

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO TREINTA Y UNO DE FAMILIA
BOGOTÁ D. C.

Bogotá D.C, diecisiete (17) de enero de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO: TUTELA

RADICADO: 31-2022-00876

ACCIONANTE: CARLOS GUSTAVO VARGAS SALAZAR

**ACCIONADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
- COLPENSIONES.**

ANTECEDENTES:

Procede el despacho a desatar la acción de tutela instaurada por **CARLOS GUSTAVO VARGAS SALAZAR** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, a fin de que se le ampare sus derechos fundamentales de Seguridad Social, protección al adulto mayor, integridad personal y derecho a la vida digna.

Entre otros se citaron los siguientes hechos:

- Manifiesta el tutelante que, nació el 16 de febrero de 1956 y que por medio de la Resolución 494 del 28 de enero de 1992, el seguro social le reconoció una indemnización de invalidez de origen no profesional.
- Indica el actor que, mediante resolución N° SUB286963 del 29 de octubre de 2021, COLPENSIONES le negó el reconocimiento de su pensión por vejez.
- Informa el accionante que, con resolución N° SUB-191654 del 21 de julio de 2022, la entidad encartada resolvió o acceder a la solicitud de revocatoria directa de la Resolución SUB 259845 del 5 de octubre de 2021, argumentando su negativa en que al tramitar y cobrar la indemnización sustitutiva de una pensión de vejez se desafilio del sistema general de pensiones y sus cotizaciones no pueden ser tenidas en cuenta para ningún otro tramite prestacional.
- Asevera el quejoso que, COLPENSIONES le indica que al recibir la pensión sustitutiva de desafilio al sistema general de pensiones, sin embargo posterior a ello, le reconocieron la indemnización sustitutiva, se hicieron pagos a su favor por concepto de pensión y estos fueron recibidos por la entidad.
- Argumenta el tutelante que, es sujeto de especial protección, se encuentra discapacitado, invidente, perdió todas sus facultades visuales, fue calificado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca con un 83.30% de pérdida de capacidad laboral y con el pasar del tiempo su salud cada vez se deteriora. Tiene 70 años y por sus condiciones de salud, no tiene la posibilidad de someter su caso a un proceso ordinario el cual puede tardar años en resolverse.

PRETENSION DE LOS ACCIONANTES

"1. Solicito a su señoría tutelar los derechos fundamentales para que sean amparados los derechos fundamentales a la seguridad social, protección al adulto mayor, integridad personal, derecho a la vida digna y los demás que considere en su sabiduría el despacho judicial por ser un ciudadano discapacitado sujeto de especial protección por parte del Estado y los demás que considere en su sabiduría el despacho judicial.

2. En consecuencia, ORDENAR al representante legal o quien haga sus veces de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones proceda a dejar sin efectos la Resolución NO. SUB 286963 del 29 de octubre de 2021.

3. Se ORDENE al representante legal o quien haga sus veces de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones que, en el término de 48 horas siguientes a la notificación del Fallo, proceda a emitir un nuevo acto administrativo a través del cual reconozca y pague la pensión de vejez a mi favor."

CONTESTACION AL AMPARO

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, conforme lo ordenado en el auto admisorio, procedió a descorrer el traslado de la presente acción, a través de **MALKY KATRINA FERRO AHCAR**, obrando en calidad de directora de acciones constitucionales de dicha entidad, quien manifiesta que:

Al validar el sistema de información, se pudo corroborar que mediante Resolución No. SUB 286963 del 29 de octubre de 2021, la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, Niega el reconocimiento de una Pensión de Vejez, solicitada por el Señor CARLOS GUSTAVO VARGAS SALAZAR al no cumplir con el lleno de requisitos establecidos en la Ley, para acceder al reconocimiento prestacional solicitado.

Que la Resolución SUB 286963 del 29 de octubre de 2021, se notificó el día 29 de octubre de 2021, y el día 3 de mayo de 2022 se presentó solicitud de revocatoria directa, la cual fue resuelta mediante resolución SUB 184349 DEL 13 DE JULIO DE 2022 que resolvió: No Acceder a la solicitud de Revocatoria Directa de la Resolución No. SUB 286963 del 29 de octubre de 2021.

Ahora bien, el señor CARLOS GUSTAVO VARGAS SALAZAR interpone acción de tutela con miras a que se ordene por esta vía pueda continuar con las cotizaciones a la seguridad social, pretensión que debe declararse improcedente ya que al desiste de la Indemnización Sustitutiva de Pensión de Vejez a él reconocida mediante la Resolución No. 494 del 28 de enero de 1992, este realizó el cobró de la prestación económica reconocida, como quiera que no se evidencian reintegros de sumas de dineros en la nómina de esta entidad por concepto de indemnización de vejez y en ese sentido al solicitar la prestación económica presentó manifestación de manera libre su imposibilidad de continuar cotizando a pensión y por tanto se desafilió del sistema, además no es compatible la Indemnización Sustitutiva de Pensión de Vejez con otra prestación económica.

Además, no se observa petición, queja o reclamo relacionado con los hechos y pretensiones de la tutela, por lo que si el accionante esta

inconforme con lo resuelto por Colpensiones debió agotar los procedimientos administrativos y/o judiciales establecidos para tal fin en caso de considerarlo pertinente.

La ley 100 de 1993, a través del artículo 37, define la indemnización sustitutiva como aquella prestación a la que tienen derecho "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...", es decir, que la norma señala de manera expresa y categórica que las personas que reciban esta prestación, no pueden seguir cotizando para ninguna otra prestación del sistema, pues de lo contrario faltarían a la verdad sobre dicha imposibilidad declarada bajo juramento.

Lo anterior significa que el sistema pensional no sólo cubre el riesgo de vejez, sino también los riesgos de invalidez y sobrevivencia de los afiliados; igualmente, el Artículo 2º del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, aplicable por expresa remisión del Artículo 31 de la citada Ley 100.

De igual manera, se tiene que el artículo 2.2.4.5.6. del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016 expresamente señala la incompatibilidad entre la indemnización sustitutiva con cualquier otra prestación del sistema: "Salvo lo establecido en la ley, 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.

En tal sentido, una vez el afiliado ha cumplido con la edad mínima para pensionarse sin el mínimo de semanas exigidas por ley para el reconocimiento de la pensión de vejez, tiene una de dos opciones: a) solicitar la indemnización sustitutiva o b) continuar cotizando hasta cumplir los requisitos para el reconocimiento de la prestación pensional; por lo tanto, para que al afiliado se le reconozca la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, exige el artículo 37 de la ley 100 de 1993 una declaración de imposibilidad por parte del afiliado de continuar cotizando, que conlleva la demarcación y el retiro del sistema, lo cual impide que siga aportando para obtener el derecho al reconocimiento de otra indemnización o prestación pensional.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el accionante, manifestó su imposibilidad de continuar cotizando al sistema de pensiones, y por tal motivo le fue otorgada su indemnización sustitutiva de pensión de vejez, no es procedente el que hubiese continuado cotizando al sistema general de pensiones para buscar en la actualidad el reconocimiento de prestaciones económicas adicionales por parte de esta Administradora de Pensiones.

Todo lo anterior debido a que, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez es una prestación la cual es incompatible con las pensiones de Vejez o invalidez y las prestaciones previas que de esta última se desprenden como el reconocimiento de incapacidades y calificación de Pérdida de capacidad laboral.

Con todo lo anterior, es claro que en primer lugar esta discusión escapa de la órbita constitucional y en segundo lugar que el tema litigioso

objeto de tutela no tiene asidero jurídico teniendo en cuenta que no hay lugar a realizar pago de aportes con posterioridad a la declaración de imposibilidad de continuar cotizando al sistema, por lo que indefectiblemente debe ser resuelto por el juez natural de la causa.

En ese sentido, y conforme a lo expuesto, no se puede considerar que COLPENSIONES ha vulnerado derecho fundamental alguno, por cuanto no tiene responsabilidad alguna en la transgresión de los derechos fundamentales. Lo anterior, teniendo en cuenta que actualmente COLPENSIONES no tiene petición o trámite pendiente por resolver a favor del ciudadano.

Conforme al postulado expuesto en precedencia, es claro que el accionante no acredita un perjuicio irremediable por el cual requiere una protección inmediata a lo manifestado, situación que debe ser tenida en cuenta para que se declare improcedente el trámite tutelar.

Resulta oportuno resaltar que de acuerdo con el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 la acción de tutela es un mecanismo subsidiario y residual por lo que será improcedente cuando existan otros recursos o medios de defensa judicial, razón por la cual, en concordancia con el numeral 4º del artículo 2º del Código Procesal del Trabajo, toda controversia que se presente en el marco del Sistema de Seguridad Social entre afiliados, beneficiarios o usuarios, empleadores y entidades administradoras deberá ser conocida por la jurisdicción ordinaria laboral.

Ahora bien, con relación a la edad del accionante como factor relevante para conceder el amparo deprecado mediante la acción de tutela y obtener así el pago de una prestación pensional, la Corte Constitucional fue enfática en la sentencia T-391 de 2013, al determinar lo siguiente:

“(...) la condición de sujeto de la tercera edad no constituye per se razón suficiente para admitir la procedencia de la acción de tutela. En efecto, reiterando lo expuesto por la Corte en distintos pronunciamientos sobre la materia, para que el mecanismo de amparo constitucional pueda desplazar la labor del juez ordinario o contencioso, según se trate, es también necesario acreditar, por una parte, la ocurrencia de un perjuicio irremediable derivado de la amenaza, vulneración o afectación de derechos fundamentales como la vida digna, el mínimo vital y la salud; y, por otra, que someterla a la rigurosidad de un proceso judicial común puede resultar aún más gravoso o lesivo de sus derechos fundamentales”.

En armonía con lo anterior, se ha previsto la protección tutelar transitoria frente a la existencia de un perjuicio irremediable, sin embargo, debe destacarse que no ocurre en el presente caso, ya que esta clase de protección temporal tiene condicionada su procedencia a la concurrencia de los siguientes requisitos:

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 de tratarse de una persona de la tercera edad, ésta demuestre la amenaza de un perjuicio irremediable, esto es, que el perjuicio afecte la dignidad humana, la subsistencia en condiciones dignas, la salud, el

mínimo vital, que existan lazos de conexidad con derechos fundamentales, o que evidencie que someterla a los trámites de un proceso ordinario le resultaría demasiado gravoso.

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

Finalmente, solicita se DENIEGUE la acción de tutela contra COLPENSIONES por cuanto las pretensiones son abiertamente IMPROCEDENTES, como quiera que la presente tutela no cumple con los requisitos de procedibilidad del art. 6º del Decreto 2591 de 1991, así como tampoco se encuentra demostrado que Colpensiones haya vulnerado los derechos reclamados por el accionante y está actuando conforme a derecho.

FUNACION OFTAMOLOGICA NACIONAL- FUNDONNAL -, conforme lo ordenado en el auto admisorio, procedió a descorrer el traslado de la presente acción, a través de **MARIO ANDRÉS SUÁREZ TOVAR**, obrando en calidad de Coordinador del Grupo Interno de Trabajo de Asuntos Judiciales de la Oficina Asesora Jurídica, quien manifiesta que:

Al respecto, la Fundación Oftalmológica Nacional – FUNDONAL se permite aclarar que los hechos y peticiones contenidas en la demanda de tutela se refieren exclusivamente a la negativa al reconocimiento de la pensión de vejez alegados por el tutelante frente a COLPENSIONES, en la que solicita amparar el derecho a la seguridad social, protección al adulto mayor, integridad personal y el derecho a la vida digna, al considerar que tratándose de un ciudadano discapacitado es sujeto de especial protección por parte del Estado.

En ese orden, la Fundación Oftalmología Nacional – FUNDONAL como Institución Prestadora de Servicios de Salud es ajena a cualquier asunto referido en los hechos de la demanda, y solamente puede dar respuesta a la afirmación contenida en el hecho noveno en cuanto el señor Carlos Gustavo Vargas Salazar, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.307.057, fue atendido en esta Institución y se diagnosticó que padecía ceguera binocular.

Finalmente, solicita su desvinculación del trámite de la tutela de la referencia, porque las peticiones contenidas en la demanda en las que el señor Carlos Gustavo Vargas Salazar solicita amparar el derecho a la seguridad social, protección al adulto mayor, integridad personal y el derecho a la vida digna, los que considera vulnerados por la negativa al reconocimiento de la pensión de vejez, son de competencia exclusiva de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES y, por lo tanto, son ajenas a las obligaciones legales a cargo de la Fundación en su calidad de Institución Prestadora de Servicios de Salud.

TRAMITE PROCESAL

La mencionada acción fue admitida por auto del quince (15) de diciembre de 2022, en el que se ordenó la notificación a la entidad accionada y se le concedió el termino perentorio de dos (02) días, para que se pronuncie sobre los hechos sustento de la presente tutela.

Se encuentra el presente asunto para decidir y a ello se procede, observándose que no se ha incurrido en causal de nulidad que invalide lo actuado, previas las siguientes,

C O N S I D E R A C I O N E S :

1.- La acción de tutela se implantó en nuestro ordenamiento jurídico con la específica finalidad de otorgar a las personas la protección inmediata a los derechos constitucionales fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de autoridad y, también por los particulares por los mismos motivos, pero en este último evento sólo en los casos taxativamente consagrados en la ley.

En primer lugar, debe recordarse que conforme lo dispone el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo residual y subsidiario, llamado a proceder sólo frente a los casos particulares de vulneración o amenaza de los derechos fundamentales por parte de las autoridades o de particulares en los precisos casos establecidos por el legislador.

La naturaleza subsidiaria y excepcional de la acción de tutela, permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos. Al existir tales mecanismos, los ciudadanos se encuentran obligados a acudir de manera preferente a ellos, cuando son conducentes para conferir una eficaz protección constitucional.

Es por ello por lo que, quien alega la vulneración de sus derechos fundamentales debe haber agotado los medios de defensa disponibles por la legislación para el efecto.

Sin embargo, también se ha indicado que la sola existencia de un medio alternativo de defensa judicial no implica automáticamente la improcedencia de la acción de tutela, porque el medio judicial debe ser idóneo y eficaz para la defensa de los derechos fundamentales.

En este sentido, si el juez constitucional observa que el otro medio de defensa no resulta conducente para la protección efectiva de los derechos invocados, el fallador puede válidamente garantizar la protección preeminente y efectiva de los derechos fundamentales, admitiendo la procedencia en estas circunstancias, de la acción de tutela. Al respecto en la sentencia T-580 de 2006 se indicó:

"La aptitud del medio judicial alternativo, podrá acreditarse o desvirtuarse en estos casos, teniendo en cuenta entre otros, los siguientes aspectos: i) el objeto de la opción judicial alternativa y ii) el resultado previsible de acudir a ese otro medio de defensa judicial. El juez constitucional deberá observar, en consecuencia, si las otras acciones legales traen como resultado el restablecimiento pleno y oportuno de los derechos fundamentales vulnerados en la situación puesta en su conocimiento, evento en el que, de resultar afirmativa la apreciación, la tutela resultará en principio improcedente. A contrario sensu, si el juez determina que el mecanismo de defensa judicial aparentemente preeminente no es idóneo para restablecer los derechos fundamentales vulnerados, la tutela puede llegar a ser procedente."

2.- El derecho al mínimo vital, reconocido como de estirpe constitucional ligado a la dignidad humana, surge como una idea de

condiciones mínimas que garantiza la satisfacción de las necesidades del ser humano en condiciones decorosas, que no se encuentra limitada a la cuantificación de los requerimientos biológicos para su subsistencia, sino a esa valoración material del trabajo desplegado, las condiciones propias de cada individuo, y un profundo respeto por su particular condición de vida.

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia T716 de 2017 señaló:

"...el derecho al mínimo vital tiene dos dimensiones: (i) la positiva, presupone que el Estado y en algunas ocasiones los particulares, cuando se reúnen las condiciones establecidas, "están obligados a suministrar a la persona que se encuentra en una situación en la cual ella misma no se puede desempeñar autónomamente y que compromete las condiciones materiales de su existencia, las prestaciones necesarias e indispensables para sobrevivir dignamente y evitar su degradación o aniquilamiento como ser humano"; (ii) la negativa, es un límite que no puede ser traspasado por el Estado, en materia de disposición de los recursos materiales que la persona necesita para llevar una existencia digna. En palabras de la Corte, "el Estado debe asegurar, en primer lugar, las condiciones para que las personas, de manera autónoma, puedan satisfacer sus requerimientos vitales y ello implica que, mientras no existan razones imperiosas, no puede el Estado restringir ese espacio de autonomía de manera que se comprometa esa posibilidad de las personas de asegurar por sí mismas sus medios de subsistencia..."

Vistas ambas dimensiones, el mínimo vital debe garantizarse no a través del imaginario de lo que otro ser humano puede necesitar para su subsistencia, sino que para ello debe tenerse en cuenta las especiales condiciones que cada individuo tiene, y así verificar dentro de su ideario de vida y las condiciones actuales, cuáles son las necesidades que deben ser satisfechas, sin que pueda afectarse sus condiciones particulares afectando su dignidad.

3.- Del adulto mayor y el principio de subsidiariedad de la acción de tutela.

Sea lo primero señalar que, conforme a lo manifestado en esta sentencia, de existir medios ordinarios de defensa judicial, el accionante debe acudir a estos de forma preferente, no obstante, cuando se trata de personas que por estar en estado de vulnerabilidad el afrontar dichas vías hacen más gravosa su situación, es factible acudir a la acción de tutela para reclamar el amparo a sus derechos fundamentales.

Tales condiciones fueron explicadas por la Corte Constitucional en la sentencia T-716 de 2017, al señalar:

"...En concordancia con lo anterior, el juez constitucional debe valorar, en cada situación, la idoneidad y eficacia de los otros mecanismos judiciales, para efectos de garantizar una protección cierta y suficiente de los derechos constitucionales fundamentales, por medio de la acción de tutela. Asimismo, para garantizar la igualdad material, el análisis de la subsidiariedad de la acción de tutela se debe flexibilizar cuando el accionante sea una persona en situación de vulnerabilidad. La vulnerabilidad supone la acreditación de las siguientes tres condiciones, cada una de ellas necesaria, y conjuntamente suficientes, en el accionante: (i) pertenecer a un grupo de especial protección constitucional, (ii) hallarse en una situación de riesgo (condición subjetivo-negativa)

y (iii) carecer de resiliencia, esto es, capacidad, por sí misma o con ayuda de terceros, para asumir sus necesidades hasta tanto agota la vía judicial ordinaria (condición subjetivo positiva) ...”

En cuanto al población de adultos mayores, se ha señalado que es un grupo vulnerable, los cuales son sujetos especial protección, ante el cual las autoridades y en especial el Juez Constitucional deben obrar con especial diligencia, atendiendo para ello, las condiciones que se constituyen en una debilidad manifiesta en estas personas, y así garantizar el goce de los derechos constitucionales y propender que cesen las situaciones de marginación y carencia de poder en los espacios que los afectan.

5.- Ahora bien, respecto al requisito de inmediatez, es pertinente aclarar que la Corte Constitucional, ha dicho:

“el examen de la inmediatez no consiste únicamente en revisar el paso del tiempo entre el hecho generador de la vulneración de un derecho fundamental y la interposición de la acción de tutela. Existen casos en los que el Juez de tutela debe verificar si existe un motivo válido, entendiéndolo como una justificación para el no ejercicio de la acción constitucional de manera oportuna, circunstancia justificativa que debe estar plenamente demostrada, y que debe responder a criterio de protección constitucional. Entre las circunstancias que la Corte ha reconocido como motivos justificantes para la tardanza, se encuentran las circunstancias de analfabetismo, desplazamiento forzado o de tratarse de madres cabeza de familia” [T-199 de 2015].

Dicho lo anterior, esta Sede Judicial constata que la acción de tutela que nos ocupa cumple en el requisito arriba descrito, pues si bien los hechos que dieron origen a la presunta vulneración de los derechos incoados se originaron desde octubre de 2021, fecha en la que se le negó el reconocimiento de la pensión por vejez al quejoso, tales acciones persisten inclusive hasta la fecha.

6.- Frente al caso en concreto, el accionante CARLOS AUGUSTO VARGAS SALZAR interpuso acción de tutela, en defensa de sus derechos fundamentales de Seguridad Social, protección al adulto mayor, integridad personal y derecho a la vida digna presuntamente vulnerados por la accionada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES al afirmar que, debido a la negatividad de reconocer la pensión por vejez a la que aduce tiene derecho, se está incurriendo en tal violación pues ella es una persona de especial protección al ser un adulto mayor y al contar con una discapacidad visual.

Frente a este punto, es importante analizar si efectivamente por este mecanismo excepcional se pueden reclamar este tipo de acreencias y si el mínimo vital del tutelante se ve afectado o no por la decisión de la entidad accionada.

Así las cosas, es preciso traer en cita lo afirmado por el máximo tribunal de lo constitucional en Sentencia T-00125 de 2018, así:

“4.1 Una de las contingencias que se aseguran a través del sistema de seguridad social es la vejez, pues su protección garantiza el derecho al mínimo vital y a la subsistencia digna de un trabajador “que llegó a un punto en su vida en el que ya no puede laborar y que, en esa medida, necesita de un ingreso mensual fijo que le permita descansar sin preocuparse por el medio a través del

cual va a suplir sus necesidades". Entonces, la pensión de vejez es el resultado del ahorro forzoso de una vida de trabajo y no puede entenderse como "una dádiva súbita de la Nación, sino el simple reintegro que del ahorro constante durante largos años, es debido al trabajador".

El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 señalaba como requisitos para hacerse acreedor de dicha prestación, cumplir con i) 55 años de edad si es mujer o 60 años de edad si es hombre, y ii) haber cotizado un mínimo de 1000 semanas en cualquier tiempo. Sin embargo, estos parámetros fueron incrementados en la Ley 797 de 2003, exigiendo i) 57 años de edad para las mujeres y 62 para los hombres, y ii) a partir del 1° de enero de 2005 aumentó en 50 semanas y desde el 1° de enero de 2006 aumentaría en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el 2015.

Ahora bien, este beneficio no tuvo su origen en el actual sistema general de pensiones; antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 existían diversas disposiciones legales que procuraban la aludida pensión para los trabajadores que cotizaban o prestaran sus servicios por determinado tiempo, como sucedía con la Ley 33 de 1985, la Ley 71 de 1988 y el Acuerdo 049 de 1990.

Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se integraron en un Sistema General de Seguridad Social los diversos regímenes pensionales existentes. Empero, en aras de proteger a quienes tenían la expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez de conformidad con los requisitos establecidos en la normatividad anterior, el legislador estableció un régimen de transición como forma de protección a sus garantías fundamentales, el cual ha sido definido por esta Corporación como "un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionares, en el momento del tránsito legislativo".

De ese modo, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dispuso que la edad, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez, serían los establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban afiliadas las personas que al momento de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones (1° de abril de 1994) cumplieran cualquiera de los siguientes requisitos: i) tener 35 años de edad en el caso de las mujeres, o 40 tratándose de hombres; o ii) contar con 15 años o más de servicios cotizados.

En todo caso, el legislador expidió el Acto Legislativo 01 de 2005 a través del cual le impuso un límite temporal al régimen de transición. Para ello, estableció que este no podría extenderse más allá del 31 de diciembre de 2010, excepto para los trabajadores que siendo beneficiarios del mismo, tuviesen al menos 750 semanas cotizadas o su equivalente en tiempo de servicios a la fecha en que entró en vigencia la citada reforma constitucional, evento en el que el régimen de transición se mantendría hasta el 31 de diciembre de 2014. (...)

5. Indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y su reconocimiento a trabajadores que cotizaron o prestaron sus servicios con anterioridad a la Ley 100 de 1993. Reiteración de jurisprudencia.

5.1 El reconocimiento de la pensión de vejez depende del cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley, ya sea del sistema general de seguridad social en pensiones o de alguno de los regímenes anteriores a su entrada en vigencia. Sin embargo, en ocasiones las personas no logran reunir las exigencias dispuestas por el Legislador para acceder a esa prestación, por lo que el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 dispuso una herramienta compensatoria denominada indemnización sustitutiva de la pensión. Dicha norma establece:

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”.

Esta prestación económica generó inquietudes en cuanto al reconocimiento a favor de aquellas personas que cotizaron o prestaron sus servicios con anterioridad a su creación. La problemática fue dilucidada por la Corte al afirmar que las personas que prestaron sus servicios y/o cotizaron bajo regímenes legales anteriores tienen derecho al reconocimiento de una indemnización sustitutiva de vejez. Lo anterior bajo los siguientes argumentos:

(i) Su desconocimiento contraviene el principio de favorabilidad en materia laboral consagrado en el artículo 53 de la Constitución, en concordancia con el artículo 21 del Código Sustantivo de Trabajo.

(ii) Las entidades a las que se le realizaron los aportes incurren en un enriquecimiento sin causa al retener los recursos que constituyen un ahorro del trabajador y es a este a quien le correspondería, en primer lugar, disfrutarlos.

(iii) La indemnización sustitutiva prevista en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 no dispuso un límite temporal para su aplicación, luego también son beneficiarias las personas que cotizaron o prestaron sus servicios con anterioridad. Además no se condicionó su reconocimiento a cotizaciones posteriores a su expedición.

(iv) El Sistema General de Seguridad Social en Pensiones reconoce, en el literal f) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que se puede tener en cuenta los tiempos de servicio o semanas cotizadas con anterioridad a su creación y bajo disposiciones precedentes con independencia de si fueron cotizados al Instituto de Seguro Social, caja, fondo o entidad del sector público o privado.

(v) Se trata de un derecho irrenunciable del trabajador que a su vez es imprescriptible.

(vi) Si bien el trabajador no tiene que renunciar a la expectativa de cumplir las semanas exigidas en la ley o el capital requerido, según el régimen pensional que haya elegido, lo cierto es que tampoco existe la obligación de continuar efectuando aportes hasta completar las exigencias legales para que le reconozcan la pensión, por lo que resulta válido que una vez haya alcanzado la edad mínima para acceder a la prestación periódica pueda proceder a solicitar la indemnización.

5.2 Ahora bien, la jurisprudencia constitucional adoptó esta interpretación no solo en los casos de personas que trabajaron en

el sector privado, sino también para los ex servidores públicos. Sobre el particular, ha concluido lo siguiente: i) por virtud del derecho a la igualdad, favorabilidad pensional y el efecto útil de la norma, se aplica indistintamente de si el trabajador fue afiliado o no por la entidad territorial a una caja o fondo prestacional; ii) todos los tiempos servidos -debidamente acreditados- antes de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 son computados para efectos de la liquidación, de conformidad con el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, y en especial, el Decreto 1730 de 2001 modificado por el Decreto 4640 de 2005; iii) cuando el vínculo laboral terminó sin que la entidad territorial trasladara el riesgo a una caja o fondo, esta mantiene la responsabilidad de asunción del reconocimiento y pago de la indemnización; y iv) debe verificarse que el reclamante esté en imposibilidad de acceder a una pensión de vejez.

5.3 Puede decirse entonces que la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez es una figura creada por el legislador en favor de aquellas personas que no logran acreditar el mínimo de semanas de cotización exigidos en el sistema general de pensiones o en alguno de los regímenes anteriores a su entrada en vigencia. Esta prestación tiene fundamento en que es el trabajador quien debe disfrutar de sus ahorros, razón por la cual estos no pueden ser retenidos por los empleadores, so pena de incurrir en un enriquecimiento sin justa causa. La indemnización sustitutiva es reconocida también a quienes cotizaron o prestaron sus servicios con anterioridad a la Ley 100 de 1993, pues el artículo 37 de dicha normatividad no dispuso un límite temporal para su aplicación, ni condicionó su reconocimiento a cotizaciones posteriores a su expedición. (...)"

Del análisis hecho, se infiere que la pensión por vejez, fue creada exclusivamente por el legislador para proteger los derechos de las personas que por su avanzada edad ya no pueden trabajar y que durante toda su vida laboral ahorraron con el fin de obtener un ingreso que les permitiera cubrir sus gastos cuando ya fueran de avanzada edad. Ahora es preciso hacer claridad que, conforme a la norma en cita, se deben cumplir ciertos requisitos para acceder a tal pensión o de lo contrario el trabajador tendrá derecho a la indemnización sustitutiva de vejez, como una forma de proteger al sujeto y de reconocerle el dinero al cual tiene derecho y del cual apporto al fondo a lo largo de su vida laboral.

Entonces, para el caso en concreto se tiene que, el mismo accionado indica que en el año 1992, accedió al beneficio de indemnización sustitutiva de vejez y por tanto, conforme lo establece el Art. 31 de la Ley 100 de 1993, así:

"PERSONAS EXCLUIDAS DEL SEGURO DE INVALIDEZ, VEJEZ Y MUERTE. *Quedan excluidos del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte:*

... d) Las personas que se hayan pensionado por el Régimen de los Seguros Sociales Obligatorios o hubieren recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o de invalidez por riesgo común, salvo para el caso de invalidez, que ésta hubiere cesado o desaparecido, en virtud de los programas de readaptación y rehabilitación por parte del Instituto (...)"

Por tanto, acceder a las pretensiones del actor, sería ir en contravía con lo establecido en la norma en cita y además, sería trasgredir los derechos que le asisten a las demás persona que si tienen derecho a una pensión

por vejez y nunca han reclamado una indemnización sustitutiva de vejez en ningún momento.

Ahora, si bien el tutelante afirma que es una persona de especial protección por su condición de salud y por su edad, lo cierto es que, tales condiciones no son de recibo para ir en contravía con lo establecido para el caso de pensiones por vejez, máxime cuando no se demostró el perjuicio irremediable que se pudiese causar si la entidad encartada persiste en su negación y el tiempo que conllevaría desatar esta controversia ante el Juez natural.

7.-Finalmente, no se instauro como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, pues en este caso no se reúnen los presupuestos establecidos para el efecto como son:

"i.- Cierta e inminente, esto es, que no se deba a meras conjeturas o especulaciones, sino a una apreciación razonable de hechos ciertos; ii.- Grave, desde el punto de vista del bien o interés jurídico que lesionaría y de la importancia de dicho bien o interés para el afectado; iii.- De urgente atención, en el sentido de que sea necesaria e inaplazable su prevención o mitigación, para evitar que se consume un daño antijurídico en forma irreparable, sin contar que cuenta con otros mecanismos en sede judicial para atacar su contenido"

Nótese que el actor no logró demostrar la afectación de derechos fundamentales que justifiquen la protección reclamada por esta vía, ni mucho menos que se conceda como mecanismo transitorio, al no advertirse la inminente gravedad de un perjuicio que afecte de manera irremediable sus garantías fundamentales, pues reiterase el accionante, debe cumplir con unos lineamientos establecidos por la Ley para hacer cumplir sus derechos, los cuales no significan que únicamente tenga que ser activando la acción constitucional de tutela, pues el amparo constitucional no puede reemplazar la jurisdicción ordinaria y menos cuando se tiene plenamente demostrado que el señor CARLOS GUSTAVO VASRGAS SALAZAR ya había recibido la indemnización sustitutiva de vejez mucho tiempo atrás.

En consecuencia, la improcedencia de la presente acción de tutela no solo surge del desconocimiento del accionante del principio de subsidiariedad que caracteriza este mecanismo constitucional de protección de derechos fundamentales, en tanto existen otras vías judiciales, sino también por la ausencia de demostración de la existencia de un perjuicio irremediable que afecte sus derechos fundamentales, pues es claro que, este no es el escenario para debatir si le asiste o no el derecho de reclamar la pensión de vejez de la cual aduce tiene derecho, pues es un tema que requiere de un debate donde se analicen los presupuestos jurídicos a fondo y se estudien de manera detallada una a una las pruebas que presenten tanto accionado como accionante, pues si bien es un sujeto de especial protección, lo cierto es que con anterioridad ya había gozado de una indemnización sustitutiva de pensión de vejez.

Memórese, además, que no le está dado a esta jurisdicción entrar a reemplazar al funcionario natural que, en línea de principio, es el llamado a resolver ese litigio, ni mucho menos sustituir los mecanismos ordinarios, pues ello equivaldría, ni más ni menos, una intromisión indebida de sus competencias, máxime cuando este Estrado no encuentra elementos de juicio suficientes que permitan conceder la tutela ni siquiera en forma

transitoria, pues reitérese el señor CARLOS GUSTAVO VASRGAS SALAZAR si bien es una adulto mayor, también lo es que, esta Falladora no puede pasar por encima de lo establecido por el legislador a fin de amparar derechos de los cuales no se probó siquiera sumariamente que estén siendo vulnerados por el actuar de la entidad encartada.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Treinta y Uno de Familia de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO. – NEGAR POR IMPROCEDENTE la presente acción de tutela, conforme lo expuesto en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO. - Comuníquesele a las partes, en forma rápida y por el medio más expedito, de conformidad a lo consagrado en el Art.16 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO. - Si este fallo no es impugnado envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE,
LA JUEZ;**

YPEM

Firmado Por:
Maria Emelina Pardo Barbosa
Juez
Juzgado De Circuito
Familia 031 Oral
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **bd1e4c8c8502e3c90db8c37dd163cf9d082ee4e21fd8335816827ab69ffe1210**

Documento generado en 17/01/2023 12:12:26 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>