

ACCIÓN DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN DE VEJEZ-Periodos laborados y no cotizados al Seguro Social, no son computables a efectos de reconocer la prestación

(...), la Corte Constitucional no tiene estructurada una regla general que regule el deber de aprovisionamiento que tenían los empleadores antes de la entrada en vigor de la ley 100 de 1993 y, en particular, antes del 1º de enero de 1967, fecha en el que el Instituto de Seguros Sociales hizo el llamamiento a los empleadores para que coticen al sistema de seguridad social y por consiguiente, se inició la cobertura por parte del ISS de los riesgos de invalidez, vejez y muerte en los distintos departamentos, en los que estaba el lugar donde trabajó el accionante. Sin embargo, al realizar una lectura de los pronunciamientos de Sala Plena sobre la exequibilidad del artículo 33 de la citada ley, consultar la necesidad de proteger la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social ordenada por la constitución y distinguir entre las situaciones jurídicas consolidadas y las meras expectativas, esta Sala considera que, por regla general, no es posible afirmar que los empleadores tuviesen una obligación legal de cotizar antes del llamamiento por parte del Instituto de Seguros Sociales a hacerlo.

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PRESTACIONES PENSIONALES-Procedencia excepcional

A fin de determinar si se cumple ... el requisito de subsidiariedad en asuntos relacionados con el reconocimiento y pago de prestaciones pensionales, conviene al juez constitucional valorar, entre otras cosas: (i) la edad del accionante; (ii) su estado de salud y las condiciones de vulnerabilidad en las que pueda encontrarse; (iii) la composición de su núcleo familiar; (iv) las circunstancias económicas que lo rodean; (v) el agotamiento de cierta actividad administrativa y judicial tendiente a obtener el reconocimiento del derecho; (vi) el tiempo transcurrido entre la primera solicitud y el momento de interposición del amparo constitucional; (vii) el grado de formación escolar del actor y el posible conocimiento que tenga sobre la defensa de sus derechos; y (viii) un cierto nivel de convicción sobre la titularidad de las prestaciones reclamadas.

SISTEMA DE PENSIONES EN COLOMBIA-Desarrollo de la seguridad social

DEBER LEGAL DE APROVISIONAMIENTO-Alcance del literal c del párrafo 1º, artículo 33 de la Ley 100 de 1993, según sentencia C-506-01

ACUMULACION DE TIEMPOS DE SERVICIOS PRESTADOS Y DEBER DE APROVISIONAMIENTO DE LOS EMPLEADORES-Jurisprudencia constitucional

ACUMULACION DE TIEMPOS DE SERVICIOS PRESTADOS Y DEBER DE APROVISIONAMIENTO DE LOS EMPLEADORES-Posición de la Corte Suprema de Justicia

PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA PENSIONAL-Finalidad

DERECHO AL RECONOCIMIENTO PENSIONAL-Regla general de incompatibilidad entre prestaciones del Sistema de Seguridad Social

DERECHO AL RECONOCIMIENTO PENSIONAL-Excepciones a la regla general de incompatibilidad entre prestaciones del Sistema de Seguridad Social (pensión de vejez)

(...), se tiene que: (i) el Decreto 1730 de 2001 y la ley 100 de 1993 prohíben la simultaneidad entre una pensión de vejez y una indemnización sustitutiva o una devolución de saldos. Sin embargo, (ii) el reconocimiento de una indemnización sustitutiva de vejez o una devolución de saldos no es impedimento absoluto para que los fondos pensionales estudien nuevamente solicitudes pensionales de vejez. En consecuencia, (iii) es posible que a un afiliado al que se le reconoció una indemnización sustitutiva de vejez o una devolución de saldos, acceda posteriormente a una pensión de vejez, solo si su situación se encuadra en alguno de los tres supuestos desarrollados por la jurisprudencia y la ley: (a) el afiliado causó el derecho pensional antes de que se reconociera la indemnización; (b) el fondo pensional empleó un requisito inconstitucional o una norma sustantiva inaplicable al momento de realizar el estudio pensional; y (c) el afiliado siguió cotizando al sistema después del reconocimiento de la indemnización hasta cumplir con los requisitos para acceder a la pensión. En esta última situación, si el afiliado cobró la indemnización no se tendrán en cuenta las semanas que le fueron pagadas en dicha prestación; pero, sí decidió no cobrarla, podrán tenerse en cuenta en el cálculo de las semanas para el reconocimiento de la pensión.

Referencia: Expediente T-8.158.987

Acción de tutela interpuesta por Luis Ángel Marín Murillo en contra de la Administradora

Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

Magistrado ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá D.C., diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Paola Andrea Meneses Mosquera, y los magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo y Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión de los fallos proferidos por los Juzgados Quinto Penal del Circuito de Manizales en primera instancia, y la Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales en segunda, dentro de la acción de tutela presentada por el señor Luis Ángel Marín Murillo (en adelante, “LAMM” y/o “accionante”) en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones (en adelante, “Colpensiones” y/o “accionada”).

I. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA DE TUTELA

1. El 3 de noviembre de 2020, LAMM interpuso acción de tutela en contra de Colpensiones. Afirmó que la entidad está vulnerando sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital, al negar el reconocimiento de su pensión de vejez. Indicó que existe una incongruencia en los registros de semanas cotizadas dentro de su historia laboral, pues, aunque debería reflejar un total de 1071 semanas, solo registra 682.86. Explicó que, entre el 9 de julio de 1959 y el 30 de enero de 1980, laboró en la empresa “Tejidos Única S.A.”, por lo

que considera que la entidad vulneró sus derechos fundamentales al reportar un número inferior al de las semanas reales. Asimismo, en su escrito de tutela, informó que mediante Resolución 5924 de 2004, proferida por el Instituto de Seguros Sociales Seccional Caldas (en adelante “ISS Seccional Caldas” o “ISS”), hoy Colpensiones, se le reconoció una indemnización sustitutiva de pensión de vejez.

1. En interpretación del accionante, dadas las semanas cotizadas, tendría derecho al reconocimiento de una pensión de vejez, por lo que solicita al juez constitucional que: (i) se deje sin efectos la Resolución 5924 de 2004 proferida por el ISS Seccional Caldas, en la que se le reconoció una indemnización sustitutiva de pensión de vejez y; (ii) se ordene a Colpensiones reconocer y pagar su pensión de vejez con su respectivo retroactivo, previa deducción de los emolumentos pagados por concepto de indemnización sustitutiva.

A. HECHOS RELEVANTES

1. LAMM nació el 8 de enero de 1936. En la actualidad tiene 86 años y considera que “no se encuentra en condiciones de laborar”¹. Señaló no estar en “condiciones económicas indignas”² pero que no obtiene ningún tipo de renta y sobrevive de “la caridad de las personas de buen corazón y conocidos”³ que le ayudan.

1. Señaló que ha realizado múltiples trámites ante Colpensiones con el fin de obtener el reconocimiento de la pensión de vejez a la que considera tener derecho, pero la entidad “no procede [a]l estudio de [la] solicitud, toda vez que se [le] asignó un irrisorio reconocimiento de indemnización sus[titu]tiva en el año 2004”⁷. Al estudiar el expediente, se encontraron aportadas las siguientes peticiones anteriores al día que instauró la acción de tutela:

i. El 29 de noviembre de 1995, LAMM solicitó ante el ISS Seccional Caldas, el reconocimiento y pago de una pensión de vejez con base en el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990. Sin embargo, la entidad decidió negar la solicitud mediante la Resolución 2891 de 19968, debido a la falta de semanas exigidas por la ley para acceder a la prestación. LAMM interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación en contra de la mencionada resolución, los cuales fueron resueltos de manera desfavorable así: el recurso de reposición a través de la Resolución 6309 del 19 de noviembre de 19969; y el recurso de apelación en la Resolución 0299 del 10 de febrero de 199710.

i. El 8 de agosto del 2000, LAMM elevó petición ante el Jefe de Nómina de Pensionados del ISS Seccional Caldas con el fin de que se le entregara copia de los folios que conforman su expediente, ya que iba a “promover acción de orden laboral” en contra de la entidad11.

i. El 9 de junio de 2004, LAMM formuló una nueva petición con el fin de que se le informara sobre el valor de la “indemnización por vejez” a la que “tiene derecho”12. En su momento, el ISS Seccional Caldas citó a LAMM para que aportara los documentos necesarios para dar trámite a la solicitud de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en los que se encontró una declaración de LAMM en la que señaló su imposibilidad para seguir cotizando al régimen de seguridad social en pensiones. Posteriormente, con base en la solicitud tramitada por el accionante, se le reconoció y pagó la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a través de la Resolución 5924 del 24 de noviembre de 200413.

i. El 5 de octubre de 201514, 2 de junio de 201615, 5 de octubre de 201616 y 14 de marzo de 201717, LAMM solicitó a Colpensiones copia y corrección de su historia laboral.

1. El 3 de noviembre de 2020, LAMM interpuso la acción de tutela objeto de revisión, a nombre propio y en contra de Colpensiones. Consideró vulnerados sus derechos fundamentales a la seguridad social y mínimo vital por parte de la entidad, por lo que pretende que: (i) se le reconozca la pensión de vejez “inmediatamente”; (ii) se le pague el retroactivo pensional desde el momento que se configuró la pensión; y (iii) se le deduzca del retroactivo el monto pagado en virtud de la Resolución 5924 del 01 de enero de 2004, por concepto de indemnización sustitutiva de pensión de vejez.

1. Después de la acción de tutela, el accionante elevó las siguientes peticiones ante Colpensiones:

i. El 8 de febrero y 17 de marzo de 2021, LAMM nuevamente solicitó el reconocimiento de una pensión de vejez. Mediante Resolución SUB-97873 del 26 de abril de 2021¹⁸, la accionada negó la solicitud debido a la falta de acreditación de semanas cotizadas¹⁹.

i. El 18 de junio de 2021, el accionante solicitó revocatoria directa de la citada resolución, pero a través de la Resolución SUB-182843 del 5 de agosto de 2021²⁰, Colpensiones decidió no acceder a lo pedido.

A. RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

1. El 11 de mayo de 2020, Colpensiones solicitó declarar la improcedencia de la acción, al considerar que no se cumplió con el requisito de inmediatez y no existe un perjuicio irremediable que permita su procedencia. En su criterio, (i) “no se cumple con la condición de inmediatez, toda vez que ha transcurrido un plazo irrazonable desde la única petición que se presentó”²¹, y en el asunto objeto de estudio “no obra prueba, siquiera sumaria, que

demuestre la razón por la cual el actor no había acudido a la acción de tutela”²². De igual manera, indicó que para esa fecha, el accionante no había solicitado recientemente algún trámite de corrección de historial laboral o de reconocimiento pensional. Concluyó al afirmar que una decisión de fondo acerca de las pretensiones del accionante excedería las competencias del juez constitucional e invadiría “la órbita del juez ordinario y su autodomínio”²³.

A. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

Primera instancia: Sentencia proferida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Manizales, el 18 de noviembre de 2020²⁴

1. El 18 de noviembre de 2020, el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Manizales declaró improcedente la acción de tutela. Sustentó su decisión en tres argumentos: primero, el accionante registra como de su propiedad tres bienes inmuebles en el municipio de Manizales, por lo que se infiere que posee capacidad económica para garantizar su mínimo vital y no se encuentra en situación de vulnerabilidad. Segundo, no se cumplió con el requisito de subsidiariedad, ya que el accionante no presentó una solicitud formal de reconocimiento y pago de la pensión de vejez ante Colpensiones. Por último, tampoco se cumplió con el presupuesto de inmediatez de la acción, en la medida en que el tutelante no justificó por qué esperó hasta el año 2020 para acudir a la acción de tutela, cuando afirmó haber acreditado los requisitos para acceder a la pensión de vejez desde 1996.

Impugnación²⁵

1. El 23 de noviembre de 2020, LAMM impugnó la sentencia de primera instancia. Sostuvo que, por ser un adulto mayor de 84 años, merecía un trato preferencial y una protección especial para no sufrir un perjuicio irremediable respecto de los derechos adquiridos en sus años de trabajo. Además, afirmó que presentó múltiples solicitudes a Colpensiones con el fin de que se corrigiera su historia laboral y se le reconociera una pensión de vejez. Frente a los

inmuebles que posee, aseveró estar en insolvencia por lo que estos han sido embargados y/o vendidos.

1. En consecuencia, solicitó revocar el fallo de primera instancia y en su lugar, ordenar a Colpensiones reconocer la pensión de vejez a su favor y pagar el respectivo retroactivo pensional.

Segunda instancia: Sentencia proferida por la Sala Penal de decisión del Tribunal Superior de Manizales, el 21 de enero de 2021²⁶

1. El 21 de enero de 2021, la Sala Penal de decisión del Tribunal Superior de Manizales confirmó la sentencia de primera instancia. Compartió la conclusión del a quo en torno a la ausencia de vulneración a los derechos a la seguridad social o al mínimo vital del accionante, y destacó la inexistencia de razones que explicaran el por qué el accionante dejó pasar el tiempo para poder acudir a la jurisdicción ordinaria. De otro lado, el tribunal destacó que el accionante recibió hace más de quince años una prestación que sustituye pensión que reclamaba, por lo que el acceso a las prestaciones propias del sistema de seguridad social ya se satisfizo.

A. ACTUACIONES ADELANTADAS ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y PRUEBAS RECAUDADAS EN SEDE DE REVISIÓN

1. Por medio de auto del 31 de mayo de 2021, la Sala de Selección de Tutelas Número Cinco dispuso la selección del presente asunto para su revisión, correspondiendo su sustanciación a la Sala Tercera de Revisión, presidida por el magistrado Alejandro Linares Cantillo.

1. El 27 de julio de 2021, el magistrado sustanciador expidió auto de pruebas con el fin de

obtener elementos de juicio relevantes para definir la presente controversia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 del Acuerdo 02 de 2015. Las pruebas decretadas fueron las siguientes:

“PRIMERO-. Por Secretaría General, OFICIAR al señor Luis Ángel Marín Murillo, para que dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al recibo de la comunicación del presente auto, se sirva informar a este despacho:

a. ¿Ha adelantado alguna gestión ante Colpensiones para la obtención de la pensión de vejez? En caso afirmativo, informe cuáles y en qué estado se encuentran. En caso negativo, explique los motivos por los cuales no ha acudido a la entidad.

b. ¿Ha adelantado alguna gestión para la obtención de la pensión por la vía de la justicia ordinaria laboral? En caso afirmativo, informe en qué estado se encuentran. Y, en caso negativo, explique los motivos por los cuales no ha acudido a dicha jurisdicción.

c. ¿Cuál es su estado actual de salud? Remita los soportes correspondientes, tales como historia clínica, exámenes, entre otros.

d. ¿Cómo está compuesto su núcleo familiar? ¿Cuál es su situación económica? ¿Tiene en la actualidad alguna persona a su cargo?

e. ¿Cuenta con algún ingreso fijo mensual? De ser así, indique: ¿Cuál es el valor de dicho rubro? De igual manera, explique: ¿A cuánto ascienden sus gastos mensuales? De no contar con un ingreso mensual, ¿de qué forma está supliendo sus necesidades?

f. ¿Es beneficiario de algún tipo de subsidio? En caso afirmativo, informe qué tipo de subsidio recibe.

g. ¿De qué forma ha suplido sus necesidades económicas entre el 30 de enero 1980, fecha en que terminó su relación laboral, y el momento en el que interpuso la acción de tutela, el 3 de noviembre de 2020?

h. Si existe alguna justificación para no haber solicitado previamente, por vías judiciales o administrativas, la pensión a que se refiere la presente acción de tutela.

i. La situación de los siguientes inmuebles que aparecen a su nombre en el Índice de Propietarios de la Superintendencia de Notariado y Registro:

Oficina

Matrícula

Dirección

100

218062

Carrera 6 N° 16ª-89 Barrio Bellavista – “Edificio Luis Ángel” P.H. – Apartamento 101

100

123421

Lote 2

100

218061

Carrera 6 N° 16ª-89 Barrio Bellavista – “Edificio Luis Ángel” P.H. – Apartamento 101

Se solicita explicar cuál es la destinación de cada uno de ellos, si recibe algún valor o renta por su uso o por su explotación económica, si tienen procesos judiciales en su contra y en caso tal, cuál es el estado de estos procesos.

SEGUNDO-. Por Secretaría General, OFICIAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, para que dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al recibo de la comunicación del presente auto, se sirva informar a este despacho:

a. ¿Actualmente el señor Luis Ángel Murillo Marín es beneficiario de alguna pensión? En caso afirmativo, informe desde cuándo y cuánto es valor de la mesada correspondiente.

b. ¿El señor Luis Ángel Marín Murillo ha adelantado alguna solicitud ante la entidad para la obtención de pensión de vejez? Sí la respuesta es afirmativa, anexar copia de la solicitud y de las respuestas emitidas por la entidad.

c. ¿Cuál fue el valor de la indemnización sustitutiva entregada al señor Luis Ángel Marín Murillo en la Resolución 5924 del 01 de enero de 2004, emitida por el Instituto de Seguro Social Seccional Caldas? Remitir copia de la resolución junto a cualquier otro pronunciamiento realizado por la entidad con relación al trámite de la indemnización.

d. ¿El monto reconocido por concepto de indemnización sustitutiva al señor Marín Murillo fue cobrado por él?

e. ¿Se ha iniciado algún proceso judicial en su contra, diferente al que en este momento cursa en la Corte Constitucional, por los hechos que motivaron la presentación de la acción de tutela de la referencia? En caso afirmativo, detalle cada uno de los procesos judiciales y su estado actual”.

1. El 31 de julio de 2021, LAMM dio respuesta al requerimiento de esta Sala. Informó que sí ha “adelantado todo tipo de trámite” ante Colpensiones “con el fin de lograr el reconocimiento de la pensión de vejez”, pero siempre ha “recibido negativas por parte de la entidad”. Expuso que, actualmente cursa una revocatoria directa de la resolución SUB97873 del 26 de abril de 2021, por medio de la cual Colpensiones le negó el reconocimiento de su pensión de vejez.

1. Refirió que no acudió a la jurisdicción laboral “porque el abogado al cual le otorgue (sic) el poder no continuo (sic) con el proceso de reclamación de mi pensión” y no ha vuelto intentar acudir a esta jurisdicción porque “el proceso puede tardar mucho tiempo y por mi edad ya no est[á] [en] condiciones de soportar más injusticias”. Por otro lado, declaró que: (i) su estado mental es óptimo, pero por su edad le “aquejan ciertas enfermedades”; (ii) su núcleo familiar se compone de su esposa, Luisa María Serna Londoño y él; (iii) sus gastos mensuales ascienden a \$250.000 pesos y no cuenta con “un ingreso fijo mensual”; (iv) es beneficiario de

un subsidio mensual de \$35.000 que le otorga la caja de compensación Confamiliares; y (v) desde el 30 de enero de 1980 hasta la fecha, ha suplido sus necesidades “gracias a la caridad y la bendición” de su hijo Álvaro Marín.

1. Por último, sobre los tres predios que se encuentran a su nombre en el Índice de Propietarios, advirtió que: (i) El 100-218062 lo vendió para poder cancelar un embargo; (ii) también el 100-218061 lo vendió para cancelar un embargo, pero no elevó la compraventa a registro; y (iii) el 100-123421 es el “certificado matriz” de los otros dos inmuebles.

Información suministrada por Colpensiones²⁸

1. Mediante el oficio OPTB-1502/2021 del 6 de agosto de 2021, la Dirección de Acciones Constitucionales de Colpensiones dio respuesta al requerimiento. Indicó que en sus bases de datos, LAMM no tiene reconocida pensión de vejez o invalidez por parte de la entidad; pero mediante Resolución 5924 del 24 de noviembre de 2004, se le reconoció el pago de una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez por un valor de \$3.585.997. Para la liquidación de dicha indemnización, se tuvo en cuenta: (i) la manifestación de LAMM de su imposibilidad de seguir cotizando al Sistema General de Pensiones; y (ii) las 682 semanas cotizadas a esa fecha. La indemnización fue abonada a la cuenta de LAMM en el Banco AV Villas y retirada por él mismo el 4 de mayo de 2005.

1. Señaló que el accionante ha solicitado dos veces el reconocimiento y pago de una pensión de vejez: (i) el 29 de noviembre de 1995²⁹, en el que solicitó el reconocimiento de la prestación ante el extinto ISS Seccional Caldas, y (ii) el 17 de marzo de 2021, en el que solicitó lo mismo ante Colpensiones. En el oficio de contestación, la entidad aportó las siguientes resoluciones, que tienen relación con el objeto de esta acción:

i. Resolución 2891 del 28 de junio de 1996, mediante la cual el Instituto de Seguros Sociales

le negó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a LAMM por no cumplir con los requisitos exigidos por el Decreto 758 de 1990;

i. Resolución 6309 del 19 de noviembre de 1996, mediante la cual el Instituto de Seguros Sociales desató recurso de reposición donde la decisión fue confirmar la Resolución 2891 del 28 de junio de 1996;

i. Resolución 0299 del 10 de febrero de 1997, mediante la cual el Instituto de Seguros Sociales resolvió recurso de apelación, que confirmó la Resolución 2891 del 28 de junio de 1996 en su totalidad.

i. Resolución 5924 del 24 de noviembre de 2004, mediante la cual el Instituto de Seguros Sociales reconoció y pagó una indemnización sustitutiva de pensión de vejez a favor de LAMM, la cual se liquidó sobre 682 semanas cotizadas que generó una cuantía única de \$3.585.997.

i. Resolución SUB-97873 del 26 de abril de 2021, en la que Colpensiones negó el reconocimiento de una pensión de vejez a LAMM, por no acreditar el requisito de semanas cotizadas.

i. Resolución SUB-123267 del 25 de mayo de 2021, en la que Colpensiones desató el recurso de reposición interpuesto contra la resolución SUB97873 del 26 de abril de 2021. El sentido fue confirmar totalmente la resolución.

i. Resolución SUB-182843 del 5 de agosto de 2021, donde se dispuso no acceder a la

solicitud de revocatoria directa que interpuso LAMM contra la Resolución SUB-97873 del 26 de abril de 2021.

I. CONSIDERACIONES

A. COMPETENCIA

A. CUESTIÓN PREVIA – PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

1. La acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario³¹, razón por la cual solo procede excepcionalmente como mecanismo de protección definitivo en los casos que (i) el posible afectado no disponga de otro medio de defensa judicial y (ii) cuando existiendo, ese medio carece de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales. De otro lado, procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, extendiéndose la protección hasta que se produzca una decisión por parte del juez natural del asunto³².

1. Con base en lo anterior, la Sala analizará antes de abordar el estudio de fondo si, en el presente caso, la acción de tutela cumple con los requisitos de procedencia. En particular, definirá si el amparo propuesto procede para cuestionar los actos administrativos mediante los cuales, Colpensiones negó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

Procedencia de la acción de tutela – Caso concreto

1. Legitimación por activa: El artículo 86 de la Constitución y el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, permiten que la acción de tutela sea instaurada en todo momento y lugar, por cualquier persona directamente afectada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien podrá actuar por sí misma o a través de representante. En el caso concreto, LAMM está legitimado en la causa por activa, ya que ejerció la acción a nombre propio, con el fin de defender sus derechos a la seguridad social y al mínimo vital.

1. Legitimación por pasiva: Esta corporación ha señalado³³ que para satisfacer el requisito de legitimación en la causa por pasiva es necesario acreditar dos elementos: (i) que se trate de uno de los sujetos respecto de los cuales procede el amparo; y (ii) que la conducta que genera la vulneración o amenaza del derecho se pueda vincular, directa o indirectamente, con su acción u omisión. En el caso que nos ocupa, la Sala considera satisfecho el requisito, toda vez que tutela fue interpuesta contra Colpensiones, entidad acusada de haber transgredido los derechos fundamentales de LAMM por haberse negado a reconocerle y pagarle una pensión de vejez.

1. Inmediatez: El artículo 86 de la Constitución dispone que la tutela podrá ser ejercida en todo momento. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional precisó que aunque no es posible consagrar un plazo o término para su instauración³⁴ dada la vocación de la acción para ser una respuesta inmediata a una violación o amenaza del derecho, este término debe ser un tiempo prudente y razonable a partir de la existencia del hecho que amenaza o vulnera los derechos³⁵.

1. Sobre el derecho a la pensión, en la sentencia SU-567 del 2015 se resaltó su carácter imprescriptible y se indicó que “el afectado tiene derecho a reclamar lo debido en cualquier tiempo, puesto que los derechos adquiridos no pueden ser desconocidos por simples decisiones de las instituciones administradoras de pensiones, derechos que por lo demás son irrenunciables e imprescriptibles”. En consonancia con lo anterior, distintas Salas de Revisión de esta Corte han insistido que en este tipo de asuntos la vulneración es permanente en el

tiempo, por lo que la oportunidad en la presentación de la acción de tutela debe tener en cuenta que la alegada vulneración es continua y actual³⁶.

1. En el caso bajo examen, la Sala observa que la acción de tutela cumple con el requisito de inmediatez, al observar que la vulneración resulta permanente en el tiempo, debido a que lo pretendido por el accionante es un derecho imprescriptible³⁷. Acorde con los hechos, LAMM interpuso la acción de tutela el 4 de noviembre de 2020, luego de la negativa de Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez solicitada.

1. Subsidiariedad: De conformidad con los artículos 86 de la Constitución y 6° del Decreto 2591 de 1991, la tutela es improcedente si existe un mecanismo de defensa idóneo y eficaz para resolver el problema jurídico sometido a decisión y no existe el riesgo de que opere un perjuicio irremediable respecto de los derechos alegados. A esta regla general, se adicionan dos hipótesis específicas que se derivan de la articulación de los citados conceptos, conforme a las cuales: (i) el amparo es procedente de forma definitiva, si no existen medios judiciales de protección que sean idóneos y eficaces para resolver el asunto sometido a consideración del juez; y, por el contrario, (ii) es procedente de manera transitoria, en el caso en que la persona disponga de dichos medios, pero exista la posibilidad de que se configure un perjuicio irremediable³⁸, situaciones en las que la protección se extenderá hasta tanto se produzca una decisión definitiva por parte del juez ordinario.

1. En las situaciones en las que se presente obtener el reconocimiento y pago de prestaciones pensionales, esta corporación ha señalado que la regla general es que la tutela no procede para este tipo de pretensiones, debido a que (i) es un asunto supeditado al cumplimiento de unos requisitos definidos previamente en la ley; y (ii) existen otros mecanismos judiciales que permiten acceder a este reconocimiento³⁹.

1. A fin de determinar si se cumple en el caso concreto el requisito de subsidiariedad en

asuntos relacionados con el reconocimiento y pago de prestaciones pensionales, conviene al juez constitucional valorar, entre otras cosas⁴⁰: (i) la edad del accionante; (ii) su estado de salud y las condiciones de vulnerabilidad en las que pueda encontrarse; (iii) la composición de su núcleo familiar; (iv) las circunstancias económicas que lo rodean; (v) el agotamiento de cierta actividad administrativa y judicial tendiente a obtener el reconocimiento del derecho; (vi) el tiempo transcurrido entre la primera solicitud y el momento de interposición del amparo constitucional; (vii) el grado de formación escolar del actor y el posible conocimiento que tenga sobre la defensa de sus derechos; y (viii) un cierto nivel de convicción sobre la titularidad de las prestaciones reclamadas.

1. En el objeto de examen, la Sala encuentra que el mecanismo judicial principal para solucionar el caso concreto, es decir, una demanda ordinaria laboral, no resultaría un medio judicial eficaz, dadas las circunstancias particulares del tutelante.

1. En primer lugar, LAMM ostenta la calidad de sujeto de especial protección constitucional, pues tiene 86 años. Y si bien, este requisito no se supera solo por la edad del actor, al haber sobrepasado la esperanza de vida promedio de un hombre en Colombia⁴¹, es considerado como un adulto mayor⁴² y perteneciente al grupo de la “tercera edad”⁴³. Además, se encuentra en situación de vulnerabilidad por su estado de salud, puesto que en el expediente se encuentra acreditado que padece algunas patologías⁴⁴.

1. En segundo lugar, acreditó una apremiante situación económica, que es indicadora de vulnerabilidad. Si bien, en el escrito de tutela resaltó que no “se encuentr[a] en condiciones económicas indignas”⁴⁵, en los elementos recaudados en Sede de Revisión que no fueron controvertidos por Colpensiones, afirmó que (i) no cuenta con ningún ingreso fijo mensual⁴⁶; (ii) suple sus necesidades a través de “la caridad y bendición”⁴⁷ de su hijo; y (iii) se encuentra en “insolvencia económica”⁴⁸, por lo que ya no es propietario de los inmuebles que tenía registrados a su nombre en el índice de propietarios.

1. En tercer lugar, LAMM exhibió un grado mínimo de diligencia con relación a la protección de sus derechos a la seguridad social y al mínimo vital. En efecto, se demostró que adelantó un mínimo de actividades razonables encaminadas a la protección de sus derechos a la seguridad social y mínimo vital, detalladas de la siguiente forma:

i. Primer momento. El 28 de junio de 1996, el extinto ISS Seccional Caldas expidió la Resolución 2891 de 1996, mediante la cual negó la solicitud de reconocimiento de pensión de vejez interpuesta por LAMM el 29 de noviembre de 1995, debido a la falta de los requisitos exigidos en el Acuerdo 049 de 1990 para el reconocimiento de la pensión. LAMM interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación en contra de la mencionada resolución.

i. Tercer momento. El 9 de junio de 2004, LAMM interpone nueva petición con el fin de que se le informe sobre el valor de la “indemnización por vejez” a la que considera, “tiene derecho”. El ISS Seccional Caldas cita a LAMM para que aporte los documentos necesarios para dar trámite a la solicitud de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, reconocida a través de la Resolución 5924 del 24 de noviembre de 2004.

i. Otras oportunidades adicionales. El 5 de octubre de 2015, 2 de junio de 2016⁴⁹, 5 de octubre de 2016⁵⁰, 14 de marzo de 2017 y el 17 de marzo de 2021⁵¹, el accionante interpuso peticiones ante Colpensiones con dos propósitos: (i) se hiciera la corrección de su historia laboral; y (ii) se reconozca y pague una pensión de vejez. Frente a la corrección de la historia laboral, la entidad le informó que solo desde el mes de enero de 1967, es cuando se inició la cobertura de riesgos de vejez alusivos al seguro de pensión en el departamento de Caldas por parte de la entidad (antiguo ISS). Con relación al reconocimiento y pago de una pensión de vejez, Colpensiones le reiteró que no cumple con los requisitos de semanas cotizadas que exige la ley 797 de 2003 para acceder a la prestación, toda vez que en su

historia laboral se acreditan un total de 4.780 días laborados, correspondientes a 682 semanas⁵².

1. Lo anterior permite concluir a esta Sala que existió un nivel mínimo de diligencia de parte del accionante para proteger los derechos que considera vulnerados.

1. Sin embargo, surgen dos interrogantes que deben ser resueltos antes de dar por terminado el análisis en torno al cumplimiento del requisito de subsidiariedad: (i) el primero, nace a partir de la falta de acreditación de motivos para que el accionante no agotara la jurisdicción ordinaria laboral, en ninguna de las oportunidades que tuvo desde el año en que cumplió la edad para acceder a la pensión de vejez (año 1997); (ii) el segundo, se enfoca en el nivel de razonabilidad que tendría exigirle al accionante acudir en sus condiciones actuales al proceso ordinario laboral.

1. Sobre esto, resalta esta Sala que desde el año 1997 el accionante estuvo legitimado para acudir a la jurisdicción ordinaria laboral para acceder al reconocimiento de su pensión de vejez. Incluso aseveró que inició un proceso con tal propósito, pero no continuó con el mismo porque el abogado al que le otorgó el poder decidió no seguir con la reclamación de la pensión⁵³. Con todo, LAMM esperó 24 años para acudir a la tutela para que se protegieran sus derechos fundamentales a la seguridad social y el mínimo vital. A pesar de que esta circunstancia indicaría la falta de urgencia y descuido en la protección de sus derechos fundamentales⁵⁴, las condiciones actuales del accionante indican la falta de eficacia de los medios ordinarios a disposición suya, y la consecuente necesidad de entrar al fondo del asunto en sede de tutela.

1. Así, tal como se dijo anteriormente, el accionante se encuentra en un estado de vulnerabilidad al ser una persona de la tercera edad, encontrarse en una situación económica comprometida y padecer ciertos problemas de salud. En este escenario, exigirle

hoy día acudir a un proceso ante la jurisdicción ordinaria laboral implicaría una carga irrazonable, que no estaría en condiciones de soportar. En estas circunstancias, la acción de tutela es el medio más expedito que tendría LAMM para la protección de sus derechos⁵⁵. Derivado de lo anterior, la Sala considera cumplido el requisito de subsidiariedad en la presente acción de tutela, ya que en la actualidad el actor no posee otro medio judicial efectivo para la protección de los derechos que considera violentados.

A. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO, MÉTODO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN

Acorde con los fundamentos fácticos expuestos en la sección I de esta providencia, le corresponde a la Sala Tercera de Revisión determinar lo siguiente:

1. ¿Colpensiones vulneró los derechos de LAMM al mínimo vital y a la seguridad social al negarle el reconocimiento y pago de la pensión de vejez reclamada, como consecuencia de no haberle tenido en cuenta el periodo trabajado entre el 9 de julio de 1959 y el 1º de enero de 1967? Y en todo caso, ¿LAMM tiene derecho a que se le reconozca la pensión de vejez teniendo en cuenta que recibió previamente una indemnización sustitutiva?

1. Con el fin de resolver el problema jurídico planteado por la Sala, se procederá a: (i) reiterar la jurisprudencia constitucional sobre la inaplicación retroactiva del literal c del artículo 33 de la ley 100 de 1993; para luego (ii) señalar la incompatibilidad general de la pensión de vejez con la indemnización sustitutiva o devolución de saldos y sus excepciones. Después, se (iii) identificarán los requisitos para acceder a la pensión de vejez con base en la ley 100 de 1993 y la aplicación de su régimen de transición. Por último, (iv) se resolverá el caso concreto.

A. INAPLICACIÓN RETROACTIVA DEL LITERAL C DEL PARÁGRAFO 1º DEL ARTÍCULO 33 DE LA LEY 100 DE 1993. – Reiteración jurisprudencial

Breve síntesis histórica de la seguridad social antes de la ley 100 de 1993⁵⁶

1. Debido a que el sector privado no poseía un sistema de seguridad social que respondiera por las prestaciones sociales de los trabajadores, el congreso de Colombia profirió la ley 6ª de 1945 en la que se desarrolló la figura de las pensiones patronales en el sector público y privado, que obligaba a las empresas con un capital superior a un millón de pesos a reconocer y pagar la pensión de jubilación del trabajador que llegara a los 50 años de edad y cumpliera 20 años de servicios prestados -continuos o discontinuos- a un mismo empleador. Posteriormente, el Congreso emitió la ley 90 de 1946, que tenía como fin eliminar de manera progresiva, la obligación que tenía el empleador frente al pago de estas pensiones y establecer un sistema de seguridad social universal que permitiera incorporar todo el tiempo laborado por una persona.

1. Con esta ley, nació el extinto ISS, quien recibiría las cotizaciones mensuales de los empleadores y tendría a cargo, el reconocimiento de la pensión de vejez una vez se acredite un mínimo de edad y semanas cotizadas. Estas cotizaciones tenían un sistema de contribución triple: empleados, empleadores y Estado⁵⁷. Para esto, el Congreso otorgó al incipiente ISS, entre otras cosas, la potestad de regular el proceso de inscripción y pago de cotizaciones en favor. Sin embargo, la implementación del sistema no fue la mejor ya que tiempo después de la sanción de la Ley 90 de 1946, el Presidente de la República se vio obligado a regular de nuevo las pensiones patronales en el Decreto 2663 de 1950⁵⁸.

1. En vigencia de este decreto y situaciones particulares que retardaron la asunción definitiva de los riesgos de invalidez, vejez y muerte por parte del ISS, se profirieron los Decretos 1824 de 1965 y 3041 de 1966⁵⁹. Igualmente, se advirtió que, una vez el empleador estuviere obligado a ello en virtud de la iniciación del seguro social, debía pagar la cotización que correspondía a él y al empleado, descontándole a este último su proporción del salario. No obstante, estas normas no comprendieron la posibilidad de efectuar cotizaciones por periodos anteriores a la cobertura aludida para los trabajadores que llevaran menos de 10

años laborados en una empresa privada al momento en que se volvió exigible la cotización. Y, aunque las inscripciones al Instituto iniciaron el 1° de enero de 1967, por orden de su director general, quien suscribió la Resolución No. 831 de 1966 y en virtud del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 304160, nunca se estableció que por los periodos anteriores a esa fecha se debiera efectuar cotización alguna para trabajadores en esta situación.

Reiteración jurisprudencial en torno a la irretroactividad del artículo 33 de la ley 100 de 1993 en la Corte Constitucional

1. El artículo 48 de la constitución política consagra a la seguridad social como un derecho irrenunciable y un servicio público que debe garantizarse a todos los ciudadanos. El Estado deberá coordinar su prestación en los términos establecidos por la ley y con sujeción a los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad. Con el fin de materializar este servicio público, el legislador promulgó la ley que actualmente regula y organiza el Sistema de Seguridad Social en Colombia: la ley 100 de 1993. El objeto de este sistema es “garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener (...) [una] (...) calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten”⁶¹.

1. En su artículo 33⁶², se consagraron los requisitos exigidos por el sistema de seguridad social para obtener el derecho a la pensión de vejez en el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida⁶³. Tal precepto dispone que el afiliado deberá: (i) cumplir 55 años si es mujer, o 60 años si es hombre; y (ii) haber cotizado un mínimo de 1000 semanas en cualquier tiempo. Con la entrada en vigor de la ley 797 de 2003, la edad para acceder a la pensión de vejez se incrementó a 57 años para las mujeres y 62 para los hombres y un total de 1300 semanas⁶⁴.

1. El párrafo primero del citado artículo estipuló una serie de factores que deberían tenerse

en cuenta para efectuar el cómputo de las semanas exigidas para acceder a la pensión. Así, el legislador permitió que los afiliados al sistema tuvieran en cuenta en su cómputo de semanas “el tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993” 65 (subrayado fuera del texto original). En estos casos, es necesario que el empleador o la caja que antes de la ley tenía la obligación de pensionar, realicen el pago equivalente de las semanas cotizadas a la entidad administradora de pensión, a través de un cálculo actuarial regulado en el Decreto 1887 de 1994.

1. En la sentencia C-506 de 2001, la Corte declaró la exequibilidad de esta normativa y se pronunció frente a la aplicación de este artículo en las situaciones anteriores a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993. En sus consideraciones, la Corte concibió la inaplicabilidad retroactiva de dicha disposición, de manera que, con anterioridad a su vigencia, la obligación de efectuar cotizaciones por parte de los empleadores únicamente dependía de la afiliación del trabajador al sistema de seguridad social.

1. En los autos 068 de 2014 y 015A de 2018, la Sala Plena refirió que la exequibilidad del literal c del párrafo 1º del artículo 33 de la ley 100 de 1993 decidida a través de la sentencia C-506 de 2001, solo hizo tránsito a cosa juzgada relativa. En efecto, señaló que los alcances de la ratio decidendi de esta de decisión debían interpretarse con “arreglo a las normas constitucionales con base en las cuales se adelantó el control”, es decir, “a la luz de los artículos 1º, 2º, 25, 46, 48 y 53 de la Constitución y no en un juicio en torno a si la regulación entonces demandada resultaba conforme al derecho al mínimo vital”.

1. No obstante, la misma Sala reconoció que no existe una línea uniforme en la Corte sobre el deber de aprovisionamiento pensional antes de la ley 100 de 1993. En efecto, las distintas Salas de Revisión han presentado diversas posiciones al respecto y aún no existe una

sentencia de unificación que defina si existe o no esa obligación. Estas posiciones se recopilan en cuatro tesis que serán explicadas a continuación.

1. La primera tesis⁶⁶ señala que “más allá de toda duda, (...) los patronos no estaban en la obligación de cotizar por periodos anteriores al momento en que el Instituto asumiera los riesgos de IVM”⁶⁷. Por tanto, los periodos laborados antes del llamamiento no pueden ser computados a efectos de reconocer una pensión de vejez. Esto, en virtud de que en regímenes anteriores a la ley 100 de 1993, la pensión de vejez o jubilación para los trabajadores del sector privado era una mera expectativa sujeta a dos requisitos legales (que variaban según la ley aplicable al caso concreto): (i) el tiempo de servicio en la empresa y; (ii) la edad del trabajador. Y al ser una mera expectativa, el ordenamiento prevé que es susceptible de ser desconocida o alterada por leyes posteriores⁶⁸.

1. La segunda tesis⁶⁹ se sustenta en la premisa, según la cual, las empresas que no habían sido llamadas por el ISS a cotizar a favor de sus empleados tenían la obligación de aprovisionar estos recursos para reconocer a los 20 años de servicio la pensión de jubilación, conforme a las leyes 6 de 1945 y 90 de 1946.

1. La tercera tesis⁷⁰ es una posición intermedia entre la primera y la segunda. Si bien, no existía un deber de aprovisionamiento de recursos por parte del empleador, bajo los principios de equidad y solidaridad, se debe acceder al derecho pensional con el propósito que el empleado no pierda su esfuerzo laboral. Lo anterior a partir de que el juez examine si en el caso concreto, es posible exigir al empleador prestaciones adicionales en orden a conseguir que el trabajador no pierda su esfuerzo laboral y pueda acceder al derecho pensional.

1. La cuarta tesis⁷¹ parte de la base que, el deber de aprovisionamiento a cargo de los empleadores anterior a la vigencia de la ley 100 de 1993 y desarrollado en la sentencia

C-506 de 2001, era meramente accidental (obiter dicta) y, por lo tanto, no vinculante. Por consiguiente, el juez debe inaplicar por inconstitucional el literal c del artículo 33 de la ley 100 de 1993 y así, a partir de una lectura del artículo 72 de la ley 90 de 1946 de la que se concluye el deber de los empleadores de aprovisionar los recursos para eventuales reconocimientos de las pensiones de jubilación de sus trabajadores, se debe reconocer los aportes de los tiempos laborados para el estudio de la pensión de vejez.

El deber de aprovisionamiento en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia

1. Por su parte, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia desarrolló dos posiciones sobre el deber de aprovisionamiento anterior a la ley 100 de 1993. La primera⁷², reconocía que históricamente, el empleador no tenía obligación alguna ni de afiliar ni de cotizar en favor de un trabajador durante lapsos en los que, por falta de cobertura de la entidad de previsión social, no había sido obligado. Así, desde la perspectiva de esa autoridad judicial, era desatinado obligarle a responder por unos aportes que había dejado de hacer, no por capricho, sino por ausencia de prescripción legal. Este argumento sumaba fuerza con la lectura del artículo 20 del Decreto 2665 de 1988, según el cual, era inválida la afiliación de quien no había sido llamado para tal efecto.

1. La segunda⁷³ posición surge a partir de 2009 y aún sigue siendo aplicada por la Sala. Esta posición sostiene que es necesario que los tiempos trabajados, y no cotizados cuando no existía cobertura del sistema de pensiones, sean habilitados a través de un cálculo actuarial a cargo del empleador, a partir de una aplicación de los principios de universalidad, unidad, integralidad y eficiencia, constitutivos del sistema de seguridad social.

1. De otro lado, esa autoridad judicial ha admitido que hubo algunas situaciones no reguladas por el Decreto 3041 de 1966 al momento de fijar las reglas que responderían a la transición hacia las pensiones pagadas por el Seguro Social. Una de estas fue la situación de aquellos

trabajadores que contaban con menos de 10 años de servicio prestado a una misma entidad, capaz de reconocer jubilaciones, para la fecha en que tal norma entra en vigencia. En criterio de la Sala Laboral, la omisión no se traduce en la liberación de toda carga económica para el empleador, máxime cuando de la cotización que se echa de menos depende el reconocimiento del derecho pensional.

1. A modo de conclusión, luego de la revisión de la jurisprudencia constitucional, se tiene que la Corte Constitucional no tiene un criterio establecido sobre el deber de aprovisionamiento que tenían los empleadores antes de la vigencia de la ley 100 de 1993. Así, al no haberse establecido una posición vinculante para las Salas de Revisión, se entrará a pronunciarse sobre la tesis que adoptará para dar solución al caso concreto.

1. Para la Sala Tercera de Revisión, es claro que los trabajadores del sector privado que culminaron su relación laboral antes de la entrada en vigor de la ley 100 de 1993, gozaban de una simple expectativa sobre el derecho de acceder a la referida prestación económica, pues el deber de pagar la prestación estaba a cargo del empleador. Esta expectativa solo se concretaba con el cumplimiento total de los respectivos requisitos para acceder a la pensión de jubilación, por lo que la tesis a adoptar para el presente asunto será la primera, referida en el fundamento 50 de esta providencia. Sin embargo, en aquellas situaciones en las que se demuestre una apremiante afectación al mínimo vital, la presente Sala considera que puede ser viable el reconocimiento de los tiempos laborados y no cotizados que se causaron antes del llamamiento del ISS al empleador. Esto, en virtud del principio de equidad, que obliga a un mínimo de justicia material.

1. Ahora bien, frente a las demás tesis, se hace necesario exponer lo siguiente:

i. No es posible acoger la segunda, toda vez que esta confunde dos situaciones distintas: por un lado, la obligación del empleador de reconocer la pensión de jubilación a sus trabajadores

cuando se acreditaran los 20 años de servicio; y por el otro, el deber de cotización al ISS. En efecto, la Ley 90 de 1946 es clara en que la obligación de cotizar al Instituto solo surgía a partir de indicación expresa de este, por lo que no incide nada el aprovisionamiento de recursos para el reconocimiento de una pensión de jubilación;

i. Tampoco es de acogida la tercera, toda vez que el empleador de LAMM, “Tejidos Única S.A.”⁷⁴, quien no hizo parte del trámite de la acción, fue liquidada desde el 5 de diciembre de 2001 y por lo tanto, es inviable cualquier tipo de solicitud para el reconocimiento de semanas cotizadas, bajo la aplicación de los principios de solidaridad y equidad; y

i. Por último y más allá de la viabilidad del uso de la excepción de inconstitucionalidad en una norma que fue declarada exequible por la Sala Plena de esta corporación, esta Sala discrepa de la cuarta tesis desde el momento que se concluye que existe una obligación de aprovisionamiento de capital para efectos pensionales de los trabajadores antes del llamamiento del ISS a las empresas del sector privado.

1. Aunado a lo anterior, es menester señalar que de aplicarse tesis distinta a la primera, se afectaría, entre otras cosas, el principio de sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social, que permite su funcionamiento.

El principio de sostenibilidad financiera en materia pensional

1. A través del Acto Legislativo 01 de 2005 se adicionó al artículo 48 de la Constitución, la obligación del Estado de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional. La conservación de la sostenibilidad se identificó como un presupuesto material necesario para la garantía de la equidad entre los actuales beneficiarios del sistema de seguridad social y potenciales futuros favorecidos por el mismo. Sobre este asunto, la Corte señaló en la sentencia C-110 de 2019, que el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional

dependía del cumplimiento de las reglas establecidas en el Acto Legislativo 01 de 2015 y en general, en todas las normas que regulan el régimen de seguridad social. Ejemplo de estas reglas tenemos la prohibición de: “(i) la existencia de regímenes pensionales especiales o exceptuados; (ii) el cálculo de la cuantía de la pensión a partir de factores diferentes a los que sirvieron para calcular el valor de la cotización; (iii) el reconocimiento de derechos pensionales sin el cumplimiento de los requisitos legales vigentes; o (iv) el otorgamiento de pensiones por un valor superior a los 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, entre otras”⁷⁵.

1. En consecuencia, el ordenamiento jurídico vigente prohíbe el reconocimiento de derechos pensionales sin el cumplimiento de los requisitos normativos aplicables. Solo así se evita la afectación al principio de sostenibilidad financiera, lo que exige del juez constitucional revisar de manera estricta si el accionante cumple o no con los requisitos legales aplicables para acceder a la pensión de vejez.

A. INCOMPATIBILIDAD GENERAL DE LA PENSIÓN DE VEJEZ CON LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA O DEVOLUCIÓN DE SALDOS Y SUS EXCEPCIONES – Reiteración jurisprudencial

1. En el ordenamiento vigente, el derecho a la seguridad social comprende el amparo del riesgo por vejez a través de dos prestaciones diferenciadas y, en principio, excluyentes, que buscan brindar un apoyo económico a quienes cumplan los requisitos establecidos en la ley 100 de 1993⁷⁶. Así, el sistema reconoce el derecho pensional, tanto en el régimen de ahorro individual con solidaridad⁷⁷, como en el de prima media⁷⁸, pero también dispone que cuando no se logre cumplir los requisitos para el acceso al mismo, el afiliado tendrá la posibilidad de solicitar una prestación alternativa: la devolución de saldos, en el caso del ahorro individual⁷⁹, y la indemnización sustitutiva, en el caso del régimen de prima media⁸⁰.

1. Como se puede apreciar, tanto la pensión de vejez como la devolución de saldos o la

indemnización sustitutiva de vejez, resultan ser prestaciones diferenciadas, pero que cubren el mismo riesgo de vejez. De ello ha derivado una interpretación, que se verifica en el artículo 6º del Decreto 1730 del 2001⁸¹, que indica que el reconocimiento concomitante de ambas prestaciones –la pensión, por un lado, y la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos, por otro- resultaría inviable. Sin embargo, esta Corte ha sido más amplia al considerar la situación, y ha identificado escenarios en los que el reconocimiento de una indemnización no puede ser una barrera para que las administradoras de fondos pensionales estudien de fondo y, de ser procedente, reconozcan posteriormente pensiones de vejez⁸². En efecto, tanto la Corte Constitucional⁸³ como la Corte Suprema de Justicia⁸⁴ han avalado tesis que permiten el reconocimiento de una pensión de vejez, en casos en los cuales se había reconocido previamente una indemnización sustitutiva o una devolución de saldos, aceptando excepciones a la regla general de incompatibilidad entre las mencionadas prestaciones.

1. Así, para las distintas Salas de Revisión de la Corte⁸⁵, esta incompatibilidad no es absoluta. En este sentido, a la par que se reconoce la regla general de incompatibilidad derivada de la interpretación teleológica del artículo 6º del Decreto 1730 de 2000 -que refiere de manera concreta a la imposibilidad de que los aportes cotizados al sistema financien simultáneamente dos prestaciones sociales que aseguran un mismo riesgo⁸⁶-, se han identificado situaciones jurídicas particulares en las que no sería procedente aplicarla. Como resultado de lo anterior, a pesar del reconocimiento de una indemnización sustitutiva de vejez o una devolución de saldos por igual concepto a un afiliado del sistema general de pensiones, es posible que se le reconozca de manera posterior, una pensión de vejez. Sin embargo, se insiste, esta situación es excepcional y solo procedería en tres situaciones, tal como se indica a continuación:

1. El afiliado causó el derecho pensional antes de que se reconociera la indemnización sustitutiva de vejez o una devolución de saldos⁸⁷. En efecto, al momento de estudiar una solicitud de reconocimiento de pensión de vejez posterior a la existencia de una indemnización sustitutiva o una devolución de saldos, se debe analizar sí a la fecha en que se

reconoció esta última, el accionante ya había causado el derecho pensional. De ser procedente el reconocimiento de la pensión de vejez y con el fin de evitar la afectación de la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, la Corte ha ordenado en estos casos deducir de las mesadas pensionales a que se tenga derecho, el monto pagado por concepto de indemnización sustitutiva de una manera que no afecte el mínimo vital del beneficiario.

1. El fondo pensional empleó un requisito inconstitucional o una norma sustantiva inaplicable al momento de realizar el estudio pensional⁸⁸. Esta situación se da cuando el fondo pensional emplea una norma inaplicable o inconstitucional, que deriva en el reconocimiento irregular de una indemnización sustitutiva de vejez. Las administradoras de pensiones deberán estudiar las nuevas solicitudes con base en los requisitos legales aplicables al caso concreto y de ser cumplidos, se podrá reconocer la pensión de vejez. Al igual que en el primer caso, es necesario que el afiliado realice la devolución de lo pagado en la indemnización sustitutiva con el propósito de no afectar la sostenibilidad financiera del sistema.

1. El afiliado siguió cotizando después del reconocimiento de la indemnización sustitutiva y nunca cobró el monto reconocido por concepto de indemnización sustitutiva o devolución de saldos. En esta situación, existe un factor fundamental que determina el cálculo de los tiempos cotizados en los estudios pensionales posteriores al reconocimiento de la indemnización. El factor es comprobar si el beneficiario cobró o no la indemnización.

1. Así, si se demuestra que el afiliado realizó el cobro de la indemnización y de manera extraordinaria siguió cotizando al sistema general de pensiones⁸⁹, no deben tenerse en cuenta las cotizaciones reconocidas y pagadas en la indemnización sustitutiva. Esto tiene sustento en la incompatibilidad establecida en el artículo 6º del Decreto 1730 de 2001 que prohíbe que las cotizaciones consideradas en el cálculo de la indemnización sustitutiva puedan volver a ser tenidas en cuenta para algún otro efecto. Dicha regla de conducta es

aplicada también en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia⁹⁰.

1. Por el contrario, si el afiliado decidió por voluntad propia no realizar el cobro de la indemnización sustitutiva y, en su lugar, siguió cotizando al sistema hasta cumplir con los tiempos requeridos para acceder a la pensión de vejez, las semanas liquidadas en la indemnización podrán ser sumadas a la totalidad de tiempos cotizados. Esto es en razón al carácter subsidiario y residual que tiene la indemnización sustitutiva⁹¹, que ha sido desarrollado a través de la jurisprudencia de esta corporación, y a que en las disposiciones de la ley 100 de 1993 se reconocería la posibilidad del afiliado de no optar por las indemnizaciones o devoluciones, sino continuar cotizando para la obtención de su pensión⁹².

1. En conclusión, se tiene que: (i) el Decreto 1730 de 2001 y la ley 100 de 1993 prohíben la simultaneidad entre una pensión de vejez y una indemnización sustitutiva o una devolución de saldos. Sin embargo, (ii) el reconocimiento de una indemnización sustitutiva de vejez o una devolución de saldos no es impedimento absoluto para que los fondos pensionales estudien nuevamente solicitudes pensionales de vejez. En consecuencia, (iii) es posible que a un afiliado al que se le reconoció una indemnización sustitutiva de vejez o una devolución de saldos, acceda posteriormente a una pensión de vejez, solo si su situación se encuadra en alguno de los tres supuestos desarrollados por la jurisprudencia y la ley: (a) el afiliado causó el derecho pensional antes de que se reconociera la indemnización; (b) el fondo pensional empleó un requisito inconstitucional o una norma sustantiva inaplicable al momento de realizar el estudio pensional; y (c) el afiliado siguió cotizando al sistema después del reconocimiento de la indemnización hasta cumplir con los requisitos para acceder a la pensión. En esta última situación, si el afiliado cobró la indemnización no se tendrán en cuenta las semanas que le fueron pagadas en dicha prestación; pero, sí decidió no cobrarla, podrán tenerse en cuenta en el cálculo de las semanas para el reconocimiento de la pensión.

A. SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO

1. Una vez expuesto lo anterior, procede la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional a analizar si Colpensiones vulneró los derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social de LAMM, al negarle el reconocimiento y pago de una pensión de vejez por no cumplir con el requisito mínimo de semanas cotizadas que establece la ley 100 de 1993, modificada posteriormente por la ley 797 de 2003. Y, en todo caso, estudiar si es posible que LAMM se le reconozca la pensión de vejez teniendo en cuenta que recibió previamente una indemnización sustitutiva.

1. Para comenzar, esta Sala constató que en el expediente se tiene probado lo siguiente:

i. LAMM nació el 8 de enero de 1936.

ii. Desde el 9 de julio de 1959 hasta el 30 de enero de 1980⁹³, trabajó en la extinta empresa “Tejidos Única S.A.”⁹⁴.

iii. Tiene cotizadas 682 semanas en su historia laboral, comprendidas entre el 1º de enero de 1967 y el 30 de enero de 1980.

iv. El 29 de noviembre de 1995, LAMM solicitó ante el ISS Seccional Caldas, el reconocimiento y pago de una pensión de vejez al considerar que cumplía con los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990. A través de la Resolución 2891 de 1996, el ISS negó la solicitud por no cumplirse con el mínimo de semanas exigidas por la ley para acceder a la prestación.

v. El 8 de agosto del 2000, LAMM elevó nueva petición ante el ISS Seccional Caldas con el fin de que se le entregara copia de los folios que conforman su expediente, con miras a promover una “acción de orden laboral” en contra de la entidad.

vii. En 2015, 2016 y 2017, LAMM elevó solicitudes ante Colpensiones con el fin de que se hiciera la corrección de su historia laboral y se le reconociera una pensión de vejez.

viii. Hasta la fecha de la acción de tutela, LAMM no es beneficiario de una pensión de vejez.

1. Una vez analizados los hechos probados, la Sala Tercera de Revisión advierte que, en el caso concreto, Colpensiones no vulneró los derechos al mínimo vital y a la seguridad social de LAMM al negarle el reconocimiento de una pensión de vejez.

1. Lo primero a señalar y tal como se explicó, la Corte Constitucional no tiene estructurada una regla general que regule el deber de aprovisionamiento que tenían los empleadores antes de la entrada en vigor de la ley 100 de 1993 y, en particular, antes del 1º de enero de 1967, fecha en la que el Instituto de Seguros Sociales hizo el llamamiento a los empleadores para que coticen al sistema de seguridad social y por consiguiente, se inició la cobertura por parte del ISS de los riesgos de invalidez, vejez y muerte en los distintos departamentos, en los que estaba el lugar donde trabajó el accionante⁹⁵. Sin embargo, al realizar una lectura de los pronunciamientos de Sala Plena sobre la exequibilidad del artículo 33 de la citada ley, consultar la necesidad de proteger la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social ordenada por la constitución y distinguir entre las situaciones jurídicas consolidadas y las meras expectativas, esta Sala considera que, por regla general, no es posible afirmar que los empleadores tuviesen una obligación legal de cotizar antes del llamamiento por parte del Instituto de Seguros Sociales a hacerlo.

1. En efecto, la Sala Tercera de Revisión considera que la solución idónea al caso concreto de LAMM consiste en dar aplicación a lo que se denominó en las consideraciones de la presente sentencia como la “primera tesis” (ver supra, numeral 50), en la que los periodos laborados antes del llamamiento no pueden ser computados a efectos de reconocer una pensión de vejez puesto que estos solo eran una mera expectativa, que se consolidaba únicamente al cumplimiento de dos requisitos (que variaban conforme a la norma aplicable en el momento): la edad del trabajador y el tiempo laborado. Así, aunque LAMM afirmó haber trabajado desde el 9 de julio de 1959 hasta el 30 de enero de 1980, es válido que su historia laboral solo

contenga 682.86 semanas cotizadas entre el 1º de enero de 1967 y el 01 de febrero de 1980. Esto sucede porque fue hasta el 1º de enero de 1967 que el extinto ISS Seccional Caldas llamó a cotizar a las empresas del departamento, incluyendo al empleador, “Tejidos Única S.A.”, por lo que se concluye que LAMM no tiene derecho a que se le reconozca una pensión de vejez por no cumplir con los requisitos establecidos en la ley 100 de 1993 para acceder a esta prestación pensional.

1. Además, no es claro que en el presente asunto exista una apremiante afectación al mínimo vital de LAMM que permita el reconocimiento de los tiempos laborados y no cotizados que se causaron antes del llamamiento del ISS al empleador, toda vez que: (i) aun cuando refirió estar en insolvencia económica, sigue siendo propietario de al menos dos bienes inmuebles; (ii) su hijo le brinda ayuda económica para su subsistencia, cumpliendo así con el principio de solidaridad; (iii) en marzo de 2022, acudió ante los jueces civiles del circuito de Dosquebradas para interponer una demanda ejecutiva hipotecaria con una cuantía de \$165.375.000, información de libre consulta a través de la plataforma Tyba – Justicia XXI de la Rama Judicial⁹⁶.

1. Una vez dicho lo anterior y debido a que a través de la Resolución 5924 de 2004, el extinto ISS Seccional Caldas, hoy Colpensiones, le reconoció a LAMM una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, resta a la Sala analizar si en el caso concreto, estamos ante alguna de las excepciones a la regla general de incompatibilidad entre indemnización sustitutiva y pensión de vejez y en consecuencia, determinar si es posible realizar el reconocimiento de una pensión de vejez a LAMM. Para esto, se retomarán las consideraciones desarrolladas en los fundamentos jurídicos 52 y siguientes de esta decisión.

1. Primera situación: LAMM no causó el derecho pensional antes de que se reconociera la indemnización sustitutiva de vejez. El 1º de abril de 1994, día en que entró en vigencia el Régimen General de Pensiones en Colombia, LAMM tenía 58 años, por lo que conforme al artículo 36 de la ley 100 de 1993, tiene derecho a que se examine si cumple o no con los

requisitos para obtener su pensión conforme con lo dispuesto en el régimen al que se encontraba afiliado.

1. En este asunto, el régimen previsto era el regulado por el Acuerdo 049 de 1990. En su artículo 12, se exige reunir los siguientes supuestos para acceder a la pensión de vejez: (i) tener “60 años o más de edad si se es varón” y (ii) un mínimo de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de mil (1.000) semanas de cotización sufragadas en cualquier tiempo”.

1. En el caso objeto de análisis, la Sala concluye que LAMM cumplió con el requisito de la edad para acceder al reconocimiento pensional el 8 de enero de 1996, día en que cumplió los 60 años exigidos. Sin embargo, no cumplió con las semanas exigidas para acceder a la prestación pensional. Veamos:

i. En los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, esto es, desde el 8 de enero de 1976 hasta el 8 de enero de 1996, solo registra cotizadas 211 semanas de las 500 requeridas para el reconocimiento pensional.

i. Conforme a su historia laboral y la aplicación de la “primera tesis”, LAMM posee 682.86 semanas cotizadas entre el 01 de enero de 1967 y el 01 de febrero de 1980, producto de su trabajo en la empresa “Tejidos Única S.A.”, por lo que le faltarían 317,14 semanas para el cumplimiento de las 1000 semanas exigidas para la pensión.

1. En ese orden de ideas, para la Sala queda demostrado que al 24 de noviembre de 2004, día en el que el ISS Seccional Caldas le concedió y pagó una indemnización sustitutiva a

LAMM, este no cumplía con los requisitos para causar su pensión de vejez.

1. Segunda situación: El fondo pensional no empleó un requisito inconstitucional o una norma sustantiva inaplicable al momento de realizar el estudio pensional. En el asunto analizado, la Sala señala que esta excepción no se configura, toda vez que al momento de dar solución a la solicitud del reconocimiento pensional de LAMM que realizó en 1994, el extinto ISS Seccional Caldas aplicó la norma vigente de la época, es decir, el Acuerdo 049 de 1990 y, en las solicitudes más recientes, Colpensiones aplicó los requisitos legales actuales, que son los consagrados en la ley 100 de 1993.

1. Tercera situación: El afiliado siguió cotizando después del reconocimiento de la indemnización sustitutiva, pero cobró la indemnización sustitutiva. En el presente asunto, tampoco se está ante esta situación, toda vez que LAMM dejó de cotizar al sistema general de seguridad social en el año de 1980, es decir, 24 años antes de haber solicitado y cobrado la indemnización sustitutiva de vejez.

A. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

1. En el caso estudiado por esta Sala, el señor Luis Ángel Marín Murillo solicitó el amparo de sus derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social, presuntamente vulnerados por Colpensiones al negarse a reconocer una pensión de vejez.

1. La Sala observa que, aunque la jurisprudencia de la Corte Constitucional no tiene estructurada una regla única que regule el deber de aprovisionamiento que tenían los empleadores antes de la ley 100 de 1993, lo decidido por Sala Plena en la sentencia C-506 de 2001, interpretada en concordancia con el principio de sostenibilidad financiera del Sistema

General de Seguridad Social, determina que el empleador no tiene obligación legal de cotizar antes del llamamiento del ISS; por tanto, los periodos laborados antes del llamado no son computables a efectos de reconocer una pensión de vejez. Esta circunstancia debe tenerse en cuenta al analizar el cumplimiento de los requisitos para el acceso a la pensión, incluso en escenarios de transición.

1. Con lo anterior en cuenta, la Sala concluyó que se debía negar la acción de tutela interpuesta por el señor Luis Ángel Marín Murillo, ya que no se logró acreditar el cumplimiento de los presupuestos legales para acceder a la pensión de vejez, en ninguno de los regímenes aplicables en virtud del esquema de transición de la ley 100 de 1993. En concreto, el accionante no logró acreditar la cotización del mínimo de semanas exigido por el artículo 12 del Acuerdo 49 de 1990, pues solo registró como cotizadas 211 semanas antes de llegar a la edad de pensión -de las 500 requeridas por la normativa- y 682.86 semanas cotizadas en cualquier tiempo -317,14 semanas menos de las requeridas-.

1. En consecuencia, no es posible que la Corte acceda a la pretensión de tutela, por lo que se procederá a revocar el fallo de segunda instancia proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales, mediante la cual se confirmó el fallo adoptado el 18 de noviembre de 2020 por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Manizales, que declaró improcedente la presente acción de tutela para, en su lugar, denegar el amparo solicitado.

I. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida la Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales por medio de la cual confirmó el fallo adoptado el 18 de noviembre de 2020 por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Manizales, que había declarado improcedente la acción de tutela

interpuesta por Luis Ángel Marín Murillo. En su lugar, DENEGAR el amparo de los derechos a la seguridad social y mínimo vital del señor Luis Ángel Marín Murillo.

Segundo.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Archivo “Demanda de tutela.pdf”.

2 Ibíd.

3 Ibíd.

4 Ibíd.

5 Ibíd. Para corroborar dicha información, adjuntó una copia de la liquidación de sus cesantías realizada el 6 de febrero de 1980 por la empresa mencionada.

6 Ibíd.

7 Ibíd.

8 Archivo “GRP-HPE-EV-CC-1212200.pdf”, p. 39.

9 Ibíd, p. 31-32.

10 Ibíd, p. 25.

11 Ibid, p. 20.

12 Ibid, p. 19.

13 Ibid, p. 1-2.

14 Archivo “SAC-COM-AF-2015_9505658-20151005142912.pdf”.

15 Archivo “GEN-RES-CO-2016_5672991-20160602045911.pdf”.

17 Archivo “SAC-COM-AF-2017_2663795-20170314110143.pdf”. Frente a esta solicitud, el accionante instauró acción de tutela (radicado 20170010901) con el fin de obtener respuesta por parte de Colpensiones a su requerimiento. El fallo de primera instancia declaró carencia actual de objeto debido a que el 19 de diciembre del mismo año, Colpensiones dio respuesta al requerimiento. El accionante impugnó la decisión y el juez de segunda instancia confirmó la decisión del a quo.

18 Archivo “GEN-DOA-DA-2021_2928700-20210428033228.pdf”.

19 El 30 de abril siguiente, LAMM interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra esta resolución. El recurso de reposición fue desatado a través de la Resolución SUB-123267 del 25 de mayo de 2021, en sentido de confirmar en todas y cada una de las partes de la resolución.

20 Archivo “SUB-182843 de 05 de agosto de 2021.pdf”.

21 Archivo “10. Contestación Colpensiones – Folios 19-29.pdf”.

22 Ibíd.

23 Ibíd.

24 Archivo “Fallo primera instancia.pdf”.

25 Archivo “Impugnacion.pdf”.

26 Archivo “Fallo segunda instancia.pdf”.

27 Todas las citas son extraídas literalmente de la contestación al requerimiento. Archivo “Subsanar Requerimiento H Corte Constitucional.pdf”.

28 Todas las citas son extraídas literalmente de la contestación al requerimiento. Archivo “Subsanar Requerimiento H Corte Constitucional.pdf”.

29 Archivo “GRP-HPE-EV-CC-1212200.pdf”.

30 Archivo “01AutoSalaSeleccion31Mayo2021.pdf”.

31 En virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, la jurisprudencia constitucional dictada en la materia y los artículos concordantes del Decreto 2591 de 1991.

32 Acerca del perjuicio irremediable, esta corporación ha señalado que, debe reunir ciertos requisitos para que torne procedente la acción de tutela, a saber: “(i) que se trate de un hecho cierto e inminente; (ii) que las medidas a tomar deben ser urgentes; (iii) que la situación a la que se enfrenta la persona es grave; y finalmente (iv) que las actuaciones de protección han de ser impostergables”. Ver sentencia T-896/07, entre otras.

33 Los artículos 5 y 13 del Decreto 2591 de 1991 en armonía con lo previsto en el artículo 86 de la Constitución, disponen que la tutela procede contra cualquier acción u omisión en que incurra una autoridad que haya violado, viole o amenace un derecho fundamental.

34 Corte Constitucional, sentencia C-543 de 1992.

35 Corte Constitucional, sentencias T-295 de 2018, T-528 de 2020, entre otras.

36 Corte Constitucional, sentencia T-164 de 2017 que citó lo expuesto en la T-584 de 2011.

37 La Sala destaca que después de los fallos de tutela en primera y segunda instancia, LAMM siguió solicitando el reconocimiento de la pensión ante Colpensiones, siendo la Resolución

SUB-182843 del 5 de agosto de 2021 la última actuación de la entidad relacionada con la prestación solicitada. En dicha resolución Colpensiones decidió denegar la solicitud de revocatoria directa de la Resolución SUB-97873 del 26 de abril de 2021, mediante la cual ya se había negado el reconocimiento de la pensión de vejez.

38 De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el perjuicio irremediable se caracteriza por ser (i) inminente, es decir, que la lesión o afectación al derecho está por ocurrir; (ii) grave, esto es, que el daño del bien jurídico debe ser de una gran intensidad; (iii) urgente, en tanto que las medidas para conjurar la violación o amenaza del derecho se requieren con rapidez; e (iv) impostergerable, porque se busca el restablecimiento forma inmediata.

39 Por una parte, la Jurisdicción Ordinaria Laboral y de la Seguridad Social es la competente para conocer de las “controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios, o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras” (Art. 2 del decreto-ley 2158 de 1948). De otra parte, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente de los procesos “relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público” (Art. 104 de la ley 1437 de 2011).

40 Corte Constitucional, sentencias SU-023 del 2015, T-379 de 2017, T-528 del 2020, T-080 del 2021, entre otras.

41 De acuerdo con el DANE, para el año 2021, la esperanza de vida al nacer de un hombre en Colombia es de 73,69 años. Fuente: Proyecciones del cambio demográfico: Principales indicadores. Susceptible de consulta: <https://www.dane.gov.co/files/censo2018/cambio-demografico/anexo-cambio-demografico-SummaryTable2018-2070.xls>

42 El concepto de adulto mayor fue definido en el literal b, del artículo 7 de la ley 1276 de 2009. Esta norma entiende como adulto mayor a aquella persona que cuenta con 60 años de edad o más, o aun siendo menor de 60 años y mayor de 55, tiene condiciones de desgaste físico, vital y/o psicológico.

43 En su jurisprudencia, la Corte desarrolló la denominada tesis de la vida probable. A partir

de esta, el término tercera edad inicia cuando la persona supera la expectativa de vida fija por el DANE. Al respecto, ver Sentencias T-042 de 2019, T-313 de 2017 que reiteró la T-047 de 2015, entre otros.

44 Ver, archivo “Subsanar Requerimiento H Corte Constitucional.pdf”.

45 Archivo “2. Escrito de Tutela – Folios 2-11.pdf”.

46 Sin embargo, también afirmó ser beneficiario de un subsidio otorgado por la caja de compensación familiar Confamiliares por un valor \$35.000. Archivo “Subsanar Requerimiento H Corte Constitucional.pdf”.

47 Ibid.

48 Ibid.

49 Archivo “GEN-RES-CO-2016_5672991-20160602045911.pdf”.

50 Archivo “GEN-RES-CO-2016_11820903-20161005103156.pdf”.

51 Archivo “GAF-FCH-F1-2017_2781470-20170507120331.pdf”.

52 Archivo “GRF-AAT-RP-2021_3184323-20210426024223.pdf”.

54 La Sala considera importante destacar el principio de derecho “nemo auditur propriam turpitudinem allegans”, que en términos coloquiales significa que nadie puede alegar a su favor su propia culpa, en el marco del análisis de procedencia de la acción de tutela. Este principio ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional desde la Sentencia C-083 de 1995, en la que se concluyó que “quien alega su propia culpa para derivar de ella algún beneficio, falta a la buena fe entendida como la ausencia de dolo, la conciencia de que el comportamiento que se observa es conforme al derecho, y los fines que persigue están amparados por éste. Ahora bien: el artículo 83 de la Carta del 91, impone la buena fe como pauta de conducta debida, en todas las actuaciones, tanto de las autoridades públicas como de los particulares” (Subrayado por fuera del texto original). Cuando un accionante deja de proteger sus derechos fundamentales sin una razón poderosa para hacerlo y continúa en dicha negligencia por un largo periodo de tiempo, no puede alegar como una razón única

para justificar la procedencia de la tutela el simple hecho del paso del tiempo o la edad avanzada que alcanzó, sin hacer nada por remediar su situación. Así, quien una vez fue joven y capaz de soportar las cargas asociadas al agotamiento de los mecanismos ordinarios no puede excusarse, ahora, en su incapacidad para resistirlas, pues fue por su propia incuria que terminó en la situación de apremio que ahora pretende utilizar a su favor. En estos escenarios, corresponde al juez de tutela analizar todas las circunstancias particulares del caso y, a partir de las mismas, determinar si se cumple o no el requisito de subsidiariedad, valorando elementos adicionales a la edad como criterio de procedencia.

55 En relación con el papel de la acción de tutela como mecanismo principal, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado detalladamente cuándo la acción similar en donde se debate prestaciones de seguridad social de adultos mayores.

56 El un recuento normativo sobre el tránsito de las prestaciones patronales a las de vejez en Colombia expuesto en el presente apartado fue extraído, en parte resumido y en parte literal, de la sentencia T-281 de 2020.

57 Por la entrega de la fracción del empleador y el empleado, respondía el primero, y ello debía hacerse en el tiempo y forma que estableciera el ISS, esto es, cuando existiera el llamamiento.

58 Sobre el particular, mantuvo la obligación de reconocer esa prestación a quien llegara a los 55 o 50 años, dependiendo de su sexo, y trabajara con el mismo empleador por 20 años. Por otra parte, estableció una pensión que se pagaría a quien fuera despedido, sin justa causa, después de 15 años de servicios, prestación cuyas condiciones fueron modificadas con la Ley 171 de 1961, al decir a) que la recibiría quien hubiese sido despedido, sin justa causa, después de haber trabajado más de 10 años, menos de 15; b) que se reconocería desde el despido o desde el cumplimiento de los 60 años, lo que ocurriera de último; c) que si el despido, sin justa causa, se daba después de 15 años de servicios, la prestación se pagaría cuando el trabajador cumpliera 50 años; y d) que también tenía derecho a ella, a partir de los 60 años, quien se retirara voluntariamente después de 15 laborado.

59 En el primero de ellos, se dispuso que los afiliados originales serían quienes ya hacían parte del seguro de enfermedad no profesional y de maternidad, que en un término de seis meses la protección se extendería a todas las capitales de departamentos del país que se

ampliaría posteriormente a todas las regiones.

60 A través del cual se reglamentó en definitiva, todo lo referido a la pensión de vejez y los términos en los que esta sería reconocida.

61 Artículo 1 de la ley 100 de 1993. 19. Para tal fin, el sistema de la seguridad social integral está formado por los regímenes generales en (i) pensiones; (ii) salud; (iii) riesgos laborales; y (iv) servicios sociales complementarios.

62 Artículo modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003.

63 La ley 100 de 1993 previó la coexistencia del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida junto con el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS). De conformidad con lo previsto por el artículo 59 de la ley 100 de 1993, el RAIS “es el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados”. En este régimen, los aportes son depositados en una cuenta individual de ahorro pensional administrada por las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones. Como lo dispone el artículo 60 de la mencionada ley, dicha cuenta “constituye un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, denominado fondo de pensiones, el cual es independiente del patrimonio de la entidad”. En este sentido, “las cotizaciones de los afiliados ingresan a su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión”. Esta última, en el caso de la vejez, se obtiene cuando el titular de la cuenta individual cuenta con un capital acumulado que permita obtener una pensión mensual superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente, independientemente de su edad.

64 Una vez la persona acredita los requisitos de edad y semanas cotizadas en la ley para acceder a la pensión de vejez, Colpensiones o la autoridad competente deberá reconocer la citada prestación, liquidarla de acuerdo con los parámetros que se prevén en el ordenamiento jurídico y pagarla de manera mensual.

65 Literal c del párrafo primero del artículo 33 de la ley 100 de 1993, que fue modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003.

66 Frente a esta tesis, ver sentencias C-506 de 2001, C-1024 de 2004, T-719, T-814, T-890 de 2011, T-020 de 2012, entre otras.

67 Las siglas IVM hacen referencia a los riesgos de invalidez, vejez y muerte. Cita extraída de la Sentencia T-281 de 2020.

68 Así lo determina el artículo 2 de la ley 153 de 1887: “[l]a ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior”.

69 Esta tesis fue defendida en las sentencias T-784 de 2010, T-712 de 2011, T-549 de 2012, T-469 de 2015, entre otras.

70 Esta tesis ha sido materializada en las sentencias T-492, T-681, T-937 de 2013, T-281 de 2020, entre otras.

71 Aunque no existe una claridad en la aplicación de esta tesis, en las sentencias T-194 de 2017 y las T-337 y T-396 de 2018 se maneja el tema como argumento secundario para reforzar la segunda tesis.

72 Sentencias de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia: del 15 de julio de 1994, rad. 6681; del 18 de abril de 1996, rad. 8453; del 24 de febrero de 1998, rad. 10339; del 9 de junio de 2000, rad. 13347; del 31 de enero de 2003, rad. 18999; del 24 de noviembre de 2006, rad. 27475; del 4 de junio de 2008, rad. 28479; y del 10 de julio de 2012, rad. 39914.

73 Sentencias de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia: del 22 de julio de 2009, rad. 32922; del 16 de julio de 2014, rad. 41745; del 24 de septiembre de 2014, rad. 45107; del 20 de octubre de 2015, rad. 43182; del 24 de febrero de 2016, rad. 57129; del 2 de marzo de 2016, rad. 45209; del 27 de abril de 2016, rad. 42776; del 6 de septiembre de 2017, rad. 51461; del 20 de septiembre de 2017, rad. 42786; del 15 de noviembre de 2017, rad. 45477; del 20 de enero de 2020, rad. 69610,

74 La Superintendencia de Sociedades mediante el auto 155-021430 del 5 de diciembre de 2001, convocó a la empresa al trámite de liquidación obligatoria. En sentencia T-503 de 2002, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas de esta corporación conoció de un proceso en contra de esta empresa por incumplimiento en el pago de prestaciones laborales y de la

seguridad social.

75 Corte Constitucional, sentencia C-110 de 2019. Subrayado fuera del texto original.

76 Conviene anotar que, en sede de unificación, esta Corporación ha señalado que, prima facie, no existe incompatibilidad entre la pensión de invalidez y la devolución de saldos o la indemnización sustitutiva de vejez, ya que sus causas y fundamentos son independientes: en la pensión de invalidez, el riesgo asegurado es la capacidad laboral del afiliado y su causa con la declaratoria de su invalidez en un porcentaje superior al 50% y la acreditación de las semanas cotizadas. Por otro lado, la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos son una consecuencia de no haberse cotizado un número de semanas mínimas para acceder a una pensión de vejez. Sin embargo, debido a que el afiliado al que se le reconoció la indemnización es el mismo al que se le reconocerá la pensión de invalidez y el sistema general de pensiones prohíbe que se financien dos prestaciones pensionales con los mismos tiempos cotizados, se debe proceder la devolución de lo reconocido y pagado en la indemnización sustitutiva de vejez. Al respecto, ver sentencias SU-556 de 2019, SU-317 de 2021, entre otras.

77 Ver, ley 100 de 1993, Arts. 64-65.

78 Ver, ley 100 de 1993, Arts. 33-35.

79 “Artículo 66. Devolución de saldos. Quienes a las edades previstas en el artículo anterior no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho”.

80 “Artículo 37. Indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado”.

81 “Artículo 6º.Incompatibilidad. Salvo lo previsto en el artículo 53 del Decreto 1295 de 1994, las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez, son incompatibles con las pensiones de vejez y de invalidez. Las cotizaciones consideradas en el cálculo de la indemnización sustitutiva no podrán volver a ser tenidas en cuenta para ningún otro efecto”.

82 Corte Constitucional, sentencias T-797 de 2013, T-510 de 2017, T-682 de 2017, T-587 de 2019, entre muchas otras.

83 Son múltiples los pronunciamientos de la Corte Constitucional que han avalado esta tesis. Algunos son las sentencias de unificación: SU-556 de 2019, SU-317 de 2021 y diferentes sentencias de las distintas Salas de Revisión tales como T- 722 de 2016, T-088 de 2017, T-588 de 2017, T-280 de 2019 y T-587 de 2019, entre otras.

84 Al respecto, ver sentencias de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia con radicado 35896, 36637 y 53377, entre otras.

85 Corte Constitucional, sentencia T-510 de 2017, T-002A de 2017, T-682 de 2017, T-587 de 2019 entre otras.

86 Por ejemplo, como medida de restablecimiento en tutela se dispone la compensación entre las sumas recibidas por concepto de indemnización sustitutiva o devolución de saldos, y aquello a lo que llegara a tener derecho el tutelante, en el caso de un reconocimiento pensional. Como se puede apreciar, incluso en aquellos casos, no se permite que las sumas destinadas a financiar el reconocimiento de una prestación sean contabilizadas doblemente, para el reconocimiento de una segunda, efecto que se evita a través del mecanismo de la compensación o descuento.

87 Corte Constitucional, sentencia T-510 de 2017, T-002A de 2017, T-682 de 2017, T-587 de 2019 entre otras.

88 Al respecto, la sentencia T-937 de 2013 indicó que es “plausible que entre ambas prestaciones ocurra la compensación, en casos en los cuales se haya pagado una indemnización sustitutiva por error y posteriormente se demuestre que el afiliado sí tenía derecho a la pensión, siempre que se trate de prestaciones de igual naturaleza u origen (vejez-vejez o invalidez-invalidez)”. Esto fue reiterado en la T-510 de 2017.

89 En principio, el Sistema de Seguridad Social en Pensiones prohíbe que se continúe cotizando a pensión una vez se haya obtenido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos. Por esto, el artículo 37 de la ley 100 de 1993 exige que los afiliados declaren su imposibilidad de seguir cotizando. Sin embargo, existen situaciones particulares como en las que algunos afiliados siguieron cotizando de manera posterior al reconocimiento y pago de una indemnización de vejez.

90 Sentencias de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia con radicado 35896, 53377, entre otras.

91 El carácter facultativo de la indemnización sustitutiva fue objeto de análisis por parte de la Sentencia C-375 de 2004, por medio de la cual se declaró exequible el artículo 37 de la ley 100 de 1993, bajo el entendido que no vulnera el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, por cuanto el precepto establece una posibilidad facultativa para los afiliados de recibir la indemnización sustitutiva o de continuar cotizando al sistema de pensiones por el tiempo faltante.

92 En el artículo 37 de la ley 100 se establece, para el caso del régimen de prima media, que la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez se reconocerá como derecho, cuando el afiliado no esté en posibilidad de seguir cotizando, mientras que en el artículo 66 el acceso a la devolución de saldos contempla la posibilidad del afiliado “a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho”.

93 Conforme a la liquidación de cesantías realizada por la mencionada empresa el 6 de febrero de 1980. Documento que no fue controvertido por la accionada.

94 Empresa que inició proceso de liquidación el 5 de diciembre de 2001.

95 Archivo “GRF-AAT-RP-2021_4954897-20210525020841.pdf”.

96 Radicado 66170310300120220004700.