



JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, treinta y uno (31g) de enero de Dos Mil Diecisiete (2017)

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
Radicación No: 150013333012 – 2017 – 00002 – 00
Demandante: ANA CECILIA MERCHAN PEREZ a nombre de su cónyuge MARCO ARTURO NEIRA AGUIRRE y a través de Defensor Público de la Defensoría del Pueblo.
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
Vinculado: GERENTE NACIONAL DE RECONOCIMIENTO DE COLPENSIONES

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro de la acción de tutela, interpuesta por ANA CECILIA MERCHAN PEREZ a nombre de su cónyuge MARCO ARTURO NEIRA AGUIRRE y a través de Defensor Público de la Defensoría del Pueblo contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y el GERENTE NACIONAL DE RECONOCIMIENTO DE COLPENSIONES, por la presunta vulneración a sus derechos y garantías fundamentales a la vida digna, mínimo vital y seguridad social.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos que dan lugar a la acción.

Relata el Defensor accionante que mediante Resolución N. 002015 de 2000, el Instituto de Seguros Sociales le concedió al señor MARCO ARTURO NEIRA AGUIRRE indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en cuantía de \$ 1.816.802.00 tomando como base de liquidación 459 semanas cotizadas y un ingreso base de liquidación de \$4372.000.00 (sic).

Que mediante oficio 062 – 02 –DHLYNP del 20 de enero de 2012, la entidad accionada le informó al accionante que de conformidad con lo establecido en el artículo 50 de la Ley 785 de 1990, operó la prescripción de la reclamación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez concedida.

Agregó que en oficio BZ2013-3036293-1516528 COLPENSIONES le reiteró al señor NEIRA AGUIRRE la imposibilidad del reintegro de la aludida indemnización sustitutiva debido a que estaba prescrita.

Resaltó que el señor MARCO ARTURO NEIRA AGUIRRE, es una persona de la tercera edad que merece atención especial por parte del Estado, que en la actualidad cuenta con 89 años de edad, no tiene ningún ingreso económico para subsistir por lo que la indemnización deprecada reviste importancia para sufragar sus gastos personales en los pocos años de vida que le falta ante la imposibilidad de acceder a una pensión de vejez y que su núcleo familiar está conformado con la señora ANA CECILIA MERCHAN PEREZ de 66 años quien es su cónyuge y no cuenta con ningún otro apoyo familiar.

Asegura que con las respuestas dadas por COLPENSIONES se están vulnerando los derechos fundamentales a la vida digna, a la seguridad social y al mínimo vital del accionante MARCO ARTURO NEIRA AGUIRRE.

2. Objeto de la acción.

De la lectura del escrito de tutela, es posible identificar como **PRETENSIONES**, las siguientes:

"PRIMERA. Se sirva tutelar la protección de los fundamentales a la SEGURIDAD SOCIAL, a la VIDA DIGNA, AL MINIMO VITAL del señor MARCO ARTURO NEIRA AGUIRRE, identificado con cédula de ciudadanía número 2016673 de Bucaramanga.

SEGUNDA. Consecuencia de lo anterior, se sirva ordenar a COLPENSIONES para que en el término de 48 horas siguientes desde el momento de notificado el fallo de la presente acción de tutela, se sirvan iniciar el trámite correspondiente para que se cancele la INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE PENSION DE VEJEZ CONCEDIDA MEDIANTE RESOLUCION N. 002015 DE 2000 DE FECHA DE FECHA 23 DE MAYO DE 2000" (sic)

Aclara el Despacho que de conformidad con las manifestaciones que el accionante hiciera en su diligencia de ratificación en cuanto a que quiere el reconocimiento de su pensión, el Despacho, en aplicación del derecho de acceso a la administración de justicia, estudiará además oficiosamente si es procedente dicho reconocimiento a través de este mecanismo constitucional.

Lo anterior además en orden a materializar los mandatos esbozados por el máximo Tribunal Constitucional en el sentido que el juez de tutela tiene que desplegar una actuación eficaz y diligente, con miras a asegurar la debida protección de los derechos fundamentales que puedan verse comprometidos¹.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1. COLPENSIONES (fls. 53-57)

A través de quien dijo ser la Vicepresidenta Jurídica y Secretaria General (a) de COLPENSIONES, esa entidad señaló que verificados sus sistemas de información no se encontró petición presentada por MARCO ARTURO NEIRA AGUIRRE en relación con el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, que de lo plasmado en la acción de tutela no existe medio de convicción que controvierta dicha realidad, que tan solo se vislumbra la pretensión del accionante de adquirir el derecho pensional de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez concedida mediante Resolución N. 0215 de 2000, a través de esta acción constitucional, que si esa entidad le dio respuesta al accionante sobre su solicitud pensional a través de oficio bz2013-3036293-1516528, es claro que el presunto hecho vulnerador no se ha configurado y que se respetó el derecho fundamental del accionante frente a su solicitud de reconocimiento pensional en los términos fijados en la Ley 797 de 2003 en concordancia con la interpretación que sobre el alcance de este derecho ha precisado la Corte Constitucional en extensa jurisprudencia que relaciona.

Agregó que bajo ninguna circunstancia se puede someter al Juez de tutela al reconocimiento de la pensión sea por vejez, invalidez o muerte sin que le anteceda la petición formal ante COLPENSIONES junto con los documentos necesarios y el transcurso del tiempo estipulado por el legislador a cada prestación para decidir en derecho, ya que estas actuaciones hacen parte de los procedimientos establecidos en la ley los cuales garantizan el debido proceso y demás derechos y principios constitucionales de las partes y que si de manera excepcional llegase a hacerlo debe verificarse de manera rigurosa que se cumplen con los requisitos que la jurisprudencia constitucional ha señalado para el efecto.

Por último, consideró que debe declararse la improcedencia de la presente acción, en la medida que el accionante no agotó los trámites administrativos y judiciales para lograr el reconocimiento de su prestación pensional.

III. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

El artículo 86 de la Constitución Política de Colombia consagró el mecanismo de amparo de la acción de tutela, instituido para que toda persona pueda reclamar ante los Jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando alguno de éstos resulte vulnerado o amenazado por acción u omisión de cualquier autoridad pública o por los particulares encargados de la prestación de un servicio público, conforme a lo preceptuado en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

Es de la esencia de la acción de tutela el procedimiento breve, sumario y antiformalista que finaliza con un fallo que expresa medidas concretas para que cese o se evite la violación de un derecho fundamental; protección que debe prestarse de inmediato, en tanto que busca evitar o superar un daño evidente, grave e irreparable.

Ahora bien, en este contexto y ante las pretensiones del actor debe el Despacho dar respuesta a los siguientes problemas jurídicos:

¹ Auto 107 de 2002.

3.1. Problema jurídico.

- Vulneró COLPENSIONES los derechos fundamentales a la vida digna, mínimo vital y seguridad social del señor MARCO ARTURO NEIRA AGUIRRE, en razón a que no le reconoció su pensión de vejez por no tener en cuenta el número de semanas cotizadas ante el Ministerio de Defensa.
- Vulneró COLPENSIONES los derechos fundamentales a la vida digna, mínimo vital y seguridad social del señor MARCO ARTURO NEIRA AGUIRRE, en razón a que no le pagó su indemnización sustitutiva de la pensión de vejez aduciendo la prescripción de aquella prestación?
- ¿Vulneró COLPENSIONES los derechos fundamentales a la vida digna, mínimo vital y seguridad social del señor MARCO ARTURO NEIRA AGUIRRE, por no tener en cuenta los tiempos cotizados ante el Ministerio de Defensa en el reconocimiento de la indemnización sustitutiva.

A fin de resolver el anterior problema jurídico se estudiará en primer lugar, la procedencia de la acción de tutela y en particular su idoneidad para obtener el reconocimiento y pago de prestaciones sociales; en segundo lugar, la agencia oficiosa en materia de tutela; en tercer lugar, el contenido y alcance de los derechos invocados como vida digna, mínimo vital y seguridad social adentrándose frente a este último en el análisis del derecho a la pensión de vejez y de la indemnización sustitutiva; en cuarto lugar, la especial protección de las personas de la tercera edad y en quinto lugar se resolverá el caso concreto.

3.1.1. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

El artículo 86 de la Constitución Política de Colombia contempla la acción de tutela para que las personas puedan reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. Dicha norma superior también establece que la acción constitucional en comento sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que ésta se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La norma superior antes referida fue reglamentada mediante el Decreto 2591 de 1991, el cual, en su artículo 2º, señala que los derechos que constituyen el objeto de protección de la acción de tutela son los consagrados en la Carta Política como fundamentales, o aquellos que por su naturaleza permitan su amparo para casos concretos.

Ahora bien, el artículo 5º del Decreto 2591 de 1991, establece la procedencia de la acción de tutela, indicando que su interposición es viable contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos que establece el mismo Decreto, siempre que con éstas se vulnere o amenace cualquiera de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política, o que por su naturaleza se consideren como tal. Con todo, dicha disposición prevé que la procedencia de la acción de tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito.

De otra parte, el artículo 6º del mencionado Decreto señala las causales de improcedencia de la acción de tutela, indicando, entre otros eventos, aquellos en los cuales se presenta la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, exceptuando la situación en la cual esta acción se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La misma norma señala, además, que la existencia de dichos mecanismos será apreciada en concreto, en cuanto a su eficiencia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.

Otros eventos de improcedencia del mecanismo constitucional bajo estudio, también contemplados en la norma antes citada, son los que tienen que ver con circunstancias relativas a que para proteger el derecho se pueda ejercer el recurso de *Habeas Corpus*, se pretenda la protección de derechos colectivos, se haya generado un daño consumado, o se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.

De otro lado, el artículo 8° del pluricitado Decreto 2591 de 1991, prescribe que aun cuando el afectado disponga de otro mecanismo de defensa judicial, procede el amparo por vía de tutela cuando ésta se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. El tenor literal de la comentada norma dispone que "Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irremediable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de las demás procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso." (Subraya fuera de texto)

En suma, puede decirse que la acción de tutela se estructura como un mecanismo judicial que se tramita a través de un procedimiento preferente y sumario para la defensa de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados por las acciones u omisiones de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos que la ley establece, al cual puede acudir solamente ante la existencia de otro mecanismo de defensa judicial idóneo, salvo que se demuestre la configuración de un perjuicio irremediable que, según la jurisprudencia nacional², debe entenderse como un daño inminente e irremediable que por su gravedad amerita el amparo inmediato de manera transitoria.

Así pues, debe decirse que en el presente caso el accionante MARCO ARTURO NEIRA AGUIRRE a través de agente oficioso invoca como derechos presuntamente vulnerados los siguientes: vida digna, mínimo vital y seguridad social; derechos que ostentan linaje fundamental, por lo que resulta procedente su amparo por esta vía procesal.

3.1.2. De la procedencia de la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de prestaciones sociales y de pensiones.

Como se manifestó en precedencia, una de las características de la acción de tutela es la subsidiariedad, motivo por el cual dentro de las causales de improcedencia de la misma, contempladas tanto en la Constitución como en el Decreto 2591 de 1991, se encuentra la existencia de otros medios de defensa judicial. Así, en principio, la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para resolver las controversias jurídicas en torno al reconocimiento de prestaciones sociales, ya que para tales efectos existen las acciones ordinarias respectivas.

En este orden de ideas, se reitera, al ser la acción de tutela subsidiaria, sólo es procedente cuando la persona no cuente con otro medio de defensa judicial, o cuando el existente sea ineficaz, o en aquellos casos en los que el dispositivo constitucional se instaure para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable, pues pretender lo contrario, esto es, la competencia principal del juez de derechos fundamentales para resolver los conflictos relacionados con prestaciones sociales, implicaría desconocer el carácter extraordinario y residual que caracteriza al amparo constitucional bajo estudio.

Sin embargo, excepcionalmente es posible la intervención del Juez de tutela para resolver el reconocimiento y reliquidación de los derechos laborales, no sólo cuando se ejerce como mecanismo transitorio, sino también cuando el medio judicial preferente es ineficaz o no es lo suficientemente expedito para proteger los derechos de las personas, caso en el cual operaría la acción de tutela de manera definitiva. Al respecto, la Honorable Corte Constitucional, en sentencia T-083 de 2004, indicó:

"(...) Puede concluirse que la acción de tutela es procedente para proteger los derechos fundamentales, y en particular los derivados del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, en los siguientes casos. (i) Cuando no existe otro medio de defensa judicial, o cuando existiendo, el mismo no resulta idóneo para resolver el caso concreto, eventos en los que la tutela procede como mecanismo principal de defensa ante la imposibilidad material de solicitar una protección real y cierta por otra vía. Y (ii) cuando ésta se promueve como mecanismo transitorio, debiendo acreditar el demandante que el amparo constitucional es necesario para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, en cuyo caso la orden de protección tendrá efectos temporales, sólo hasta el momento en que la autoridad judicial competente decida en forma definitiva el conflicto planteado."

² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION CUARTA Consejera ponente: MARIA INÉS ORTIZ BARBOSA Bogotá D.C., Febrero veintiséis (26) de dos mil cuatro (2004) Radicación número 25000-27-23-000-2003-2581-01 (AC) Actor: COOMEVA E.P.S. S.A. Demandado: MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

Así mismo, vale señalar que la Corte Constitucional en sentencia T-008 de 2006³, destacó que por regla general, el derecho a obtener el reconocimiento de pensiones debe hacerse efectivo mediante solicitud formulada ante la entidad encargada de reconocerla, o si ello fuera necesario, por la vía ordinaria judicial. Por ello, en principio, la acción de tutela no puede ser usada para el reconocimiento de este tipo de prestación⁴. No obstante, ese Tribunal de Justicia también ha resaltado que en casos excepcionales el reconocimiento pensional puede hacerse efectivo de manera transitoria por la vía de la acción de tutela, cuando se acrediten los siguientes requisitos⁵:

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

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

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

"d) En concordancia con lo anterior, para determinar si la acción de tutela es o no procedente como mecanismos transitorio, no resulta suficiente invocar fundamentos de derecho, sino que son necesarios también fundamentos fácticos que den cuenta de las condiciones materiales de la persona. En caso contrario, el asunto adquiere carácter estrictamente litigioso y por lo mismo ajeno a la competencia del juez de tutela." ⁶ (Subrayado fuera de texto)

Claro es que en principio, la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para solicitar el reconocimiento y pago de una pensión, salvo que ya se haya reconocido o se esté ante la inminencia de un perjuicio irremediable.

Por ende, la máxima corporación constitucional ha indicado, como regla general, la improcedencia de la acción de tutela para el reconocimiento y reliquidación de prestaciones sociales y de pensiones, lo cual no obsta para que, según las circunstancias del caso, haya establecido la procedencia del mecanismo procesal en comento de manera excepcional cuando sea necesario para evitar un perjuicio irremediable, como la afectación al mínimo vital, o cuando, a pesar de que existan los mecanismos ordinarios de defensa judicial, los mismos no resulten idóneos para proteger los derechos en riesgo.

En el presente asunto, atendiendo a las circunstancias particulares del accionante concluye esta Instancia Judicial que se cumplen con los cuatro requisitos de procedencia para abordar el estudio del posible reconocimiento y pago de pensión pretendido, por las siguientes razones:

- ***Que la persona haya agotado los recursos en sede administrativa y la entidad mantenga su decisión de no reconocer el derecho:*** Al respecto advierte el Despacho al revisar el proceso ordinario laboral 2001-0033 que se tramitó ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta ciudad en la que obró como demandante el señor MARCO ARTURO NEIRA AGUIRRE y como demandado el Instituto de Seguros Sociales -ahora COLPENSIONES-, que el señor NEIRA AGUIRRE impugnó la Resolución N. 002015 de 2000 que le negó la pensión de vejez y le concedió indemnización sustitutiva de dicha pensión en razón a que no reunía el número mínimo de semanas requeridas en el régimen de transición, al igual que se le expuso la imposibilidad de acumular semanas no cotizadas en dicho Instituto, interponiendo contra aquella a través de apoderado judicial los

³ MP. Marco Gerardo Monroy Cabra

⁴Corte Constitucional, Sentencias T-301, T-582 y T-637 de 1998, T-074 de 1999, T-969 de 2001, T-634 de 2002, T-179 de 2003, entre otras.

⁵ Más recientemente en sentencia T-063 de 2013 señaló frente a los anteriores requisitos que: "4.5.3. Si concurren los cuatro requisitos mencionados, al juez de tutela no sólo le será dable conocer el fondo del asunto, esto es, examinar si se dan o no los requisitos legales que le permiten al accionante en tutela adquirir el derecho a una pensión de vejez; sino que también podrá otorgarle al amparo constitucional propuesto la naturaleza de mecanismo principal de protección, por estar comprometidos los derechos de personas de la tercera edad, cuya condición de sujeto de especial protección constitucional, exige una mayor flexibilidad en el examen de las condiciones de procedencia de la acción de tutela".

⁶Corte Constitucional, Sentencia T-634 de 2002, MP. Eduardo Montealegre Lynnet.

recursos de reposición y en subsidio apelación como se vislumbra a folios 3 y 4 de dicho proceso allegado en calidad de préstamo, igualmente, que respecto a dichos recursos la entidad no hizo manifestación alguna como lo sostuvo al contestar la demanda, particularmente el hecho sexto (fl. 31 Exp. 2001-0033), por lo que se entiende legalmente que su respuesta fue negativa frente a la pretensión de reconocimiento del derecho pensional; cumpliéndose de esta forma con el requisito analizado.

- **Que se hubiere acudido ante la jurisdicción respectiva, se estuviere en tiempo de hacerlo o ello fuere imposible por motivos ajenos al peticionario:** A criterio del Despacho el accionante se ajustó a esta exigencia, en tanto que acudió a la jurisdicción ordinaria laboral a fin de atacar el contenido de la Resolución N. 002015 de 2000 que le negó la pensión de vejez y le concedió indemnización sustitutiva de dicha pensión, la cual culminó con fallo inhibitorio; decisión judicial que fue confirmada en grado de consulta por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja. Fallo inhibitorio que valga decir retomando pronunciamientos de la Corte Constitucional "(...) no tienen cabida dentro del ordenamiento jurídico colombiano, pues impiden la garantía de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, por cuanto no resuelven de fondo la controversia por la cual el ciudadano acudió a la jurisdicción, prolongando con ello la incertidumbre sobre el derecho subjetivo alegado"⁷
- **Que además de tratarse de una persona de la tercera edad, ésta demuestre la amenaza de un perjuicio irremediable, esto es, que el perjuicio afecte la dignidad humana, la subsistencia en condiciones dignas, la salud, el mínimo vital, que existan lazos de conexidad con derechos fundamentales, o que evidencie que someterla a los trámites de un proceso ordinario le resultaría demasiado gravoso:** Avizora el Despacho que MARCO ARTURO NEIRA es un adulto mayor que cuenta con 89 años (fl. 9), por lo tanto, con una expectativa de vida totalmente limitada, lo que permite inferir igualmente que las vías judiciales ordinarias para atacar el acto administrativo de reconocimiento de la indemnización sustitutiva y/o el reconocimiento de la pensión no garantizarían una protección cierta frente a un proceso judicial del cual es fortuita su duración así como aleatorios los efectos de un fallo favorable al actor. Además lógicamente, dado su estado de salud -mental y física- y condición personal, le es imposible conseguir empleo para atender su mínimo vital y el de su cónyuge.
- **Fundamentos fácticos que den cuenta de las condiciones materiales de la persona:** Encuentra el Despacho que el señor MARCO ARTURO NEIRA no solo es un adulto mayor que cuenta con 89 años⁸ (fl. 9) como se explicó anteriormente sino que padece enfermedades mentales y físicas que le impiden el desarrollo de su vida normal, aunado a lo anterior, según lo informó a este Despacho su cónyuge carece de sustento económico propio, viviendo del subsidio que le otorga el Estado; situación económica que no fue descartada por la entidad accionada y que obliga al Despacho a examinar si resulta acreedor de la prestación pensional solicitada y que redundaría en su beneficio personal y familiar.

De manera pues, que advirtiéndose la procedencia de la presente acción de tutela para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez pretendida por el accionante se estudiara al abordar el caso concreto si se configuran los requisitos legales que le permiten a aquel adquirir el derecho a una pensión de vejez.

3.1.3. DE LA AGENCIA OFICIOSA EN MATERIA DE TUTELA

Ahora bien, considera necesario el Despacho analizar si la señora ANA CECILIA MERCHAN PEREZ puede actuar como agente oficiosa de su esposo MARCO ARTURO NEIRA AGUIRRE.

Para desatar este aspecto procesal, vale recordar el criterio jurisprudencial que en la materia ha precisado la Corte Constitucional. Ejemplo de ello lo es la sentencia T-004 de 2013⁹ en la que frente a esta figura señaló:

⁷ T-713 de 2013

⁸ De acuerdo a la Corte Constitucional se trata de un sujeto de especial protección constitucional por su condición de debilidad manifiesta en razón a su edad.

⁹ Magistrado ponente: Mauricio Cuervo González

"La agencia oficiosa en la acción de tutela encuentra su fundamento constitucional en el artículo 86 de la Carta, el cual establece que toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentran amenazados, podrá interponer acción de tutela a través de un representante o en nombre propio; así mismo, el Decreto 2591 en el artículo 10 reitera lo anterior y dispone **que se podrán agenciar derechos ajenos "cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa"**.

De lo anterior, se desprende que hay diferentes formas para que se configure la legitimación por activa, entre las que encontramos las siguientes: a) cuando la interposición de la acción se realiza a través de apoderado judicial; b) cuando el que interpone la tutela es el representante legal, ya sea de una empresa o de un menor de edad, de un interdicto, etc.; c) cuando el afectado de manera directa propugna por sus derechos; **d) y cuando se realiza a través de agente oficioso.**

Cuando la acción de tutela es interpuesta por intermedio de agente oficioso, la jurisprudencia constitucional ha señalado los siguientes elementos normativos: (i) el agente oficioso debe manifestar que está actuando como tal; (ii) del escrito de tutela se debe poder inferir que el titular del derecho está imposibilitado para ejercer la acción de tutela, ya sea por circunstancia físicas o mentales; (iii) la informalidad de la agencia, pues esta no implica que deba existir una relación formal entre el agente y los agenciados; (iv) la ratificación de lo actuado dentro del proceso[19].

Los dos primeros elementos, es decir la manifestación del agente y la imposibilidad del agenciado para actuar son constitutivos y necesarios para que opere esta figura. El tercer elemento es de carácter interpretativo y el cuarto que versa sobre la ratificación, se refiere cuando el agenciado ha realizado actos positivos e inequívocos, esta actitud permite sustituir al agente".

Sumado a lo anterior, ese Máximo Tribunal de la Justicia constitucional resaltó en sentencia T-171 de 2015¹⁰ la labor valorativa del juez al estudiar esta figura en cada caso concreto indicando que:

"a pesar de la exigencia de que se cumplan los elementos normativos señalados, se debe precisar que los mismos no pueden estar supeditados a la existencia de frases sacramentales o declaraciones expresas que den cuenta de la agencia oficiosa, ya que puede ocurrir que las circunstancias que impiden que una persona actúe a nombre propio, justificando la agencia oficiosa de otro, **se concluyan de la narración hecha por el actor, cuya veracidad y alcance deberán ser valorados por el juez.**

2.3.4. Así las cosas, la imposibilidad física o mental del titular de los derechos fundamentales afectados para procurar por sí mismo la protección de sus derechos, legítima a un tercero para instaurar las acciones constitucionales correspondientes. Frente a lo cual, la acción de tutela en nombre de un tercero"

Ahora bien, en el caso que ocupa la atención del Despacho, se evidencia en primer lugar, que en la diligencia de ratificación llevada a cabo el 20 de enero del presente año (fl. 23), la señora ANA CECILIA MERCHAN PEREZ manifiesta a este estrado judicial que interpuso la presente acción constitucional con ayuda de la Defensoría del Pueblo porque su esposo MARCO ARTURO NEIRA AGUIRRE (fls. 24-25) no se encontraba bien de salud; de tal suerte que entiende el Despacho que la señora MERCHAN PEREZ se identifica en la presente acción constitucional como la persona que está agenciando los derechos de su cónyuge ante su incapacidad, por razones de salud, para recurrir por sí mismo ante la administración de justicia a propender por la defensa de sus garantías fundamentales.

De igual forma avizoró esta sede judicial en segundo término que en la diligencia de ratificación como a partir de los documentos aducidos por la señora MERCHAN PEREZ que su esposo el señor MARCO ARTURO NEIRA AGUIRRE carece de las capacidades mentales y físicas para interponer por sí mismo la acción de tutela, en la medida que padece de problemas psiquiátricos (fl. 33-35) y fueron evidentes ante este Despacho sus problemas de salud auditivos y respiratorios (fl. 23), tan así que se abstuvo de tomarle su declaración sino sola la de su cónyuge.

El único hecho que le quedó claro a este despacho es que el señor NEIRA AGUIRRE manifestó en la citada diligencia que estaba de acuerdo con la interposición de la presente tutela, porque "hace tiempo estoy pidiendo la pensión" (sic) (fl. 23)

¹⁰ Magistrado ponente: JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB

De manera pues que concluye el Despacho, siguiendo lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional en cita, que la señora ANA CECILIA MERCHAN PEREZ está legitimada para actuar como agente oficioso de su esposo, el señor MARCO ARTURO NEIRA AGUIRRE, habida cuenta que este no se encuentra en condiciones físicas y mentales para propender de manera autónoma por la protección de sus derechos fundamentales; auxiliada por la Defensoría del Pueblo, entidad que posee interés en la interposición de las acciones constitucionales en virtud de lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991.

3.1.4. DEL CONTENIDO Y ALCANCE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES INVOCADOS

Ahora bien, precisada la procedencia de la presente acción constitucional, así como la legitimación de la agente oficiosa en su interposición, procede el Despacho a examinar el contenido y alcance de los derechos fundamentales invocados como transgredidos por la parte accionante.

3.1.4.1. Del derecho a la dignidad humana

En cuanto a la dignidad humana, el máximo Tribunal Constitucional ha venido elaborando una línea jurisprudencial pacífica, destacando el desarrollo del concepto y su naturaleza jurídica al distinguirla así:

"La Corte identifica tres lineamientos claros y diferenciables i) La Dignidad Humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un Plan Vital y de determinarse según sus características (Vivir como quiera). ii) La Dignidad Humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (Vivir Bien). iii) La Dignidad Humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (Vivir sin humillaciones)"¹¹.

Igualmente, la Corte Constitucional señaló en sentencia T- 086 de 2015, haciendo alusión a la sentencia C- 458 de 1997, que con miras a garantizar este principio en las personas de la tercera edad las cuales hacen parte del grupo poblacional con protección especial, el Estado debe implementarles mecanismos y brindar las herramientas necesarias para que puedan gozar de garantías constitucionales de forma acentuada y prioritaria, a efectos de evitar que padezcan alguna circunstancia de discriminación, señalando que:

"(...) en particular, a este grupo pertenecen las personas de la tercera edad, quienes al final de su vida laboral tienen derecho a gozar de una vejez digna y plena (C.P. artículos 1º, 13, 46 y 48). En relación con estas personas, la Corte ha sentado la doctrina del derecho fundamental a la seguridad social. Así, se le ha dado preciso alcance al mandato constitucional de defender, prioritariamente, el mínimo vital que sirve, necesariamente, a la promoción de la dignidad de los ancianos (C.P. artículos 1º, 13, 46 y 48)."

Entiéndase entonces que es garantía fundamental de la población de la tercera edad gozar de una vida digna y para ello el Estado debe impulsar las políticas públicas tendientes a brindarles su derecho a la seguridad social y a su mínimo vital accediendo a condiciones materiales que les permita vivir adecuadamente desde el punto de vista material, sin sometidos a tratos denigrantes o degradantes.

3.1.4.2. Del derecho al mínimo vital

La Corte Constitucional definió el derecho al mínimo vital, como un derecho que se desprende de los principios propios del Estado Social de Derecho, de dignidad humana y de solidaridad (artículo 1º superior) y de otros derechos fundamentales como la vida, la integridad personal (artículo 11 superior) y "la igualdad [artículo 13 superior] en la modalidad de decisiones de protección especial a personas en situación de necesidad manifiesta"¹².

Respecto al contenido del derecho al mínimo vital, en la sentencia T-011 de 1998, la Corte afirmó que el derecho al mínimo vital se refiere a:

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-881 de 2002

¹² Sentencia C-543 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

“los requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y de su familia, no solamente en lo relativo a la alimentación y vestuario sino en lo referente a salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, en cuanto factores insustituibles para la preservación de una calidad de vida que, no obstante su modestia, corresponda a las exigencias más elementales del ser humano”¹³.

Quiere decir lo anterior que el derecho al mínimo vital, cuya configuración jurisprudencial se desprende de los principios de dignidad humana y de solidaridad y de los derechos a la vida, a la igualdad y a la integridad personal, se refiere a las condiciones materiales básicas e indispensables para asegurar una supervivencia digna y autónoma. Entre esas condiciones materiales mínimas de existencia, se encuentran la vivienda, la alimentación, la salud, el vestido, la educación y la recreación¹⁴.

En este sentido, una de las características propia del derecho al mínimo vital, consiste en que, su concreción, como conjunto de posiciones jurídicas de derecho a algo (bienes y servicios) o a prestaciones, depende de las calidades o condiciones específicas del titular del derecho que lo invoca.

Es importante acotar que el Tribunal Administrativo de Boyacá en reciente sentencia del 28 de abril de 2016¹⁵, con ponencia del Magistrado Dr. Fabio Iván Afanador aclaró frente a este derecho fundamental que:

“Es claro que el concepto de mínimo vital no guarda relación directa con el salario mínimo legal, pues no es un derecho que se pueda describir de manera objetiva sobre el valor monetario que reciba un grupo de personas; en otras palabras, no es un asunto meramente cuantitativo. Contrario a ello, el mínimo vital es diferente para cada persona dependiendo del status socioeconómico que haya alcanzado, por ello no es posible darle una significación numérica, sino que se requiere evaluar las circunstancias y el entorno concreto del peticionario.

El mínimo vital depende directamente de las condiciones específicas que relacionan al pensionado con el entorno socioeconómico en que vivía, por tanto, aquellos mínimos vitales que requieren un mayor ingreso económico tienden a ser los que pueden soportar en mayor medida las disminuciones que se realicen al momento de devengar la pensión, contrario a ello, quien tiene un mínimo vital que se acompasa con el salario mínimo, no tiene suficiente facilidad para soportar la disminución sobre el mismo.

(...)”

De manera pues que a fin de examinar la vulneración del derecho al mínimo vital no es posible analizarlo bajo el rasero objetivo, general e impersonal de la ley, sino que atendiendo el principio constitucional de prevalencia de la dignidad humana que se dirige a mirar las condiciones de vida particular de cada ser humano, debe analizarse si en el caso concreto con las acciones u omisiones de la autoridad pública o el particular que cumpla funciones públicas las mismas se están mermando.

3.1.5. Del Derecho a la Seguridad Social.

El artículo 48 Superior consagra el derecho a la seguridad social, el cual se debe garantizar a todos los habitantes como un “derecho irrenunciable”.

Particularmente, el artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona establece que “Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.

Frente al derecho a la seguridad social la Corte Constitucional en sentencia de unificación SU-856 de 2013¹⁶, señaló que de cara a las regulaciones de esta garantía dentro del derecho internacional se impone “la necesidad de implementar en un primer momento una infraestructura básica integrada por unas instituciones prestadoras del servicio, y unos procedimientos preestablecidos que aseguren su adecuada gestión. En segundo lugar, habrá de definirse e implementarse un sistema

¹³ M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁴ Sentencia T-885 de 2009. M.P. Dr. Juan Carlos Henao Pérez.

¹⁵ Sentencia proferida bajo el radicado 150013333012-2016-0016-00

¹⁶ M. Pte. JORGE IGNACIO PRETELT

que asegure la provisión de fondos que garanticen su buen funcionamiento. Para ello, es de vital importancia la participación del Estado, en tanto que a través de asignaciones de recursos fiscales, éste dará alcance a la obligación que la impone la Constitución de asegurar el goce del derecho irrenunciable a la seguridad social”

Se aclaró igualmente en la anotada sentencia de unificación retomando las apreciaciones expuestas en torno a este derecho en la sentencia SU-062 de 2010, que “la naturaleza fundamental del derecho a la seguridad social, “dentro del cual se inscribe el derecho a la pensión de vejez”, permite concluir que su protección constitucional por vía de la acción de tutela será viable cuando se verifique la ocurrencia de alguno de los dos eventos descritos, además del cumplimiento de los requisitos de procedibilidad de este mecanismo procesal” es decir, cuando la omisión de las autoridades públicas termina por desconocer por entero la conexión existente entre la falta de protección de los derechos fundamentales y la posibilidad de llevar una vida digna y de calidad, especialmente de sujetos de especial protección o, en general, de personas colocadas en situación evidente de indefensión.

Recientemente, en sentencia de tutela T- 045 de 2016, el Tribunal Constitucional recapituló el contenido del derecho a la seguridad social en pensiones, retomando lo precisado en la sentencia C-258 de 2013 expresando que:

“El artículo 48 Superior dispone que la seguridad social **(i)** es un servicio público de carácter obligatorio que se debe prestar bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, y **(ii)** es a su vez un derecho constitucional fundamental, a cuyo cumplimiento se compromete el Estado, según se infiere del siguiente texto “Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social” en concordancia con varios instrumentos del bloque de constitucionalidad.

Del texto constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se desprende que el derecho a la seguridad social en pensiones protege a las personas que están en imposibilidad física o mental para obtener los medios de subsistencia que le permitan llevar una vida digna a causa de la vejez, del desempleo o de una enfermedad o incapacidad laboral, entre otras contingencias.

Para poder brindar efectivamente protección frente a las contingencias señaladas, el derecho a la seguridad social demanda el diseño de un sistema que cuente con reglas, como mínimo, sobre **(i)** instituciones encargadas de la prestación del servicio, **(ii)** procedimientos bajo los cuales el sistema debe discurrir, y **(iii)** provisión de fondos que garanticen su buen funcionamiento. En este punto cobra especial importancia la labor del Estado, el cual, por medio de asignaciones de sus recursos fiscales, tiene la obligación constitucional de brindar las condiciones necesarias para asegurar el goce del derecho irrenunciable a la seguridad social.

Además, el artículo 48 de la Carta indica que el sistema debe orientarse por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Según el principio de **universalidad**, el Estado –como sujeto pasivo principal del derecho a la seguridad social- debe garantizar las prestaciones de la seguridad social a todas las personas, sin ninguna discriminación, y en todas las etapas de la vida. Por tanto, el principio de universalidad se encuentra ligado al mandato de ampliación progresiva de la cobertura de la seguridad social señalado en el inciso tercero del mismo artículo 48 constitucional, el cual a su vez se refiere tanto a la ampliación de afiliación a los subsistemas de la seguridad social –con énfasis en los grupos más vulnerables-, como a la extensión del tipo de riesgos cubiertos.

Por su parte, el principio de **eficiencia** requiere la mejor utilización social y económica de los recursos humanos, administrativos, técnicos y financieros disponibles, para que los beneficios a que da derecho la seguridad social, sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente. La jurisprudencia de esta Corporación ha definido la eficiencia como la elección de los medios más adecuados para el cumplimiento de los objetivos y la maximización del bienestar de las personas.

Finalmente, la **solidaridad**, hace referencia a la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades. Este principio tiene dos dimensiones: de un lado, como bien lo expresa el artículo 2 de la Ley 100 de 1993, hace referencia a que el Estado tiene la obligación de garantizar que los recursos de la seguridad social se dirijan con prelación hacia los grupos de población más pobres y vulnerables; de otro, exige que cada cual contribuya a la financiación del sistema de conformidad con sus capacidades económicas, de modo que quienes más tienen deben hacer un esfuerzo mayor”.

En suma, el derecho a la seguridad social no solo constituye un servicio público sino un derecho fundamental que obliga al Estado a desplegar acciones positivas para asegurar su goce efectivo por sus destinatarios dentro de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, para un grupo poblacional de especial protección, y para cuya protección la acción de tutela está llamada a garantizarlo.

3.3.1. De la pensión de Vejez.

Dentro de las manifestaciones positivas del derecho fundamental a la seguridad social se encuentra el derecho a la pensión. En efecto, en las voces de la H. Corte Constitucional la pensión de vejez garantiza que quienes lleguen a cierta edad y acrediten el cumplimiento de determinados requisitos puedan retirarse de sus labores sin dejar de recibir los ingresos que destinaban a suplir sus necesidades y las de su familia, agregando que "el sistema pensional colombiano supedita el reconocimiento de la pensión de vejez a la acreditación de un mínimo de cotizaciones. En el escenario del régimen pensional de prima media, tal circunstancia demuestra que el afiliado cumplió con cierta carga de solidaridad intergeneracional en virtud de la cual puede acceder a tal prestación. En el de ahorro individual, que acumuló la cantidad de aportes necesaria para los mismos efectos"¹⁷

Específicamente, el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 señaló que para tener derecho a la pensión de vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o sesenta (60) años de edad si es hombre.
2. Haber cotizado un mínimo de mil (1.000) semanas en cualquier tiempo.

Para el presente asunto resulta importante acotar que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 previó un régimen de transición a favor de las personas que al momento de entrar a regir esa disposición, se encontraban cercanas a cumplir con los requisitos para alcanzar el reconocimiento de su pensión de vejez, los cuales se consagraban en las normas vigentes hasta ese momento y podría decirse, más favorables frente a los requisitos previstos en aquella ley.

Para ser beneficiario de dicho régimen de transición, la norma estableció tres presupuestos a saber:

- Hombres con más de cuarenta años;
- Mujeres mayores de treinta y cinco años y;
- Hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados; requisitos que debían estar cumplidos al momento de la entrada en vigencia del sistema de pensiones, es decir, al 1 de abril de 1994.

Ahora bien, remitiéndonos a los regímenes pensionales anteriores a la Ley 100 de 1993 en virtud del aludido régimen de transición, debe decirse, para lo que al presente asunto interesa¹⁸ que la Ley 71 de 1988, en su artículo 7, señaló que a partir de la vigencia de esa ley los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

Por otra parte, que el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990¹⁹, señaló que tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:

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

¹⁷ T-079 de 2016.

¹⁸ Tomando en consideración los argumentos de orden legal expuestos por el accionante en su demanda interpuesta ante la jurisdicción ordinaria laboral bajo el número 2001-00033.

¹⁹ Retomando los argumentos expuestos en la resolución que negó el reconocimiento pensional.

b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo

En cuanto a la aplicación de dichos regímenes resulta ilustrativa las consideraciones expuestas en la sentencia T-045 de 2016 de la H. Corte Constitucional, en la cual explicó que "Para los trabajadores particulares (excepcionalmente a los trabajadores oficiales) afiliados al ISS, el régimen pensional que les resulta aplicable es el **Acuerdo 049 de 1990**, aprobado mediante el Decreto 758 del mismo año. Dicho acuerdo, contempla dentro de sus prestaciones una pensión de vejez a favor de las mujeres de cincuenta y cinco (55) o más años de edad y los hombres de sesenta (60) o más años de edad, que acrediten un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de la edad, o mil (1.000) semanas en cualquier tiempo, cuyo monto varía según el número de semanas cotizadas" (Subrayado original)

Luego, precisó que "En el caso de los trabajadores que poseen determinado número de semanas cotizadas al ISS y a Cajas de previsión del sector público, pero que no reúnen el requisito de tiempo de servicios para pensionarse conforme al Acuerdo 049 de 1990 y la Ley 33 de 1985, respectivamente, el régimen pensional que regula su situación está establecido en la **Ley 71 de 1988** y sus decretos reglamentarios 1160 de 1989 y 2709 de 1994. De acuerdo con dichas normas, para adquirir el derecho a la pensión por aportes se requiere que al sumar las cotizaciones efectuadas en uno y otro sector, éstas arrojen no menos de veinte (20) años de servicios cotizados, y acreditar cincuenta y cinco (55) años de edad o más si es mujer o sesenta (60) años o más de edad si es hombre. El monto de la pensión se calcula con el promedio del tiempo que le hiciera falta para adquirir el derecho, con base en la variación del IPC certificado por el DANE".

Vale decir que frente a la interpretación del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, el pluricitado Tribunal Constitucional en sentencia T-063 de 2013, precisó la posibilidad de acumulación del tiempo de servicio en otras entidades estatales frente a los aportes realizados en el Instituto de Seguros Sociales, advirtiendo que:

"ISS planteó que esta normatividad nada dice en relación con la acumulación del tiempo de servicio en otras entidades estatales frente a los aportes realizados en el Instituto de Seguros Sociales. Por esta razón, concluyó que para ser beneficiario y dar aplicación al citado Acuerdo, "sólo se tiene en cuenta los tiempos aportados al ISS".

4.7.2. Como se expuso en la Sentencia T-090 de 2009, previamente citada, la Corte ha considerado que es posible "acumular tiempo de servicio a entidades estatales y cotizaciones al ISS para reunir el número de semanas necesarias con el fin de obtener la pensión de vejez", en el régimen pensional previsto en el Acuerdo 049 de 1990.

Para tal efecto, esta Corporación reiteradamente ha puesto de presente las normas que regulan la posibilidad que brinda el Sistema General Pensiones, antes y después de la Ley 100 de 1993, de acumular tiempo de servicio ante empleadores públicos y privados, y cotizaciones hechas a cajas de previsión públicas o al Instituto de Seguros Sociales para de esta forma reunir el número de semanas necesarias con el fin de obtener la pensión de vejez. Esta situación fue descrita en la sentencia C-177 de 1998 de la siguiente forma:

(...)

4.7.3. En el caso puntual del Acuerdo 049 de 1990, en la Sentencia T-090 de 2009, esta Corporación reconoció expresamente la posibilidad de llevar a cabo dicha acumulación, entre otras, a partir de la aplicación del principio constitucional de favorabilidad (CP art. 53) y de una interpretación amplia del alcance del régimen de transición. Por su importancia se transcribe in extenso los argumentos expuestos en el citado fallo:

(...) "La Sala advierte que la presunta vulneración de los derechos fundamentales del peticionario surge de la existencia de dos interpretaciones acerca de la posibilidad de acumular tiempo laborado en entidades estatales, en virtud del cual no se efectuó cotización alguna, y aportes al ISS derivados de una relación laboral con un empleador particular, con el fin de obtener el número de semanas necesarias para el reconocimiento de la pensión de vejez, cuando se es beneficiario del régimen de transición.

Una de las interpretaciones señala que el acuerdo 49 de 1990, norma que el actor pretende le sea aplicada en virtud del régimen de transición, nada dice acerca de la acumulación antes explicada, razón por la cual, si el peticionario desea que se le haga esta sumatoria, debe acogerse a los artículos de la ley 100 de 1993 que regulan los requisitos de la pensión de vejez, disposición que sí permite expresamente la acumulación que solicita (artículo 33,

parágrafo 1). Tal conclusión es apoyada por el tenor literal del parágrafo 1 del artículo 33, que prescribe que las acumulaciones que prevé son sólo para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el artículo 33, lo que excluiría estas sumatorias para cualquier otra norma, en este caso, para el acuerdo 49 de 1990.

Como consecuencia de esta interpretación, el actor "perdería" los beneficios del régimen de transición pues debe regirse de forma integral por la ley 100 de 1993 para adquirir su pensión de vejez.

La otra interpretación posible se basa en el tenor literal del artículo 36 de la ley 100 de 1993 que regula el régimen de transición del cual es beneficiario el actor. Esta disposición señala que las personas que cumplan con las condiciones descritas en la norma podrán adquirir la pensión de vejez con los requisitos de (i) edad, (ii) tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y (iii) monto de la pensión de vejez establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados, y que las demás condiciones y requisitos de pensión serán los consagrados en el sistema general de pensiones, es decir, en la ley 100 de 1993. En este orden de ideas, por expresa disposición legal, el régimen de transición se circunscribe a tres ítems, dentro de los cuales no se encuentran las reglas para el cómputo de las semanas cotizadas, por lo tanto, deben ser aplicadas las del sistema general de pensiones, que se encuentran en el parágrafo 1 del artículo 33, norma que permite expresamente la acumulación solicitada por el actor.

(...) Esta interpretación es apoyada por una interpretación finalista e histórica pues, como arriba se señaló, la ley 100 de 1993 buscó crear un sistema integral de seguridad social que permitiera acumular semanas o tiempos de trabajo laborados frente a distintos patronos, públicos o privados, para que los(as) trabajadores(as) tuvieran posibilidades reales de cumplir con el número de semanas necesarias para acceder a la pensión de vejez, lo que antes se dificultaba de forma injusta por las limitaciones a la acumulación pues aunque las personas trabajaban durante un tiempo para una empresa privada o entidad pública si cambiaban de empleador éste tiempo no les servía para obtener su pensión de vejez. // Adicionalmente, esta interpretación encuentra fundamento en la filosofía que inspira el derecho a la pensión de vejez que estriba en que "el trabajo continuado durante largos años sea la base para disfrutar el descanso en condiciones dignas, cuando la disminución de la capacidad laboral es evidente".

Como consecuencia de la segunda interpretación, el actor podría conservar los beneficios del régimen de transición y tendría derecho a que se le efectúe la acumulación que solicita con el fin de cumplir con el número de semanas cotizadas.

(...)

4.7.4. Finalmente, en los mismos términos previamente expuestos, la Corte en la Sentencia T-275 de 2010 expuso que: "una alternativa interpretativa que defiende la extensión de este beneficio a otras normas previas a la Ley 100 de 1993, (...) sí considera al cómputo como instrumento aplicable a la definición de pensiones a cargo del Instituto de Seguros Sociales. Ahora bien, en armonía con el principio de favorabilidad, lo más justo sería hacer extensiva la disposición de la Ley 100 de 1993, sobre la acumulación de aportes hechos bajo uno y otro régimen para la consolidación del capital necesario para el otorgamiento de la pensión".

La Corte Constitucional concluyó entonces que es una obligación del ISS **acumular el tiempo de servicio no cotizado en alguna otra entidad pública**, para efectos de acceder al reconocimiento de una pensión de vejez en los términos previstos en el Acuerdo 049 de 1990; obligación se fundamenta en el principio constitucional de favorabilidad y en la aplicación del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, destacando que el desconocimiento de este deber supone la vulneración de los derechos al debido proceso y a la seguridad social, recordando que es deber trasladar la respectiva cuota parte pensional, para efectos de mantener la sostenibilidad financiera del sistema.

3.3.2. De la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez

Otra de las aristas del derecho fundamental a la seguridad social lo constituye la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Frente a esta, el artículo 14 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante el Decreto 758 del mismo año, previó que las personas que habiendo cumplido las edades mínimas exigidas para adquirir el derecho a la pensión de vejez, se retiraren definitivamente de las actividades sujetas al seguro social y no hubieren acreditado el número mínimo de semanas de cotización requeridas para que tal derecho se cause, percibirán en sustitución, por cada veinticinco (25) semanas de cotización acreditadas, una indemnización equivalente a una mensualidad de la pensión por invalidez

permanente total que les hubiere correspondido en el supuesto de haberse invalidado al cumplimiento de la respectiva edad.

Para conceder esta indemnización se requiere, que no hayan transcurrido más de diez (10) años entre el período a que corresponde la última cotización acreditada y la fecha de cumplimiento de las edades para adquirir el derecho a la pensión de vejez, y que el asegurado tenga acreditadas no menos de cien (100) semanas de cotización.

Esta clase de indemnización también se establece el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, al señalar que 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; prerrogativa que se reglamentó a través del Decreto 1730 de 2001.

La jurisprudencia constitucional ha sido clara al señalar que la indemnización sustitutiva de la pensión a la cual se tiene derecho si se cuenta con la edad exigida pero no se reúnen las semanas de cotización o el tiempo de servicios con el Estado para acceder a la pensión de vejez **tiene carácter irrenunciable y con ello imprescriptible**, es decir, que puede ser reclamada en cualquier tiempo como lo sostuvo en sentencia T-865 de 2013, en razón a su vínculo inescindible al derecho fundamental a la seguridad social, careciendo de relevancia si los aportes constitutivos de la misma se efectuaron en vigencia o no del sistema general de seguridad social, criterio que guarda similitud con el esbozado por el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Así lo indicó la Corte Constitucional:

"Este Tribunal ha manifestado que el derecho a la indemnización sustitutiva es irrenunciable puesto que emana de la garantía constitucional a la seguridad social contemplada en el artículo 48 de la Constitución Política. En consecuencia, la prestación citada es imprescriptible y puede ser reclamada en cualquier tiempo, siempre que el interesado haya cumplido la edad para pensionarse y no reúna las cotizaciones para lograr el reconocimiento de la pensión. Sobre este punto, la Sentencia T-972 de 2006 sostuvo:

"El derecho a la indemnización sustitutiva, como las demás prestaciones consagradas en el sistema general de pensiones, es imprescriptible, en el sentido de que puede ser reclamada en cualquier tiempo. Así, la indemnización sustitutiva, sólo se sujeta a las normas de prescripción desde el momento en que ha sido reconocida por la entidad responsable, previa solicitud del interesado, quien, como se anotó, puede libremente optar bien por elevar el requerimiento para el reconocimiento de esta prestación, o bien por continuar cotizando hasta cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez."

Así mismo, la Corte ha manifestado que el derecho pensional a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, puede solicitarlo una persona que no haya cotizado pero que hay prestado sus servicios al Estado, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, así:

"Finalmente, la Corte Constitucional ha señalado que las entidades encargadas del reconocimiento del derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez deben tener en cuenta las semanas cotizadas o el tiempo de servicio prestado por el peticionario antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993"

{...}

Sin embargo, la entidad accionada le negó la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez con el argumento de que esa prestación fue creada por la Ley 100 de 1993, y que la accionante no hizo aportes al sistema en vigencia de esta norma. Al respecto, la Sala de Revisión considera que los argumentos expuestos por Cajanal EICE – en liquidación – para negar el reconocimiento del derecho, desconocen la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional, según la cual, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez también beneficia a aquellas personas que solo hicieron aportes o prestaron servicios al Estado antes de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones establecido por medio de la Ley 100 de 1993" (negrilla fuera del texto).

Igualmente, el Consejo de Estado manifestó que "en aras de despejar cualquier duda respecto del reconocimiento de un derecho consagrado en la Ley 100 de 1993, a una persona que para la fecha en la cual ésta entró en vigencia no estaba vinculada al servicio público, destaca la Sala que el legislador no exigió como presupuesto del reconocimiento del derecho a la indemnización sustitutiva estar vinculado al servicio, ni excluyó de su aplicación a las

personas que estuvieran retiradas del servicio. Si así lo hubiere hecho, tal disposición sería a todas luces inconstitucional, entre otras razones, por ser violatoria del derecho a la igualdad contenido en el artículo 13 de la Carta y desconocer la irrenunciabilidad de los derechos ciertos e indiscutibles (art. 15 C.S. del T.) y de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales- art. 53 ibídem-, así como la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho, la garantía a la seguridad social y la asistencia a las personas de la tercera edad- art. 46-."

Por último, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, por medio del cual se establece la figura de la indemnización sustitutiva, "no consagró ningún límite temporal a su aplicación ni condicionó la misma a circunstancias tales como que la persona hubiera efectuado las cotizaciones con posterioridad a la fecha en que empezó a regir la Ley 100 de 1993 o que aquél que pretenda acceder a ella hubiere cumplido la edad para pensionarse bajo el imperio de la nueva normatividad".

Así las cosas, tendrán derecho a solicitar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de vejez las personas que, independientemente de haber estado afiliadas al Sistema Integral de Seguridad Social al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, cuentan con la edad exigida pero no reúnen las semanas de cotización o el tiempo de servicios con el Estado para acceder a la pensión de vejez".

3.4. DE LA ESPECIAL PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS DE LA TERCERA EDAD.

Ha establecido la Corte Constitucional, a través de su abundante jurisprudencia, que dentro del Estado Social de Derecho los adultos mayores merecen una especial protección. Así, en sentencia T - 1097 de 2007, con ponencia del Magistrado Mauricio Gonzales Cuervo, señaló que:

"Del mandato constitucional contenido en el inciso 2º del artículo 46 de la Carta, se desprende la obligación del Estado de garantizar los servicios de seguridad social integral a los adultos mayores, dentro de los cuales se encuentra la atención en salud, a modo de salvaguarda especial de derechos prestacionales que permitan el adecuado ejercicio de derechos fundamentales como la vida, la integridad personal y la dignidad humana, en vista de las especiales condiciones en que se encuentran sus titulares."

De manera pues que de la mencionada protección especial, se desprende la obligación de mayores garantías para permitirles el goce y disfrute de sus derechos fundamentales como a la seguridad social, al mínimo vital y a una vida digna; prerrogativas estas ya analizadas previamente con detalle.

5. CASO CONCRETO.

La parte actora considera que COLPENSIONES vulneró los derechos fundamentales a la vida digna, mínimo vital y seguridad social del señor MARCO ARTURO NEIRA AGUIRRE, en razón a que no le ha reconocido y pagado su pensión de vejez al no tenerle en cuenta tiempos cotizados ante el Ministerio de Defensa o porque no le pagó su indemnización sustitutiva de la pensión de vejez aduciendo la prescripción de aquella prestación.

Desde una posición opuesta, COLPENSIONES manifiesta que sus decisiones están sujetas a la legalidad, que las solicitudes que ha elevado el actor tendiente al pago de su indemnización sustitutiva han sido atendidas oportunamente por dicha entidad y que en principio la acción de tutela no es el mecanismo legal para acceder a reconocimientos pensionales, salvo el cumplimiento estricto de los requisitos fijados por la jurisprudencia constitucional.

En el caso concreto se encuentra demostrado lo siguiente:

- El señor MARCO ARTURO NEIRA AGUIRRE nació el **18 de octubre de 1927** según fotocopia de su cédula de ciudadanía (fl. 9)
- MARCO ARTURO NEIRA AGUIRRE y ANA CECILIA MERCHAN PEREZ contrajeron matrimonio civil el **5 de noviembre de 1979** según acta suscrita ante el Juzgado Tercero Civil Municipal de Tunja (fls. 7-8, 24-25)
- Mediante **Resolución N. 002015 del 23 de mayo de 2000**, el Instituto de Seguros Sociales negó la pensión de vejez solicitada por el señor MARCO ARTURO NEIRA AGUIRRE y le concedió indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en cuantía de

\$ 1.816.802 cuya liquidación se basó en 459 semanas cotizadas con un ingreso base de liquidación de \$ 372.005.00. justificando tal negativa en que:

"Que el asegurado (a) MARCO ARTURO NEIRA AGUIRRE, con fecha de nacimiento 18 de octubre de 1927, C.C. 2.016.673, afiliación 902016673 010661822 de la Seccional BOYACÁ presentó el 06 de ENERO de 2000, solicitud de pensión o indemnización por vejez, teniendo como último patrono COOP. CENTRAL DE DISTIB. LTDA Patronal 06016200134.

Que según lo dispuesto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el régimen de transición se aplica a quienes en el momento de entrar en vigencia el nuevo sistema general de pensiones tenían 35 o más años la mujer o 40 o más años el hombre o 15 años o más de servicios cotizados, siempre y cuando al 31 de marzo de 1994 estuviere afiliados a un determinado régimen prestación para reconocer la pensión con la edad, tiempo y monto por él establecida.

Que en el caso concreto del peticionaria, si bien es cierto cumplía el requisito exigido para estar en transición, también lo es que al 31 de marzo de 1994 no se encontraba afiliado al ISS para que se beneficiaria de su régimen, razón por la cual no le es aplicable para reconocerle la pensión con el número de semanas cotizadas exigido en sus reglamentos, esto es, 500 semanas pagadas dentro de los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de los 60 años de edad, o 1000 en cualquier época, como lo dispone el artículo 12 del acuerdo 049 de 1990 (Decreto 758 de 1990)

Que el asegurado tiene la edad requerida por el artículo 33 de la Ley 100 anteriormente indicada, es decir, 60 años, pero no acredita las 1000 semanas exigidas por la misma norma para el derecho a la pensión de vejez, por cuanto según su historia laboral ha cotizado al ISS un total de 459 semanas.

Que por las razones expuestas se concluye que el asegurado no es acreedor a la pensión de vejez reclamada, y ha declarado su imposibilidad de continuar cotizando al Sistema de Pensiones cumpliendo con los requisitos exigidos para tener derecho a la indemnización sustitutiva que reclama, conforme a lo establecido por el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual es procedente su reconocimiento" (fls. 16 Cuaderno principal y fl. 2 Exp. 2001-00033 Cuad. 1)

- El **22 de marzo de 2001**, el señor MARCO ARTURO NEIRA AGUIRRE presentó a través de apoderado judicial demanda laboral ordinaria en contra del Instituto de Seguros Sociales la cual le correspondió al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tunja bajo el radicado 2001-0033 (fl. 9 vto Exp. 2001-0033) . En dicho expediente se corroboró que:

- En la demanda pretendió que se declarara nula la resolución N. 0020 del 23 de mayo de 2000, (sic) proferida por el Instituto de Seguros Sociales, que como consecuencia de la anterior declaración se condenara a ese Instituto a reconocer y pagar a favor del señor NEIRA AGUIRRE una pensión de vejez equivalente al salario mínimo legal y a partir de cuando adquirió el derecho por acreditar quinientas cinco semanas y edad de sesenta años antes de la vigencia de la ley 100 de 1993, que se le condene a pagar las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año con el mismo valor de la mesada pensional correspondiente, que la condena sea indexada, que el pago se realice con los reajustes anuales del I.P.C.

En la demanda se indicó que se agotó la vía gubernativa contra la Resolución demandada, que adquirió el derecho a su pensión de vejez el 19 de octubre de 1987 y que la norma aplicable es la Ley 71 de 1988, es decir la pensión por aportes y que deben concurrir para su pago el I.S.S. y el Ministerio de Defensa (fls. 6 Exp. 2001-0033)

- Dentro de las pruebas que se allegaron estaban: i) Resolución N. 002015 de 2000, que profirió el I.S.S., ii) Escrito a través del cual se interpusieron los recursos de reposición y en subsidio apelación contra el anterior acto administrativo, iii) certificado fechado el 18 de julio de 1994, que expidió la División de Archivo General del Ministerio de Defensa en el que consigna que examinadas las listas de la revista de la Escuela Militar de Cadetes Guarnición Bogotá, figura NEIRA AGUIRRE MARCO ARTURO como sirviente aseo desde el 1 de abril de 1951 hasta el 28 de febrero de 1952 (fl. 5), iv) certificado de los periodos de afiliación al Régimen de Pensiones del I.S.S. en la cual se consigna como último empleador del señor NEIRA AGUIRRE la Cooperativa Central de Distribuciones LTDA en el periodo comprendido

entre el 4 de diciembre de 1990 al 15 de febrero de 1991 para un total de 459 señas cotizadas (fls 47-48)

- La demanda se admitió (fl. 10), se notificó al I.S.S. (fl. 14), el Instituto Accionado contestó la demanda (fl. 30-35)
- Se llevaron a cabo las audiencias de trámite del procedimiento ordinario laboral con la presencia de los apoderados demandante y de la entidad demandada (fls. 36-42, 51-52), presentaron alegatos (fls. 53-55).
- El trámite de primera instancia culminó con sentencia inhibitoria, en razón a que se declaró la falta de competencia de la jurisdicción ordinaria para conocer de ese litigio, considerando que era competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa (fls. 56-67)
- La Sala Laboral del Tribunal Superior de Tunja a través de sentencia del 29 de julio de 2004, confirmó, en grado de consulta, el fallo inhibitorio de primera instancia pero por las razones allí expuestas (fls. 11-16)

- En **oficio 062-02-DHLYNP - 00528 del 20 de enero de 2012**, el Instituto de Seguros Sociales le informó al señor MARCO ARTURO NEIRA AGUIRRE que frente a su solicitud tendiente a que se le pague la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez concedida con la Resolución N. 002015 del 23 de mayo de 2000, interpuso los recursos de ley por medio de los cuales se confirmó el acto confirmado agotando la vía gubernativa, que en su carpeta pensional solo reposa solicitud de reintegro fechada el 12 de julio de 2011, que no existe documento anterior mediante el cual hubiese suspendido los términos de prescripción para el pago de tal indemnización, por lo que la misma se encuentra prescrita en virtud de lo dispuesto en el artículo 50 del Decreto 758 de 1990 (fl. 13).
- Por medio de **oficio del 5 de abril de 2013**, COLPENSIONES solicita al accionante diligenciar formulario y anexar documentos a fin de dar trámite a su petición tendiente a que se le pague indemnización (fl. 14)
- Mediante **oficio BZ2013_3036293-1516528 del 31 de julio de 2013**, la Gerente General de Nomina de COLPENSIONES le informó al accionante que no es posible realizar el reintegro de la indemnización debido a que se aplicó la prescripción según lo establecido en artículo 50 del Decreto 758 de 1990 (fl. 11)
- A través de **oficio BZ2015_11719818-3285167 del 3 de diciembre de 2015**, COLPENSIONES informó al accionante el trámite a seguir para dar respuesta a su solicitud tendiente al reintegro de indemnización (fl. 12)
- En **oficio BZ 2015_11719818 del 5 de noviembre de 2016**, el Gerente Nacional de Reconocimiento de Pensiones de COLPENSIONES informó al accionante que mediante Resolución GNR 289542 del 28 de septiembre de 2016, esa entidad negó el giro de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

Igualmente le indicó que a través de la Resolución N. 2015 de 2000, negó el reconocimiento de la pensión de vejez del accionante y ordenó el pago de dicha indemnización, que el señor NEIRA AGUIRRE radicó el 11 de noviembre de 2004, un derecho de petición comunicando que mediante proceso ordinario laboral el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tunja resolvió en sentencia proferida el 24 de abril de 2002, inhibirse de resolver sobre la pretensión declarativa de nulidad de la resolución proferida por el ISS, que la misma se sometió a consulta ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Tunja confirmando aquella determinación, que mediante radicado del 20 de octubre de 2006, nuevamente el señor NEIRA AGUIRRE mediante derecho de petición solicitó nuevamente el giro de la indemnización sustitutiva reconocida mediante la Resolución N. 2015, que mediante oficio GNAP del 31 de enero de 2007, el ISS le da respuesta al derecho de petición del 18 de agosto de 2006, radicado el 20 de octubre de 2006, donde le indicó que mediante Acta 00933 del 9 de septiembre de 2002, se le notificó la resolución N. 1823 del 9 de septiembre de 2002, quedando agotada la vía gubernativa, y a partir de ahí solo hasta el 11 de noviembre de 2004, radicó petición donde solicitó la indemnización que le fue reconocida desde el año 2000, mediante resolución N. 2015, y que al transcurrir más de 1 año conforme al artículo 50 del Acuerdo 049 de 1990 (Decreto 758 /90), el derecho a cobrar

cualquier subsidio, prestación o mesada pensional ya reconocida, por lo que operó la figura de la prescripción.

Que en aplicación al precedente de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia no habrá lugar a aplicar término de prescripción alguno al reconocimiento de la indemnización sustitutiva, en la medida que esa prestación es imprescriptible, que en lo que respecta al cobro de la indemnización sustitutiva todo lo que se haya reconocido y no cobrado a partir de 23 de noviembre de 2006, es imprescriptible y puede ser reclamado en cualquier momento y que lo reconocido en fecha anterior se encuentra prescrito para su cobro como la que se le reconoció en el año 2000 al accionante (fls. 10).

- Declaración de la señora **ANA CECILIA MERCHAN PEREZ**, esposa del señor MARCO ARTURO NEIRA quien cuenta con 66 años edad. Afirmó que interpuso la acción de tutela a favor de su esposo porque en la Defensoría le dijeron que podía hacerlo dado su estado de salud, que trabaja en un taller de costura en su casa con el cual adquiere su sustento, que reciben con su esposo una cuota alimentaria cada dos meses por parte del municipio, Oficina del SISBEN por valor de \$ 80.000.00 pesos para cada uno, y con la ayuda de sus hijos, que la casa en la que habitan es de su propiedad, pero no tienen más bienes y viven solos. Explicó que su esposo trabajó como comerciante en diversas empresas, que trabajó como personal civil en la escuela de Cadetes, que al reclamar ante COLPENSIONES no le quieren reconocer para la pensión el tiempo que trabajo en la escuela de cadetes, que contrataron un abogado y que les dijo que el seguro social no le aceptaba el tiempo que trabajó porque eso no hacía juego con el trabajo que había desempeñado en los otras partes donde trabajó como vendedor.

Aclaró que pretenden con esta acción que el seguro social le reconociera la pensión a su esposo y que le tuvieran en cuenta las semanas que trabajó en la escuela militar de cadetes, aproximadamente 11 meses, que si no es posible que les devuelvan la plata, que se incluyan esas semanas cotizadas, que pensó que estas peticiones las había puesto el abogado de la Defensoría en esta acción constitucional.

Que decidieron interponer esta acción hasta esta época porque COLPENSIONES les enviaban papeles a la casa primero diciéndoles que iban a estudiar la solicitud, que nos iban a pagar, y después les dijeron que no y seguimos presentando escritos. Finalmente, dijo que su esposo ARTURO tiene enfermedad psiquiátrica bipolar afectiva y está bajo medicamentos ácido alproico y quetiapina, también sufre de la tensión y que por la edad ya se está quedando sordo, igualmente padece de la próstata que también tiene medicamentos, que trae las ordenes médicas, y que tiene oxígeno igualmente.

- En su declaración el señor **MARCO ARTURO NEIRA AGUIRRE** manifiesta que está de acuerdo con los hechos expuestos en la tutela y con lo que manifestó su esposa en la diligencia, señalando que "Claro que estoy de acuerdo porque hace tiempo estoy pidiendo la pensión".
- Según documentos médicos allegados por la accionante se advierte que el señor MARCO ARTURO NEIRA AGUIRRE padece de "Insuficiencia renal crónica" ante lo cual sigue tratamiento médico (fl. 29, 45, 47, 48) padece de episodios psicóticos agudos y trastorno bipolar con tratamiento por psiquiatría y medicado desde el año 2013 (fl. 31-36, 41-44), padece problemas auditivos (fl. 37-40)

Con fundamento en lo anterior, y en aras de dar respuesta al primer problema jurídico planteado, procederá el Despacho a examinar si el señor MARCO ARTURO NEIRA AGUIRRE tiene derecho al reconocimiento y pago de su pensión de vejez en aplicación de las normas anteriores a Ley 100 de 1993, tomando en consideración los tiempos que laboró para el Ministerio de Defensa.

Debe decirse que en el presente asunto es claro que el accionante es beneficiario del régimen de transición consagrado en el inciso 2 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, si se tiene en cuenta que, al 1 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de esa disposición contaba con 67 años de edad (nació el 18 de octubre de 1927 (fl. 9)), superando con creces la edad exigida para los hombres que hicieran parte de ese régimen como lo era tener a esa fecha 40 años; beneficio de régimen que valga decir fue reconocido por el Instituto de

Seguros Sociales en la parte motiva de la Resolución N. 2015 de 2000, que negó el reconocimiento pensional (fls. 16 Cuaderno principal y fl. 2 Exp. 2001-00033 Cuad. 1).

De manera que la normatividad que le resulta aplicable al actor en primer lugar, es la anterior a la Ley 100 de 1993, específicamente, el Decreto 758 de 1990, "Por el cual se aprueba el acuerdo número 049 del mismo año, emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios", mandato dirigido a los trabajadores particulares afiliados al ISS, condición que efectivamente tuvo el señor NEIRA AGUIRRE, teniendo en consideración que al momento de su retiro estaba afiliado a ese Instituto como trabajador del sector privado.

Como se explicó anteriormente, el artículo 12 de dicha norma estableció que tienen derecho a la pensión de vejez quienes lleguen a la edad de sesenta (60) años si son hombres, o cincuenta y cinco años (55) si son mujeres, y hubiesen efectuado al menos cotizaciones equivalentes a quinientas (500) semanas en los veinte (20) años previos al cumplimiento de la edad mínima requerida, o cotizado mil (1.000) semanas en cualquier tiempo; disposición que debe interpretarse en armonía con la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional en el sentido que el I.S.S. tenía la obligación de acumular el tiempo de servicio no cotizado en alguna otra entidad pública, para efectos de acceder a tal reconocimiento pensional.

Luego si el señor MARCO ARTURO NEIRA contaba con más de 60 años, y se contabiliza el tiempo que el señor MARCO ARTURO NEIRA AGUIRRE cotizó para el I.S.S. en un total de 459 semanas (fls 47-48), más el tiempo que trabajó para el Ministerio de Defensa en el año 1951 y 1952 entre el 1 de abril de 1951 al 28 de febrero de 1952, en un total de 46 semanas tal como lo precisó el I.S.S. en los alegatos de conclusión que expuso dentro del proceso ordinario laboral 2001-00033, (fls. 53-55) y se acredita con la certificación visible a folio 5, y más las 10.5 semanas que cotizó entre el 4 de diciembre de 1990 al 15 de febrero de 1991, según se advierte del certificado de los periodos de afiliación al Régimen de Pensiones del I.S.S. (fls 47-48) daría un total de 515.5 semanas, que superaría el monto establecido en el citado artículo 12 del Decreto 758 de 1990, en cuanto a las 500 semanas exigidas; sin embargo se advierte que no se cumple con el requerimiento que también contempla dicha norma relativa a que dichas cotizaciones sean anteriores a los 20 años del cumplimiento de la edad mínima requerida, es decir anteriores al 18 de octubre de 1987 hasta el 18 de octubre de 1967, razón por la cual es necesario remitirnos al otro supuesto normativo contemplado en dicha disposición que posibilita acceder a dicha pensión si se ha cotizado mil (1.000) semanas en cualquier tiempo.

Así pues, como quiera que no se advierte que el accionante hubiese cotizado más de 515.5 semanas a fin de lograr las 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo, es dable concluir que no le asiste el reconocimiento de su derecho pensional bajo la égida del artículo 12 del Decreto 758 de 1990, por el cual se aprueba el acuerdo número 049 del mismo año.

Bajo ese escenario, y teniendo en cuenta que el señor NEIRA AGUIRRE no reunió el requisito de tiempo de servicios para pensionarse conforme al Acuerdo 049 de 1990, el régimen pensional que regularía su situación será el establecido en la Ley 71 de 1988, que como se precisó autoriza el análisis de las semanas cotizadas al ISS y a Cajas de previsión del sector público, cuando no se obtiene la pensión bajo las exigencias de aquel acuerdo, exigiéndose como presupuesto para acceder a la pensión de vejez sumar las cotizaciones efectuadas en uno y otro sector, y que éstas arrojen no menos de veinte (20) años de servicios cotizados, y acreditar cincuenta y cinco (55) años de edad o más si es mujer o sesenta (60) años o más de edad si es hombre.

Frente a este régimen, se advierte que si bien el accionante cumplió con la edad exigida, no menos cierto es que no se ajusta al tiempo de cotización por un lapso de 20 años a entidades del sector público como privado, es decir, en el caso concreto, al Instituto de Seguro Social como al Ministerio de Defensa.

Por consiguiente, dando respuesta al primer problema jurídico planteado considera el Despacho que si bien es cierto COLPENSIONES -antes I.S.S.- quebrantó las disposiciones legales e interpretaciones jurisprudenciales al desconocer su obligación de acumular el tiempo de servicio no cotizado en alguna otra entidad pública, para efectos de acceder al reconocimiento de una pensión de vejez en los términos previstos en el Acuerdo 049 de 1990; obligación que se fundamenta en el principio constitucional de favorabilidad y en la

aplicación del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en el caso concreto, los que cotizó el actor ante el Ministerio de Defensa, también lo es que si se tienen en cuenta los mismos, no se ajusta a las exigencias el reconocimiento de la pensión de vejez a luz de dicho acuerdo y de la Ley 71 de 1988.

Ahora bien, teniendo en cuenta que no se accedió al reconocimiento de la pensión de vejez solicitada por el accionante, procede el Despacho a verificar si COLPENSIONES vulneró los derechos fundamentales a la vida digna, mínimo vital y seguridad social del señor MARCO ARTURO NEIRA AGUIRRE, en razón a que no le pagó su indemnización sustitutiva de la pensión de vejez aduciendo la prescripción de aquella prestación.

Así pues, en el presente asunto se vislumbra que el señor MARCO ARTURO NEIRA AGUIRRE es una persona de 89 años de edad, que prestó sus servicios por 11 años, aproximadamente a empresas del sector privado antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y que la indemnización sustitutiva correspondiente fue negada a través de los diversos actos administrativos con base en la prescripción de dicha prestación lo cual no se ajusta a los lineamientos de la Corte Constitucional, razón por la cual el Despacho concederá el amparo judicial de los derechos fundamentales invocados y a la protección reforzada a las personas de la tercera edad, condición que ostenta el accionante.

Finalmente y como quiera que este despacho resolvió a favor del accionante el segundo problema jurídico planteado, se hace necesario ordenar a la entidad accionada Colpensiones antes ISS, reconocer, liquidar y pagar la respectiva indemnización sustitutiva de la pensión de vejez del señor Marco Arturo Neira Aguirre no solo con los tiempos cotizados antes esa entidad sino que deberá incluir en su liquidación el tiempo que cotizó ante el Ministerio de Defensa desde el 1º de abril de 1951 al 28 de febrero de 1952 atendiendo las reglas fijadas por la Corte Constitucional en las sentencias transcritas en párrafos anteriores, donde se le impone la obligación al ISS ahora Colpensiones la carga de agotar los trámites administrativos ante las otras entidades donde haya cotizado el trabajador diferentes a esa entidad de Previsión.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO.- TUTELAR respecto del señor MARCO ARTURO NEIRA AGUIRRE sus derechos constitucionales fundamentales relacionados con derechos y garantías fundamentales a la vida digna, mínimo vital y seguridad social vulnerados por COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Como consecuencia de lo anterior, **ORDENAR** al Representante Legal de COLPENSIONES que dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta sentencia, realice las gestiones administrativas tendientes a obtener reconocimiento, liquidación y pago de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, en favor del señor MARCO ARTURO NEIRA AGUIRRE, cuyo cálculo incluirá los periodos cotizados ante el Ministerio de Defensa, dentro del periodo comprendido entre el 1º de abril de 1951 al 28 de febrero de 1952, por lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO.- NEGAR el reconocimiento y pago de pensión de vejez a favor del señor MARCO ARTURO NEIRA AGUIRRE, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO.- INFORMAR a las partes que ésta decisión puede Impugnarse dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de éste proveído.

QUINTO.- Para los efectos de notificación procédase conforme a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA

21

Radicación No: 150013333012 - 2017 - 00002 - 00

Demandante: ANA CECILIA MERCHAN PEREZ a nombre del señor MARCO ARTURO NEIRA AGUIRRE y a través de Defensor Público de la Defensoría del Pueblo.

Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

Vinculados: CERENTE NACIONAL DE RECONOCIMIENTO DE COLPENSIONES

SEXO.- De no ser apelado el presente fallo, envíese el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


EDITH MILENA RATIVA GARCIA
JUEZ