. SUB 206229; sin embargo, señaló que a pesar de la reciente actuación de Colpensiones, esta había vulnerado sus derechos fundamentales al abstenerse de pagar la pensión durante 5 meses, situación que le generó numerosos perjuicios.[83]

46. Pues bien, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el hecho superado se configura cuando entre el momento de la interposición de la acción de tutela y el fallo, la entidad accionada repara la vulneración del derecho dentro del contexto de lo pedido en la solicitud de amparo, situación que autoriza al juez a prescindir de orden.[84]

47. En el presente caso, el pensionado pretendía que se ordenara a Colpensiones realizar su inmediata inclusión en nómina, así como pagar las mesadas pensionales que le fueran adeudadas, acción no ejecutada de manera deliberada por la accionada al considerar que el actor no cumplía los requisitos para encontrarse pensionado.

Ergo, la Sala apreció que el objeto de la acción de tutela era determinar si Colpensiones vulneraba los derechos fundamentales del señor Flórez Arias al debido proceso administrativo, la seguridad social y el mínimo vital al abstenerse de incluirlo en nómina y efectuar los respectivos pagos, pese a haberle reconocido previamente su estatus pensional y encontrarse en firme dicha decisión; por esta razón, no encontró relevante verificar si el actor era beneficiario del régimen de transición, si lo había perdido por su traslado del RPMPD al RAIS o si el referido cálculo de rentabilidad -señalado por Colpensiones como condición sine qua non para conservar la transición normativa- ciertamente le era exigible, pues dichas consideraciones habían sido definidas en el acto de reconocimiento pensional y, en tal medida, existe en cabeza del accionante un derecho consolidado o adquirido, el cual no podía ser desconocido por la entidad ni por este Tribunal Constitucional.

48. Siendo así, en el asunto bajo examen no se aprecia que se configure un hecho superado, ya que el objeto de la acción se limitó a establecer si Colpensiones se encontraba

habilitada para abstenerse de incluir en nómina de pensionados al actor, o si por el contrario, la referida omisión trasgredía los derechos fundamentales invocados, por lo cual, no se estudió si el peticionario cumplía los requisitos para ser pensionado; luego, el que la administradora de pensiones señale a último momento que el actor sí contaba con el cálculo de rentabilidad y, en consecuencia, la prestación se encontraba reconocida acorde a la normatividad, no implica que se haya superado o desaparecido la actuación constitutiva de la trasgresión.

49. De otro lado, la situación que se expone permite vigorizar la tesis de esta Sala en el sentido de que Colpensiones nunca debió suspender o abstenerse de realizar el pago de las mesadas pensionales a favor del actor, es decir, confirma una vez más que por su negligencia o descuido al momento de estudiar la prestación, vulneró los derechos fundamentales invocados mediante la solicitud de amparo.

Lo anterior además es muestra de la necesidad que existe en el presente asunto de que la Corte adopte una orden que resalte la falta de conformidad constitucional de la actuación de Colpensiones y que conmine a adoptar las medidas pertinentes para evitar su repetición.

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

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR la sentencia del 7 de diciembre de 2017 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar -Sala Penal-, a través de la cual se revocó el fallo de primera instancia proferido el 25 de octubre de 2017 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Valledupar y se declaró la improcedencia de la solicitud de amparo. En su lugar, CONCEDER la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y debido proceso administrativo del señor HÉCTOR RAÚL FLÓREZ ARIAS.

SEGUNDO. ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente decisión, incluya al señor HÉCTOR

RAÚL FLÓREZ ARIAS en la nómina de pensionados y efectúe el pago de las mesadas pensionales adeudadas a que haya lugar.

TERCERO. PREVENIR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones para que en lo sucesivo se abstengan de incurrir en los mismos hechos que dieron origen a la presente acción de tutela; así como para que en caso de presentar algún reparo frente a su propio acto de reconocimiento pensional, acuda a la jurisdicción competente con el fin de resolver la situación, sin suspender motu proprio el pago de las mesadas pensionales, salvo que exista una decisión judicial ejecutoriada que así lo ordene.

CUARTO. Por Secretaría General de la Corte Constitucional, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Estatutario 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase y publíquese.

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

CARLOS BERNAL PULIDO

A LA SENTENCIA T-426/18

DERECHO A LA INCLUSION EN NOMINA DE PENSIONADOS-Se debió declarar la carencia actual de objeto por hecho superado, por cuanto Colpensiones ya lo había incluido en nómina atendiendo orden de primera instancia (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente T-6.732.006

Magistrado Ponente: José Fernando Reyes Cuartas

En atención a la decisión adoptada por la Sala Octava de Revisión de Tutelas, en la sentencia dictada dentro del expediente de la referencia, presento aclaración de voto con fundamento en la siguiente consideración:

Con el acostumbrado respeto,

Fecha ut supra.

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

ALBERTO ROJAS RÍOS

A LA SENTENCIA T-426/18

DERECHO A LA INCLUSION EN NOMINA DE PENSIONADOS-Se configuró carencia actual de objeto (Aclaración de voto)

Referencia:

Expediente No. T-6.732.006.

Demandante:

Héctor Raúl Flórez Arias.

Accionado:

Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-.

Magistrado Ponente:

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

No obstante hallarme de acuerdo con el sentido de la decisión adoptada en esta oportunidad, en virtud de la cual se concedió el amparo ius-fundamental al mínimo vital, seguridad social y debido proceso administrativo invocado por el accionante, debo aclarar un aspecto específico de la valoración realizada de la situación fáctica que le dio sustento.

Al respecto, considero pertinente llamar la atención sobre la decisión objeto de aclaración que decidió conceder el amparo y ordenar a Colpensiones “incluir al señor HÉCTOR RAÚL FLÓREZ ARIAS en la nómina de pensionados y (efectuar) el pago de las mesadas pensionales adeudadas a que haya lugar”, cuestión que permite diferenciar dos situaciones vulneradoras, la primera referida a la no inclusión del actor en la nómina de pensionados y la segunda, el no pago de ciertas mesadas pensionales.

Al respecto, resulta relevante expresar que, tanto en el expediente, como en el cuerpo de la sentencia, existen elementos de juicio[85] que permiten afirmar con certeza la configuración de una carencia actual de objeto por hecho superado en relación con una de las dos situaciones vulneradoras, a saber, la inclusión en la nómina de pensionados del accionante.

Lo anterior, se deriva del contenido de la Resolución No. SUB 258311 del 15 de noviembre de 2017 expedida por la Administradora Colombiana de Pensiones, relacionada en folios 28

a 30 de la sentencia y en la cual se ordena, en el segundo numeral del apartado resolutivo, la inclusión del “señor HÉCTOR RAÚL FLÓREZ ARIAS en la nómina de pensionados y (...) el pago de las mesadas pensionales adeudadas a que haya lugar.”[86]

Por lo anterior, resultaba necesario que se hubiese declarado la mencionada carencia actual de objeto en el punto específico aquí expresado. Ello, resulta especialmente pertinente si se tiene en cuenta que, aun cuando se declare dicha carencia de objeto por hecho superado, el juez constitucional cuenta con la posibilidad de (i) abordar el tema de fondo si considera necesario pronunciarse sobre las situaciones que generaron la inicial vulneración, o bien (ii) conceder el amparo respecto de las vulneraciones que aún existan. Me refiero, en el caso concreto, a que la configuración de la situación referida no impide a la Sala: (i) llamar la atención a la Administradora Colombiana de Pensiones sobre la inclusión tardía del accionante en la nómina de pensionados y en cómo, con esta conducta, desconoció sus derechos fundamentales, al igual que (ii) ordenarle a esta entidad el pago de las mesadas pensionales dejadas de cancelar.

Con todo, a pesar de tener un criterio distinto en lo expresado, me acojo a la decisión de la mayoría, puesto que busca proteger los derechos fundamentales del ciudadano, preservando la naturaleza breve, sumaria y expedita de la acción de tutela. En estos términos dejo sentados los argumentos que sustentan mi Aclaración de Voto en esta ocasión.

Esta aclaración lleva, obviamente, mi respeto por la decisión adoptada por la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional.

Fecha ut supra,

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

[1] El día 13 de agosto de 2018, el Magistrado Sustanciador registró el proyecto de la sentencia de la referencia, para su correspondiente estudio por la Sala de Revisión.

[2] Nació el 11 de julio de 1956.

[3] Indicando además que la prestación sería incluida en nómina cuando allegara el acto administrativo de retiro.

[4] Resuelven los recursos de reposición y apelación respectivamente.

[5] Folio 23, cuaderno de instancia.

[6] Dichas resoluciones fueron expedidas con ocasión de nueva solicitud de reliquidación de la pensión de vejez que efectuara el accionante, al indicar que por ser beneficiario del régimen de transición también se le debía aplicar la norma anterior respecto del ingreso base de liquidación.

[7] Por medio de la cual se decretan pruebas y se da inicio a un trámite de revocatoria directa del acto administrativo que reconoce la pensión de vejez.

[8] Regresando a Colpensiones en el año 2002.

[9] A la fecha de expedición de la mencionada resolución tenía 61 años de edad.

[10] Refirió que es padre de 5 hijos de 10, 12, 14, 19 y 21 años, los cuales dependen de él económicamente. Los dos mayores de edad asisten a la Universidad.

[11] Para quienes al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 tenían 15 años o más de servicios, el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no implica la pérdida de las prerrogativas de Régimen de Transición.

[12] Cfr. nota al pie nº. 8.

[13] En el señalado auto se solicitó la siguiente información: “a Colpensiones informar a esta Corporación: i) si incluyó en la nómina de pensionados al señor Héctor Raúl Flórez Arias, ii) si revocó unilateralmente la resolución de reconocimiento de la pensión de vejez del accionante, iii) si efectivamente acudió a la Jurisdicción Contencioso Administrativa a efectos de demandar su propio acto de reconocimiento de la pensión de vejez (acción de lesividad). Igualmente, se le requerirá con el objeto de que señale iv) a qué administradora de fondos de pensiones se encontraba vinculado el señor Héctor Raúl Flórez Arias, como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad llevado a cabo

durante el período comprendido entre el 1º de julio de 1997 y el 31 de marzo de 2002. //Así mismo, Colpensiones deberá allegar copia de la actuación administrativa que sustenta el trámite de reclamación de la pensión de vejez del señor Flórez Arias, incluida la historia laboral detallada del actor. // 4. Por otro lado, también se solicitará al accionante informar a este Tribunal Constitucional: i) a qué administradora de fondos de pensiones se encontraba vinculado como consecuencia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad que efectuó en el año 1997; por último, deberá señalar ii) si fue incluido en nómina de pensionados o, iii) si actualmente se encuentra laborando, cuál son sus ingresos y egresos mensuales, si tiene personas a cargo y cuál es su actual situación financiera”.

[14] Acto administrativo denominado por la entidad “auto de pruebas”.

[15] Artículo 86 de la Constitución.

[16] “Artículo 10º. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.// También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.// También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.”

[17] Sentencia T-683 de 2017.

[18] Sentencia T-019 de 2018.

[19] Que declaró la inexecutable del artículo 11 del Decreto Estatuario 2591 de 1991. Dicha norma disponía: “Caducidad. La acción de tutela podrá ejercerse en todo tiempo salvo la dirigida contra sentencias o providencias judiciales que pongan fin a un proceso, la cual caducará a los dos meses de ejecutoriada la providencia correspondiente.”

[20] Sentencia T-245 de 2018.

[21] Sentencia SU-961 de 1999 y T-243 de 2008; reiteradas, entre otras T-246 de 2015.

[22] Sentencia T-019 de 2018.

[23] Sentencia T-080 de 2018.

[24] Ibídem.

[25] Sentencia T-245 de 2018.

[26] Sentencia T-079 de 2016, reiterada en la sentencia T-090 de 2018.

[27] Sentencia T-482 de 2015.

[29] Sentencia T-482 de 2015.

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

[31] Sentencia T-721 de 2012.

[32] SU-856 de 2013.

[33] Sentencia T-209 de 1995, haciendo referencia a lo establecido en la sentencia T-135 de 1993.

[34] “También ha dicho que es procedente la acción de tutela para la inclusión en nómina de pensionados, cuando la entidad ha omitido hacerlo a pesar de que ha reconocido el derecho al administrado. En las sentencias T-135 de 1993 y T-209 de 1995, ambas del doctor Alejandro Martínez Caballero, y T-333 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, la Corte tuteló los derechos de los demandantes, pues, estaba demostrado que se comprometía el mínimo vital con esta omisión. Además, se trataba de, en uno de los casos, de una persona disminuida física, y, en los otros dos, eran personas de la tercera edad. En la sentencia T-333, la Corte concedió la tutela como mecanismo transitorio.”. Sentencia T-204 de 1999.

[35] Cfr. Sentencias T- 948 de 2009 y T-007 de 2010.

[36] Sentencia T-686 de 2012.

[37] Cfr. Sentencia T-546 de 1992.

[38] Ver sentencias T-1141 de 2005 y T-798 de 2006.

[39] Sentencias T-518 de 2010 y T686 de 2012.

[40] Sentencia T-920 de 2012.

[41] Sentencias T-920 de 2009, T-686 de 2012 y T-280 de 2015, entre otras.

[42] Sentencia T-686 de 2012.

[43] Sentencia T-280 de 2015.

[44] Ley 797 de 2003, artículo 9: “El artículo 33 de la Ley 100 quedará así: (...) // PARÁGRAFO 3o. Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.// “Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel. // Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones.”

[45] Sentencia T-865 de 2009.

[46] Sentencia T-552 de 2012.

[47] En la Sentencia T-982 de 2014, la Corte señaló que este derecho es una derivación del principio de legalidad, según el cual toda competencia ejercida por las autoridades públicas debe estar previamente señalada en la ley.

[48] Citando las sentencias T-442 de 1992 y C-980 de 2010.

[49] Sentencia T-796 de 2006.

[50] Sentencia T-1083 de 2004.

[51] Sentencia T-855 de 2011.

[52] Sentencia T-058 de 2017.

[53] En la sentencia además se destacó que “la obligación de la administración de demandar los actos administrativos, a pesar de considerarse ilegales, se estipuló de manera específica en el actual código, a través del cual se pretendió actualizar los postulados legales a los constitucionales. Anteriormente, en vigencia del Decreto 01 de 1984, un acto administrativo ostensiblemente ilegal podía dejarse sin efectos sin acudir al proceso contencioso.”

[54] Sentencia C-835 de 2003.

[55] Ibídem.

[57] En la sentencia C-835 de 2003 se hizo énfasis en que: “la manifiesta ilegalidad, tanto de las conductas reprochadas como de los medios utilizados para acceder a la prestación económica que se cuestione, debe probarse plenamente en el procedimiento administrativo que contemplan las prenotadas disposiciones, para lo cual el titular del derecho prestacional o sus causahabientes deberán contar con todas las garantías que inspiran el debido proceso en sede administrativa, destacándose el respeto y acatamiento, entre otros, de los principios de la necesidad de la prueba, de la publicidad y la contradicción; y por supuesto, imponiéndose el respeto y acatamiento que ameritan los términos preclusivos con que cuenta el funcionario competente para adelantar y resolver cada etapa o lapso procedimental. Así, la decisión revocatoria, en tanto acto reglado que es, deberá sustentarse en una ritualidad sin vicios y en una fundamentación probatoria real, objetiva y trascendente, en la cual confluyan de manera evidente todos los elementos de juicio que llevaron al convencimiento del funcionario competente para resolver”.

[58] Se reseña un anterior pronunciamiento de esta Sala de Revisión, contenido en la sentencia T-018 de 2018.

[59] Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

[60] Sentencia T-037 de 2017, en reiteración de la sentencia T-893 de 2013.

[61] Sentencia T-125 de 2018.

[62] Fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

[63] Sentencia T-125 de 2018.

[64] “Artículo 13: Características del sistema general de pensiones. Reglamentado por el Decreto Nacional 3995 de 2008, Reglamentado por el Decreto Nacional 1051 de 2014. El sistema general de pensiones tendrá las siguientes características: (...) f) Para 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; (...)”

[65] “Artículo 33: Modificado por el art. 9, Ley 797 de 2003 Requisitos para obtener la pensión de vejez. Para tener derecho a la pensión de vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones: //1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o sesenta (60) años de edad si es hombre. //Haber cotizado un mínimo de mil (1.000) semanas en cualquier tiempo. //PARAGRAFO. 1º- Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 1887 de 1994. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, y en concordancia con lo establecido en el literal f) del artículo 13 se tendrá en cuenta: a) El número de semanas cotizadas en cualesquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones; //b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados; //c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre que la vinculación laboral se encuentre vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la presente ley; //d) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión (...)”.

[66] Sentencia C-596 de 1997.

[67] Del 30 de agosto de 2017.

[68] Ley 1437 de 2011: “ARTÍCULO 75. IMPROCEDENCIA. No habrá recurso contra los actos

de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa.”

[69] Ley 1437 de 2011: “ARTÍCULO 40. PRUEBAS. Durante la actuación administrativa y hasta antes de que se profiera la decisión de fondo se podrán aportar, pedir y practicar pruebas de oficio o a petición del interesado sin requisitos especiales. Contra el acto que decida la solicitud de pruebas no proceden recursos. El interesado contará con la oportunidad de controvertir las pruebas aportadas o practicadas dentro de la actuación, antes de que se dicte una decisión de fondo.” Resaltado fuera del original.

[70] 1º de abril de 1994.

[71] Según lo expuesto en los actos administrativos que estudian el reconocimiento pensional, el actor cotizó entre el 14 de julio de 1975 y el 10 de marzo de 1996 aproximadamente 20 años, 8 meses y 27 días, es decir, contaba con alrededor de 1075 semanas cotizadas.

[72] El cual se hizo efectivo a partir del 1º de mayo de 2002. La AFP Porvenir refirió haber traslado todos los aportes a Colpensiones.

[73] También se aprecian períodos cotizados a la Rama Judicial.

[74] El régimen anterior corresponde al establecido en el Decreto 546 de 1971 (por el cual se establece el régimen de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público). La administradora de pensiones señaló que a pesar de que el accionante se había trasladado del RPMPD al RAIS y de nuevo había regresado al RPMPD, conservaba los beneficios del régimen de transición de conformidad con lo estipulado en la Circular Interna nº. 08 de 2014.

[75] Siguiendo el precedente Constitucional establecido en las sentencias C-789 de 2002, C-754 de 2004, C-1024 de 2004, SU-062 de 2010, SU-130 de 2013 y SU-856 de 2013, Colpensiones refirió que quienes se hubieren trasladado al RAIS y posteriormente regresaran al RPMPD conservarían el régimen de transición si tenían al menos 15 años de servicios al 1º de abril de 1994 (fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993) y acreditaban el cálculo de rentabilidad; concretamente, la entidad adujo que el actor no

contaba con la mencionada rentabilidad. En efecto, el señalado precedente ha establecido que quienes se encuentren en el anterior supuesto no quedarán excluidos de la transición si cumplen los siguientes requisitos: (i) afiliados con 15 o más años de servicios al 1º de abril de 1994; (ii) traslado de todo el ahorro efectuado en el RAIS; (iii) equivalencia entre el ahorro que se efectuó en el RAIS y el que se hubiere podido realizar en el RPMPD; no obstante, de existir diferencia de dichos ahorros, la misma se superará con la rentabilidad de los aportes en el RAIS. Sobre este último requisito, la Corte precisó que la efectividad del derecho a cambiar de régimen pensional depende de que este pueda ser ejercido sin trabas insalvables, como aquella consistente en impedir que el interesado aporte voluntariamente los recursos adicionales en el caso de que el ahorro sea inferior; en tal sentido, explicó que a los beneficiarios del régimen de transición no se les puede impedir su retorno al RPMPD por el incumplimiento del requisito de rentabilidad, sin ofrecerles la posibilidad de que aporten la diferencia entre lo ahorrado en el RAIS y el monto legal correspondiente con el que contarían de haber permanecido en el RPMPD.

[76] Por el cual se reglamenta el inciso 1º del párrafo 3º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

[77] Por medio de la cual esta Corporación declaró la exequibilidad condicionada del inciso 1º del párrafo 3º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 con el fin de garantizar que no haya solución de continuidad entre la fecha del retiro y la fecha en que efectivamente se comienza a disfrutar de la pensión.

[78] Revocación de Actos de Carácter Particular y Concreto.

[79] Lo cual conlleva la revocatoria implícita de la pensión.

[80] Sentencia T-280 de 2015. La Corte precisó que: “surgen desde el momento en el que se pone n su conocimiento esta situación: (i) en primer lugar, se debe incluir inmediatamente en la nómina de pensionados a la persona que se sabe se retiró del servicio y (ii) en segundo lugar, se deberán reconocer retroactivamente las mesadas pensionales contadas desde la fecha en que se hizo efectivo el retiro del afiliado.”

[81] Por medio del cual se solicitaba la autorización del afiliado para la revocatoria directa de la resolución de reconocimiento pensional.

[82] Folios 66 a 72, cuaderno de revisión.

[83] Folio 74 a 81, cuaderno de revisión.

[84] Sentencias T-185 de 2018 y T-011 de 2016.

[85] Lo cual se deriva de la Resolución No. SUB 258311 del 15 de noviembre del 2017, relacionada en la Sentencia en folios 28 a 30.

[86] Citada en comunicación allegada por parte de Colpensiones durante el trámite de revisión.