siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / PENSIÓN DE VEJEZ / IMPROCEDENCIA GENERAL DE LA TUTELA PARA RECONOCER PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL / REQUISITOS PARA HACERLA PROCEDENTE / ACUMULACIÓN TIEMPOS PÚBLICOS Y PRIVADOS BAJO ACUERDO 049 DE 1990 / SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO / RÉGIMEN DE TRANSICIÓN / EXIGE HABER REALIZADO APORTES AL ISS ANTES DE ABRIL DE 1994.**

La acción de amparo se encuentra regida por el principio de subsidiariedad, ya que no se puede acudir a la tutela para suplantar los medios judiciales existentes , lo cual obliga al juez a verificar si el medio ordinario resulta idóneo y eficaz para proteger las garantías del actor, con el fin de establecer la procedencia de la tutela. De acuerdo con este requisito, la acción de tutela solo será procedente cuando: “(i) no exista en el ordenamiento jurídico un mecanismo judicial, o (ii) existiendo sea ineficaz y/o (iii) inidóneo. En todo caso, (iv) será procedente de manera transitoria cuando se constate la existencia de un perjuicio irremediable. Pues bien, en materia laboral el requisito de subsidiariedad adquiere una connotación particular. La Corte ha sostenido que cuando se trate de controversias relativas al derecho al trabajo, la acción de tutela en principio no es el mecanismo adecuado para debatirlas…

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que la acción de tutela no se creó para resolver controversias de índole económica ni para conceder pensiones, excepto que el solicitante sea un sujeto de especial protección, tal como lo dispuso dicha Corporación en la Sentencia T-471/17, así:

“La procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de prestaciones pensionales se sujeta a las siguientes reglas:… (iii) cuando la acción de tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional, como los niños y niñas, mujeres cabeza de familia, personas en condición de discapacidad, personas de la tercera edad, entre otros, el examen de procedibilidad de la acción de tutela es menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos”. (…)

De acuerdo con el precedente jurisprudencial, esta Sala considera que el señor Hernando de Jesús Grajales Cañaveral merece un trato preferente, por ser un adulto mayor y ante las circunstancias especiales por las cuales atraviesa, lo que se desprende de su edad de 70 años, toda vez nació el 7 de diciembre de 1948, según copia de su cédula de ciudadanía (Fl. 62), y por las múltiples patologías que padece, de acuerdo a las historias clínicas allegadas con los escritos de la demanda de tutela y con el de impugnación…

… la Corte Constitucional en la Sentencia T-063 de 2013, señaló que el tiempo de prestación de servicio obligatorio debe computarse como tiempo de servicio válido para trámite de pensión de jubilación y sobre la posibilidad de acumular el tiempo correspondiente a la prestación del servicio militar obligatorio frente a los periodos cotizados en el ISS según lo previsto en el acuerdo 049 de 1990…

… con fundamento en los precedentes jurisprudenciales relacionados a lo largo de este proveído, la Sala concluye que en el caso sub lite no hay lugar al cómputo de las 102 semanas que el actor tiene registradas en el Ministerio de Defensa Nacional cuando sirvió a la patria como soldado, por cuanto no tiene semanas efectivamente cotizadas al sistema general de pensiones antes del 1º de abril de 1994 y por esa razón, al actor no le asiste el derecho a que se estudie su pensión de vejez conforme a los parámetros fijados en el Acuerdo 049 de 1990…

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Pereira, veintidós (22) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Aprobado por Acta No.483

Hora: 3:10 p.m.

1. **ASUNTO A DECIDIR**

Corresponde a la Sala resolver la impugnación presentada por el señor Hernando de Jesús Grajales Cañaveral, frente al fallo emitido el 28 de marzo de 2019 por el Juzgado 6º Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esta capital, dentro de la acción de tutela que instauró en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

**2. RESUMEN DE LOS HECHOS**

2.1. El señor Hernando de Jesús Grajales Cañaveral informó que tiene 70 años de edad, que se afilió a pensiones al régimen de prima media desde el 1º de diciembre de 1997, contando en la actualidad con un total de 768.57 semanas cotizadas a Colpensiones. Igualmente, mencionó que prestó servicio militar como Soldado desde el 17 de agosto de 1969 hasta el 15 de agosto de 1971, acreditando aproximadamente 102 semanas cotizadas con el Ejército Nacional.

El accionante refirió que ante sus múltiples enfermedades, además de los padecimientos de salud de su cónyuge y la imposibilidad de ambos para laborar, el 15 de marzo de 2015 presentó solicitud de pensión de vejez a Colpensiones, pero fue negada con el argumento de que no reunía los requisitos establecidos en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, pese a que acredita la edad para ser beneficiario del régimen de transición, aunado a que cuenta con 500 semanas cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, por lo que consideró que se debe estudiar su requerimiento pensional bajo lo regido por el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año y nuevamente en el año 2016 solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, pero Colpensiones la negó por cuanto no acreditó cotizaciones al Seguro Social, con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones, es decir al 1º de abril de 1994.

El 16 de agosto de 2018 el actor presentó una solicitud para que Colpensiones verificara la jurisprudencia de la Corte Constitucional que hace referencia a que en aplicación al Acuerdo 049 de 1990, se pueden acumular tiempos cotizados a entidades públicas y a empleadores privados para que aquellas personas que acrediten 500 semanas de cotización dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, accedan a la pensión de vejez. Sin embargo, Colpensiones negó nuevamente la pensión de vejez mediante la resolución SUB22975 del 25 de enero de 2019.

Señaló que son varias las sentencias de la Corte Constitucional las que indican acerca del cómputo de los tiempos de servicios cumplidos en el sector público y privado para obtener la pensión de vejez y por lo tanto, en su caso, procede la acción de tutela para que se le conceda dicha pensión por ser un sujeto de especial protección constitucional y un trámite de un proceso ordinario, lo expondría a un perjuicio irremediable.

Por lo anterior, solicitó que se amparen sus derechos fundamentales a la vida digna, mínimo vital y debido proceso y en tal virtud, se ordenara a Colpensiones que en aplicación al Acuerdo 049 de 1990 acumulara los tiempos cotizados a entidades públicas y privadas, por acreditar 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad (Fls. 1-15).

2.2. Se tuvieron como pruebas las allegadas con la demanda de tutela (Fls. 16-66).

**3. RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONAD**

3.1. COLPENSIONES

Indicó que la Corte Constitucional ha sido reiterativa en sostener que la acción de tutela es improcedente para obtener el reconocimiento de derechos laborales pues, por su naturaleza excepcional y subsidiaria, está no puede reemplazar las acciones ordinarias creadas por el legislador para resolver asuntos de naturaleza litigiosa.

Consideró que al accionante se le ha brindado una respuesta de fondo a su solicitud pensional, a través de las resoluciones que relacionó en su respuesta. Por lo tanto, insistió que no es competencia del juez constitucional en este caso, realizar un análisis de fondo frente a la pretensión de Señor Hernando de Jesús Grajales Cañaveral, quien tiene otros mecanismos judiciales para obtener lo pretendido.

Solicitó que se desestimaran todas y cada una de las pretensiones del actor y que en su lugar, se declarara la improcedencia de la acción de tutela (Fls. 70- 72). Allegó copias de los actos administrativos por medio de los cuales se negó la pensión de vejez al accionante (Fls. 73-82).

**4. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

Mediante sentencia del 28 de marzo de 2019, el Juzgado 6º Penal del Circuito de Pereira, resolvió negar el amparo invocado por el señor Hernando de Jesús Grajales Cañaveral, lo anterior dado que no es el juez de tutela quien, en principio, deba proteger los derechos constitucionales alegados, toda vez que la competencia es subsidiaria y residual, es decir, el amparo procede siempre que no exista otro medio de defensa judicial de comprobada eficacia y en este asunto el actor cuenta con la jurisdicción ordinaria laboral o contencioso administrativa, máxime que Colpensiones resolvió cada una de las peticiones al señor Grajales Cañaveral (Fls. 83-89).

El accionante fue notificado del fallo anterior mediante el oficio No.579 del 28 de marzo de 2019 (Fl. 90 frente), el cual fue enviado al correo electrónico gjcaza@hotmail.com en esa misma fecha (Fl. 90 reverso).

**5. RESUMEN DE LOS FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN**

Dentro del término legal para presentar la impugnación, el 2 de abril de 2019, el accionante allegó un escrito por medio del cual manifiesta que además de su avanzada edad, sus afectaciones de salud son severas debido a un accidente cardiovascular que le dejó paralizado el lado izquierdo del cuerpo, desde la cara hasta la pierna, por lo que debe movilizarse por medio de la ayuda de un bastón. Además, sufre de una enfermedad pulmonar obstructiva (EPOC), tiene una patología renal crónica y disminución casi total de la visión. Igualmente, expuso que se en condiciones de extrema pobreza, lo que ha conllevado a una depresión, debiendo ser remitido con el psicólogo.

Insistió que no se encuentra en condiciones físicas para trabajar, por esto resaltó que la Corte Constitucional en aplicación de los principios de solidaridad y favorabilidad de los trabajadores que por sufrir enfermedades congénitas que deterioran paulatinamente la salud, merecen un trato especial y que por ende, las normas que consagran los requisitos para acceder a una prestación, sean interpretadas de acuerdo a la forma en que se pueda otorgar la pensión a fin de garantizar fines superiores como los derechos a la dignidad humana y al mínimo vital.

Reiteró que se encuentra en circunstancias de vulnerabilidad que no fueron tenidas por el juez de primer grado, quien tampoco valoró las pruebas que allegó con la demanda de tutela. Por lo tanto, es que la acción de tutela es procedente y no es justo que tenga que esperar a que en la jurisdicción ordinaria se estudie su caso, en el entendido de que se reconozca la pensión de vejez según lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la acumulación de tiempos cotizados a entidades públicas y privadas cuando se acrediten 500 semanas de cotización dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad para acceder a la pensión de vejez (Fls. 92-100).

Allegó copia de la valoración médica del 28 de marzo de 2019 en donde se remite al accionante a psicología, declaración extra juicio de la señora Alba Lucía Grajales Cano ante la Notaría Segunda del Circuito de Pereira (Fls. 101-104).

**6. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

6.1. Esta Sala es competente para conocer de la presente acción, de conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 reglamentario del artículo 86 de la C.N. A su vez se cumplen los requisitos de legitimación por activa y por pasiva, previstos en los artículos 10 y 13 del Decreto 2591 de 1991.

6.2. Problema jurídico y solución al caso en concreto

6.2.1. Le corresponde determinar a esta Corporación si la decisión adoptada en primera instancia fue acorde a los preceptos legales y jurisprudenciales o si por el contrario, hay lugar a revocarla de acuerdo a los planteamientos expuestos por la parte impugnante.

6.3. Para arribar a cualquier conclusión, debe señalarse que la Constitución Política Colombiana consagró la acción de tutela en el artículo 86 como un derecho que tiene toda persona para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por si misma o por quien actúe a su nombre la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de particulares en su caso, protección que consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo, fallo que será de inmediato cumplimiento; pero esta acción sólo es procedente cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que ella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

6.4. Sea lo primero indicar que la Corte Constitucional ha identificado seis causales específicas de improcedencia de la tutela, que son las siguientes:

1. *Existencia de otro medio de defensa judicial.[[1]](#footnote-1)*
2. *Existencia del Habeas Corpus.[[2]](#footnote-2)*
3. *Protección de derechos colectivos.[[3]](#footnote-3)*
4. *Casos de daño consumado.[[4]](#footnote-4)*
5. *Tutela frente a actos de carácter general, impersonal y abstracto.[[5]](#footnote-5)*
6. *A su vez se han considerado como causales de improcedencia de la tutela, el incumplimiento del principio de inmediatez[[6]](#footnote-6); la tutela contra sentencias de tutela[[7]](#footnote-7) y la tutela temeraria[[8]](#footnote-8).*

6.5. La acción de amparo se encuentra regida por el principio de *subsidiariedad,* ya que no se puede acudir a la tutela para suplantar los medios judiciales existentes[[9]](#footnote-9), lo cual obliga al juez a verificar si el medio ordinario resulta idóneo y eficaz para proteger las garantías del actor, con el fin de establecer la procedencia de la tutela.[[10]](#footnote-10) De acuerdo con este requisito, la acción de tutela solo será procedente cuando: *“(i) no exista en el ordenamiento jurídico un mecanismo judicial, o (ii) existiendo sea ineficaz y/o (iii) inidóneo. En todo caso, (iv) será procedente de manera transitoria cuando se constate la existencia de un perjuicio irremediable. Pues bien, en materia laboral el requisito de subsidiariedad adquiere una connotación particular. La Corte ha sostenido que cuando se trate de controversias relativas al derecho al trabajo, la acción de tutela en principio no es el mecanismo adecuado para debatirlas pues en “el ordenamiento jurídico colombiano prevé para el efecto acciones judiciales específicas cuyo conocimiento ha sido atribuido a la jurisdicción ordinaria laboral y a la de lo contencioso administrativo, según la forma de vinculación de que se trate, y afirmar lo contrario sería desnaturalizar la acción de tutela, concretamente su carácter subsidiario y residual”.*

6.6. La seguridad social como derecho constitucional fundamental y su protección por medio de la acción de tutela (SU-060 de 2010):

*“4.- La seguridad social se erige en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho constitucional a cuyo cumplimiento se compromete el Estado, según se sigue de la lectura del artículo 48 superior, el cual prescribe lo siguiente: “Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social”.*

*La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho a la seguridad social se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional pues son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social. El artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona afirma que:*

*“Artículo XVI. 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”.*

*De manera similar, el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prescribe:   “Artículo 9. Derecho a la Seguridad Social. 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes. (…)”* (Subrayas fuera del texto original)

**6.7. SOLUCIÓN AL CASO EN CONCRETO**

6.7.1. En el caso sub examine, observa la Sala que el señor Hernando de Jesús Grajales Cañaveral acudió al juez constitucional con el fin de que se amparen sus derechos fundamentales a la seguridad social, vida digna, mínimo vital y debido proceso y consecuentemente, se ordenara a Colpensiones que con base en lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, acumule los tiempos cotizados en las entidades públicas y privadas, por acreditar 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad con el fin de acceder a la pensión de vejez.

6.7.2. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que la acción de tutela no se creó para resolver controversias de índole económica ni para conceder pensiones, excepto que el solicitante sea un sujeto de especial protección, tal como lo dispuso dicha Corporación en la Sentencia T-471/17, así:

*“La procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de prestaciones pensionales se sujeta a las siguientes reglas: (i) procede como mecanismo transitorio, cuando a pesar de la existencia de un medio ordinario de defensa para el reconocimiento de la prestación, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme a la especial situación del peticionario; (ii) procede la tutela como mecanismo definitivo cuando el medio ordinario dispuesto para resolver las controversias, no es idóneo y eficaz, conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia. Además, (iii) cuando la acción de tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional, como los niños y niñas, mujeres cabeza de familia, personas en condición de discapacidad, personas de la tercera edad, entre otros, el examen de procedibilidad de la acción de tutela es menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos.*

*(…)alto tribunal constitucional en sentencia 57 ablecidos. B 201009 de 21 de septiembre ez, indic entidades administradoras deb*

*Estas reglas jurisprudenciales, han sido observadas por la Corte en diferentes pronunciamientos. En efecto, en sentencia T-485 de 2011, este Tribunal expresó que la carga de imposición de la acción de tutela en un determinado tiempo resulta desproporcionada cuando los accionantes son de la tercera edad y se encuentran en una situación de debilidad manifiesta originada por la precaria situación económica que viven, debido a la falta de reconocimiento de la pensión que reclamaban y su delicado estado médico. En aquella oportunidad se reiteró que la inmediatez no puede alegarse como excusa para eludir la protección constitucional requerida por una persona que sufre serios deterioros en su salud.*

*Posteriormente en sentencia T-805 de 2012, la Corte manifestó que el periodo de tiempo transcurrido para interponer el amparo fue razonable, en atención a las especiales condiciones del actor, pues se trató de una persona de la tercera edad (77 años), sin la posibilidad económica para sufragar sus gastos de subsistencia y su precaria situación de salud. Lo que además demostró que la amenaza de sus derechos fue continua y actual.*

*(…) En ese sentido, las personas de la tercera edad se encuentran en una situación de debilidad e indefensión, por lo que requieren de una protección constitucional reforzada. Sin embargo, esta Corporación ha expresado que esa sola y única circunstancia no es suficiente para acreditar la procedencia de la acción de tutela para resolver asuntos sobre acreencias pensionales, por lo que se requiere la demostración probatoria del daño causado al actor, materializado en la vulneración de sus derechos fundamentales.*

*Ahora bien, este Tribunal ha establecido que en materia de reconocimiento y pago de un bono pensional, la procedencia de la acción de tutela está condicionada a la verificación de las siguientes subreglas jurisprudenciales: i) el acceso a la pensión de vejez está supeditado a la expedición del bono pensional; o ii) el trámite para su expedición se ha prolongado excesivamente; o iii) la vía constitucional es utilizada para evitar un menoscabo en los derechos fundamentales al mínimo vital y a la dignidad humana.*

*(…) Entre los adultos mayores, solo algunos son considerados personas de la tercera edad, lo que le ha permitido a la jurisprudencia constitucional con fundamento en el principio de igualdad, prever distintos efectos jurídicos relacionados con una u otra categoría. Por ejemplo, ante las solicitudes de prestaciones pensionales mediante acción de tutela, en principio, el adulto mayor cuenta con un medio ordinario idóneo, cual es el proceso ante la jurisdicción laboral. Sin embargo, a la tercera edad no puede exigírsele el agotamiento de este mecanismo judicial ordinario.*

*La Corte ha advertido que respecto del tema pensional, esa distinción obedece al ánimo de brindar una protección especial a quienes requieren un mayor apoyo estatal para la realización de sus derechos en atención a su avanzada edad. Al mismo tiempo, impide vaciar de competencia y operatividad institucional las vías ordinarias de defensa judicial laboral en materia pensional, pues considerar que todas las personas en edad de jubilación son de la tercera edad, genera implícitamente la equivocada concepción de que la acción de tutela es el único mecanismo idóneo para reclamar esas acreencias prestacionales, lo cual desnaturaliza el amparo constitucional y afecta la estructura orgánica diseñada por la norma Superior y el Legislador para garantizar el acceso a la administración de justicia.*

*(…) Como consecuencia de los presupuestos que engloba el principio de igualdad, las personas de la tercera edad que, sumado a su condición etaria, tengan otra suerte de limitación o debilidad, bien sea por factores culturales, sociales, físicos o psicológicos, que reduzcan aún más la posibilidad de interactuar en las mismas condiciones que el resto de sujetos que hacen parte de ese grupo, requieren de un trato si se quiere, doblemente especial. (…)* (Subrayas nuestras)

6.7.3. De acuerdo con el precedente jurisprudencial, esta Sala considera que el señor Hernando de Jesús Grajales Cañaveral merece un trato preferente, por ser un adulto mayor y ante las circunstancias especiales por las cuales atraviesa, lo que se desprende de su edad de 70 años, toda vez nació el 7 de diciembre de 1948, según copia de su cédula de ciudadanía (Fl. 62), y por las múltiples patologías que padece, de acuerdo a las historias clínicas allegadas con los escritos de la demanda de tutela y con el de impugnación, la que aparecen relacionadas así: *“1. Catarata Senil, Enfermedades Cerebrovasculares especificadas, accidente Cerebrovascular, Hipertension Arterial Isquemia Cerebral, Espasmo Paravertebral Lumbar, Epoc Senil, Otitis Media Aguda Serosa,* (Fls. 54-61). Lo anterior, aunado a la vinculación del accionante al SISBÉN (Fl. 53) y su manifestación de no contar con ingreso alguno ni ayuda de nadie, aseveraciones que no fueron desvirtuadas por la entidad demandada.

6.7.4. Significa entonces, que este asunto específico debe ser estudiado por el juez de tutela con el fin de determinar si al accionante le asiste o no el derecho prestacional que reclama por esta vía constitucional. En tal sentido, superado el test de procedencia de la demanda de amparo, se entrará a verificar las normas y la jurisprudencia que indican cuando procede por tutela la pensión de vejez bajo el principio de favorabilidad reclamado por el apoderado del actor.

6.7.5. De las pruebas allegadas con la demanda de tutela, se observan las siguientes:

* Resolución GNR291732 del 23 de septiembre de 2015, por medio de la cual Colpensiones negó el reconocimiento de la pensión de vejez al señor Hernando de Jesús Grajales Cañaveral, indicando que el mismo tiene 857 semanas cotizadas al sistema y que al no estar en el régimen de transición, la pensión debía estudiarse con base en lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003 y en ese sentido, no reunía los requisitos para acceder a dicha pensión como era acreditar 1300 semanas cotizadas para el año 2015 (Fls. 35-38).
* Resolución GNR258456 del 31 de agosto de 2016, por medio de la cual Colpensiones negó el reconocimiento de la pensión de vejez al señor Hernando de Jesús Grajales Cañaveral, señalando que el mismo cuenta con 861 semanas cotizadas al sistema, pero que no cotizó al ISS con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones, es decir, el 1º de abril de 1994. Igualmente, señaló que si bien era cierto el afiliado cumplía con el requisito de la edad, conforme al régimen de transición, no tenía 20 años de cotización que equivalen a 1029 semanas para estudiar su solicitud conforme lo dispuesto en la Ley 71 de 1998 y como no tenía registro de semanas cotizadas al 1º de abril de 1994, no se podría hacer la verificación conforme a los parámetros establecidos en el Decreto 758 de 1990. En tal virtud, el afiliado debía seguir cotizando para completar las exigencias del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado pro el artículo 9º de la Ley 797 de 2003 o en su defecto solicitar la indemnización sustitutiva (Fls. 30-34).
* El 16 de agosto de 2018, el accionante, a través de apoderado judicial, solicitó nuevamente a Colpensiones que le conceda la pensión de vejez conforme a los dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 y conforme al principio de favorabilidad en el que la jurisprudencia de la Corte Constitucional señala que se debe acoger la postura que le resulte más beneficiosa al afilado en cuanto a la acumulación de tiempos de cotización en su historia laboral (Fls. 16-20).
* La anterior petición fue negada a través de la Resolución SUB307034 del 26 de noviembre de 2018 en la que Colpensiones consideró que el status de pensionado solo se adquiere cuando coincidan los requisitos mínimos de cotización y edad, de acuerdo con lo establecido en la Ley 797 de 2003 y que revisada la historia laboral del señor Grajales Cañaveral, solo acredita un total de 861 semanas de la 1300 que debe cumplir, pese a tener 69 años de edad. Así mismo, concluyó que no se puede estudiar la solicitud pensional conforme al Decreto 758 de 1990, por cuanto el accionante solo comenzó a cotizar al sistema general a partir del 1º de diciembre de 1997 es decir que no se encontraba afiliado al sistema general de pensiones al 1º de abril de 1994, de tal manera que no es beneficiario del régimen de transición. De tal manera, que el peticionario podrá pedir la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez (Fls. 21 y 22).
* La anterior decisión fue apelada por el abogado del accionante con el fin de que se diera aplicación al artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional que hace mención al principio de favorabilidad y pro homine que permiten para el caso, acumular tiempos cotizados a entidades públicas y a empleadores privados cuando se acrediten 500 semanas de cotización dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, acedan a la pensión de vejez, según se dijo en la Sentencia SU-769 de 2014 (Fls. 23-26).
* Mediante la Resolución SUB 22975 del 25 de enero de 2019, Colpensiones reconoce que el señor Grajales Cañaveral acredita un total de 861 semanas, de las cuales 758 fueron al entonces ISS, ya que las restantes corresponden a una caja diferente, y el cómputo de tiempos cotizados en diferente fondos de pensiones se tendrán en cuenta, según lo establecido en la sentencia SU-769 de 2014, para las personas que adquieran el reconocimiento a partir del 16 de octubre de 2014 y para el caso en concreto, el afiliado no cumplió con el número de semanas para adquirir el derecho a la prestación, por lo que señaló que no se le reconocerá la pensión bajo los presupuestos del Decreto 758 de 1990 y en tal virtud, confirmó lo resuelto en el acto administrativo SUB307034 del 26 de noviembre de 2018 (Fls. 27-29).
* Certificado de información laboral del Ministerio de Defensa Nacional en el que consta la vinculación del actor al Ejército Nacional como soldado por el período comprendido entre el 17/08/1969 al 15/08/1971 (Fl. 39).
* Reporte de semanas cotizadas en pensiones de Colpensiones donde se observa que tiene un total de semanas cotizadas de 758.57 (Fl. 45)

6.7.6. El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra el régimen de transición en el entendido de que:

“*La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*

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

*Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión devejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.(…)”*

6.7.6.1. Al respecto, la Corte Constitucional en la Sentencia SU-130 de 2013 indicó que no es menester cumplir con los dos requisitos exigidos por la ley 100 de 1993 para ser beneficiario del régimen de transición, basta con que se cumpla con la edad, en el caso de la mujeres 35 años o más y en de los hombres 40 o más o tener 15 años cotizados al sistema, disponiendo que:

*“Conforme con lo anterior, para ser beneficiario o sujeto del régimen de transición pensional y así quedar exento de la aplicación de la Ley 100/93 en lo referente a la edad, el tiempo y el monto de la pensión de vejez, no se requiere cumplir paralelamente el requisito de edad y el de tiempo de servicios cotizados, sino tan solo uno de ellos, pues la redacción disyuntiva de la norma así lo sugiere. Cabe precisar que la excepción a dicha regla se refiere al sector público en el nivel territorial, respecto del cual la entrada en vigencia del SGP es la que haya determinado el respectivo ente territorial (L.100, art. 151).”*

6.7.7. En la Sentencia T-547 de 2016 explicó que la anterior disposición no exige que las cotizaciones hayan sido efectuadas exclusivamente al seguro social porque la aplicación del régimen de transición no hace alusión al cómputo de las semanas, requisito que debe ser determinado según lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y con relación a la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral es posible realizar la acumulación de tiempos bajo el régimen del Acuerdo 049 de 1990, resulta más garantista acoger la misma interpretación en aquellos casos donde el peticionario cumple con el otro de los supuestos posibles contenidos en una misma norma para acceder a la pensión de vejez. En tal sentido, dicha providencia señaló lo siguiente:

*“(…) 7.2. En consecuencia, las personas que ahora se encuentran afiliadas al régimen de prima media con prestación definida, que son beneficiarios del régimen de transición y cuyas cotizaciones fueron efectuadas únicamente a dicho instituto, tienen derecho a que, para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez, la misma sea estudiada, respecto a la edad, tiempo de servicio y monto, de conformidad con los requisitos fijados en el Acuerdo 049 de 1990**[[49]](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-547-16.htm%22%20%5Cl%20%22_ftn49%22%20%5Co%20%22).*

*7.3. No obstante, como algunas personas no contaban con ese número de semanas de cotización al Seguro Social, con el fin de obtener el total requerido en la norma solicitaban que les fuera sumado el tiempo laborado en entidades públicas cotizado en las cajas o fondos de previsión. De esa manera, surgió el debate de si era posible acumular semanas de cotización en entidades públicas y privadas, el cual ha sido decantado por la jurisprudencia constitucional bajo el análisis de dos interpretaciones que nacen de la aplicación de la norma:*

*7.3.1. Una de ellas es la sostenida por el Instituto de Seguros Sociales, según la cual los beneficiarios del régimen de transición deben haber cotizado todo el tiempo de servicios exigido por la ley exclusivamente a esa entidad, sin que sea posible acumular las semanas aportadas a otros fondos o cajas de previsión social, públicas o privadas. La razón se encuentra fundamentada en los siguientes argumentos:*

*(i)      El Acuerdo 049 de 1990 “fue expedido por el Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, para regulación exclusiva de las prestaciones reconocidas por ese Instituto”;*

*(ii)   En el referido Acuerdo no se contempla la posibilidad de acumular semanas cotizadas a otras entidades, “pues para ello existían otros regímenes, como la Ley 71 de 1988, que estableció la pensión por aportes (exigiendo para ello 20 años de aportes y las edades de 55 o 60 años, según se ha indicado en razón al sexo)”; y*

*(iii)  El requisito contenido en el literal “b” del artículo 12 del acuerdo, esto es, 500 semanas cotizadas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad para pensionarse, “fue en su momento un tipo de transición, para que los empleadores privados afiliaran a sus trabajadores más antiguos, a quienes no se había concedido pensión, a fin de que cotizaran en el ISS, por lo menos 10 años, y se les fuera concedida una pensión de jubilación”**[[50]](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-547-16.htm%22%20%5Cl%20%22_ftn50%22%20%5Co%20%22).*

*En virtud de esta interpretación, el interesado en la acumulación de tiempos de servicio tanto del sector público como del privado, perdería los beneficios del régimen de transición en tanto para ello debería acogerse en su integridad a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, normatividad que sí permite ese tipo de acumulación.*

*7.3.2. Por otro lado, una segunda interpretación sobre la aplicación del mencionado artículo 12 sugiere lo siguiente**[[51]](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-547-16.htm%22%20%5Cl%20%22_ftn51%22%20%5Co%20%22):*

*(i)      Del tenor literal de la norma no se desprende que el número de semanas de cotización requeridas lo sean las aportadas exclusivamente al ISS;*

*(ii)   El régimen de transición se circunscribe a tres ítems -edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas, y monto de la pensión-, dentro de los cuales no se encuentran las reglas para el cómputo de las semanas cotizadas, lo cual sugiere que deben ser aplicadas las del sistema general de pensiones.*

*7.4. Bajo esta interpretación, para obtener la pensión de vejez en virtud del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, es posible acumular tiempos de servicios tanto del sector público cotizados a cajas o fondos de previsión social, como del sector privado cotizados al Instituto de Seguros Sociales. Esto, por cuanto dicha disposición no exige que las cotizaciones hayan sido efectuadas exclusivamente al seguro social y porque la aplicación del régimen de transición solamente se limita a los tres ítems previamente señalados, donde no se encuentra aquel referente al cómputo de las semanas, requisito que debe ser determinado según lo dispuesto en la Ley 100 de 1993.*

*(…) 7.6. Específicamente, sobre el régimen contenido en el Acuerdo 049 de 1990, la aplicación de este principio implica que la entidad o autoridad responsable deberá acumular los tiempos cotizados a entidades públicas para contabilizar las semanas requeridas, atendiendo dos razones: (i) la falta de aplicación de las normas previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 harían nugatorios los beneficios que se derivan del régimen de transición y, en consecuencia, del régimen anterior al cual se encuentra afiliado el peticionario; y (ii) el artículo 12 del mencionado acuerdo no exige que las cotizaciones se hayan efectuado de manera exclusiva al Instituto de Seguros Sociales**[[54]](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-547-16.htm%22%20%5Cl%20%22_ftn54%22%20%5Co%20%22).”*

*(…) Una vez aceptado por esta Corporación que en aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral es posible realizar la acumulación de tiempos ya mencionada bajo el régimen del Acuerdo 049 de 1990, resulta más garantista acoger la misma interpretación en aquellos casos donde el peticionario cumple con el otro de los supuestos posibles contenidos en una misma norma para acceder a la pensión de vejez. En ese sentido, la segunda posición es la que mejor se ajusta al principio de favorabilidad contenido en los artículos 53 de la Carta Política y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, y al principio pro homine derivado de los artículos 1° y 2° de la Constitución**[[56]](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-547-16.htm%22%20%5Cl%20%22_ftn56%22%20%5Co%20%22).*

*7.11. Por otro lado, permitir la acumulación de tiempos tanto del sector público como del privado en los eventos en que se acrediten 500 semanas de cotización dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, maximiza el goce efectivo del derecho fundamental a la seguridad social de un grupo poblacional vulnerable que ha visto disminuida su capacidad laboral para obtener los recursos necesarios que le permitan tener una subsistencia en condiciones dignas.*

*7.12. La Corte Constitucional en el asunto del que ahora se ocupa la Sala, se concluye que la interpretación que más se acompasa con los principios de favorabilidad y pro homine, es la que, en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, permite acumular los tiempos cotizados a entidades públicas y a empleadores privados, para que aquellas personas que acrediten 500 semanas de cotización dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, accedan a la pensión de vejez.”* (Subrayas fuera del texto original)

6.7.8. Ahora bien, la Corte Constitucional en la Sentencia T-063 de 2013, señaló que el tiempo de prestación de servicio obligatorio debe computarse como tiempo de servicio válido para trámite de pensión de jubilación y sobre la posibilidad de acumular el tiempo correspondiente a la prestación del servicio militar obligatorio frente a los periodos cotizados en el ISS según lo previsto en el acuerdo 049 de 1990, según los siguientes presupuestos:

*“Todo colombiano que haya prestado el servicio militar obligatorio y sea beneficiario de un régimen pensional que se fundamenta en los aportes efectivamente realizados al sistema, tiene derecho a que la entidad encargada de reconocerle la pensión de vejez, le compute el tiempo durante el cual prestó dicho servicio como semanas efectivamente cotizadas al sistema. Dicha entidad deberá, en cada caso concreto, solicitar a la Nación (ya sea a través del Ministerio de Defensa Nacional o de Hacienda y Crédito Público) la cuota parte correspondiente al tiempo de prestación del servicio, con base en el salario mínimo legal mensual vigente, pues –como lo ha sostenido el Consejo de Estado– pese a no haber aún reglamentación sobre el asunto en particular, el artículo 18 de la Ley 100 de 1993 determina que en ningún caso la base de cotización podrá ser inferior al monto del salario mínimo legal mensual vigente.*

*(…) Desde el año de 1945 se estableció un régimen de carácter legal y reglamentario, en el que se reconoce la obligación de tener en cuenta el tiempo de prestación del servicio militar obligatorio para el cálculo de varias prestaciones sociales, entre ellas la pensión de vejez. Este régimen se mantuvo con la expedición de la Constitución Política de 1991, en la que se dispuso el deber del legislador de reconocer prerrogativas a quienes prestan dicho servicio y así se consagró en el artículo 40 de la Ley 48 de 1993. Con la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y demás disposiciones pertinentes, se consagró un régimen en el que imperan las cotizaciones y los aportes efectivamente realizados al sistema, como presupuesto para acceder al reconocimiento de una pensión de vejez, a diferencia de lo que ocurre con algunos regímenes especiales –cuya vigencia se mantiene por virtud del régimen de transición– en los que se establece como requisito la acumulación de un determinado tiempo de servicio.*

*(…) Esta Corporación ha dicho que es una obligación del ISS acumular el tiempo de servicio no cotizado en alguna otra entidad pública, como ocurriría con el tiempo destinado a la prestación del servicio militar obligatorio, para efectos de acceder al reconocimiento de una pensión de vejez en los términos previstos en el Acuerdo 049 de 1990. Esta 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. En criterio de la Corte, el desconocimiento de este deber supondría una vulneración de los derechos al debido proceso y a la seguridad social, más allá del deber que existe de trasladar la respectiva cuota parte pensional, para efectos de mantener la sostenibilidad financiera del sistema.”* (Subrayas propias)

6.7.9. En aplicación al principio de favorabilidad en materia laboral, para el reconocimiento de la pensión de vejez bajo el régimen del Acuerdo 049 de 1990, es posible acumular las semanas de cotización en entidades públicas, con los aportes realizados al Instituto de Seguros Sociales y en la Sentencia SU-769 de 2014, la Corte Constitucional concluyó lo siguiente:

*(…) 9.1. El cómputo de las semanas cotizadas es un aspecto que quedó consagrado en la Ley 100 de 1993 precisamente para dar solución a la desarticulación entre los diferentes regímenes que durante un tiempo hizo imposible acumular tiempos de servicio con diferentes empleadores, reduciendo notablemente la posibilidad de los trabajadores para acceder a la pensión de vejez.*

*De conformidad con los precedentes jurisprudenciales reseñados en la parte considerativa de esta sentencia, para efecto del reconocimiento de esta prestación es posible acumular los tiempos de servicios cotizados a las cajas o fondos de previsión social, con las semanas de cotización efectuadas al Instituto de Seguros Sociales, por cuanto la exclusividad en los aportes a esta entidad se trata de un evento no contemplado en el Acuerdo 049 de 1990.*

*9.2. Por otro lado, según se decantó en esta providencia, por ser la postura que mejor se ajusta a la Constitución y a los principios de favorabilidad y pro homine, y que maximiza la garantía del derecho fundamental a la seguridad social, tal acumulación es válida no solo para los casos en que fueron acreditadas 1000 semanas en cualquier tiempo, sino también para los eventos en los que se demostró haber reunido un total de 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad requerida.*

*9.3. Finalmente, también es posible acumular el tiempo laborado en entidades públicas respecto de las cuales el empleador no efectuó las cotizaciones a alguna caja o fondo de previsión social, con las semanas aportadas al Instituto de Seguros Sociales. Lo anterior, toda vez que se trata de una circunstancia que puede limitar el goce efectivo del derecho a la seguridad social, y porque el hecho de no haberse realizado las respectivas cotizaciones o descuentos no es una conducta que deba soportar el trabajador, más aún cuando era la entidad pública la que asumía dicha carga prestacional.”* (Subrayas fuera del texto original)

6.7.10. Uno de los regímenes existentes antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 era el estipulado en el Acuerdo 049 del 1° de febrero de 1990, “*por el cual se expide el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte*”, emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios y aprobado por el Decreto Reglamentario 758 del mismo año, cuyo artículo 12 dispuso lo siguiente:

*“ARTÍCULO 12. REQUISITOS DE LA PENSION POR VEJEZ. 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, 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 mil (1.000) semanas de cotización sufragadas en cualquier tiempo.”*

6.7.11. Así las cosas, esta Sala advierte que si bien es cierto el señor Grajales Cañaveral al 1º de abril de 1994 tenía 46 años de edad, lo que según la jurisprudencia constitucional relacionada, acredita uno de los requisitos exigidos por el artículo 36 de la ley 100 de 1993 para ser beneficiario del régimen de transición, y que cuando cumplió los 60 años de edad el 7 de diciembre de 2008 (por haber nacido el 7 de diciembre de 1948) ya había cotizado dentro de los 20 años anteriores a esa fecha 572 semanas que corresponden al período comprendido entre el 1º de diciembre de 1997 al 1º de diciembre de 2008 (folio 45), también lo es que para dar aplicación al principio de favorabilidad conforme al Acuerdo 049 y Decreto 758 de 1990 artículo 12 antes transcrito, el accionante no tiene semanas cotizadas al ISS antes de entrar en vigencia la ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994).

6.7.12.  En esa medida y con fundamento en los precedentes jurisprudenciales relacionados a lo largo de este proveído, la Sala concluye que en el caso *sub lite* no hay lugar al cómputo de las 102 semanas que el actor tiene registradas en el Ministerio de Defensa Nacional cuando sirvió a la patria como soldado, por cuanto no tiene semanas efectivamente cotizadas al sistema general de pensiones antes del 1º de abril de 1994 y por esa razón, al actor no le asiste el derecho a que se estudie su pensión de vejez conforme a los parámetros fijados en el Acuerdo 049 de 1990, tal como lo ha considerado Colpensiones en sus actos administrativos, en el entendido de que el actor debe estarse a lo previsto en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003

6.7.13. En tal virtud, ante la inexistencia de un derecho que no ha sido reconocido, es decir, es incierto y discutible, escapa de la órbita constitucional para radicarse en un debate de rango legal que debe resolverse en la jurisdicción competente, toda vez que se requiere de un análisis probatorio más amplio y detallado sobre la concesión de la pensión de vejez en los términos como los solicitó el apoderado del accionante, lo que impide al juez constitucional adoptar medidas tendientes a conjurar en forma inmediata la presunta transgresión del derecho fundamental invocado.

Consecuente con lo anterior, esta Sala confirmará el fallo de primer grado.

**DECISIÓN**

Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por mandato de la Constitución y la ley,

**RESUELVE**

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de marzo de 2019 por el Juzgado 6º Penal del Circuito Con Funciones de Conocimiento de Pereira, dentro de la acción de tutela insaturada por el señor Hernando de Jesús Grajales Cañaveral en contra de COLPENSIONES.

SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes por el medio más expedito posible y remitir la actuación a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

1. Decreto 2591 de 1991, artículo 6-1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Decreto 2591 de 1991, artículo 6-2. [↑](#footnote-ref-2)
3. Decreto 2591 de 1991, artículo 6-3. [↑](#footnote-ref-3)
4. Decreto 2591 de 1991, artículo 6-4. [↑](#footnote-ref-4)
5. Decreto 2591 de 1991, artículo 6-5. [↑](#footnote-ref-5)
6. Sentencia T - 903 de 2008 entre otras. [↑](#footnote-ref-6)
7. Sentencia T - 1219 de 2001 [↑](#footnote-ref-7)
8. Decreto 2591 de 1991, artículo 38. Sentencia T-407 de 2005 entre otras. [↑](#footnote-ref-8)
9. Sentencia T-409 de 2008 [↑](#footnote-ref-9)
10. Sentencia T-011 de 1997 entre otras. [↑](#footnote-ref-10)