

Sentencia T-225/18



Referencia: Expediente T-6.445.746

Acción de tutela instaurada por José Laurino Asprilla contra la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-.

Magistrado Ponente:
ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá D.C., ocho (8) de junio de dos mil dieciocho (2018).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Diana Fajardo Rivera, Carlos Bernal Pulido y Alberto Rojas Ríos, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia de segunda instancia proferida el veintidós (22) de agosto de dos mil diecisiete (2017) por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santiago de Cali -Sala Laboral- que confirmó la sentencia dictada el veintiséis (26) de julio de dos mil diecisiete (2017) por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Oralidad de Cali, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor José Laurino Asprilla contra la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones).

En virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santiago de Cali -Sala Laboral- remitió a la Corte Constitucional el expediente T-6.445.746; posteriormente la Sala de Selección de Tutelas Número Once¹ de la Corte Constitucional, mediante Auto del 14 de noviembre de 2017, eligió para efectos de su revisión el asunto de referencia y por reparto correspondió al Despacho del Magistrado Alberto Rojas Ríos.

¹ Integrada por los Magistrados Alberto Rojas Ríos y Alejandro Linares Cantillo.

I. ANTECEDENTES

1.1. Hechos

1.1.1 El señor José Laurino Asprilla tiene 73 años de edad, padece hipertensión severa, insuficiencia renal crónica reagudizada, incontinencia fecal, falla cardiaca estadio B, aneurisma aorta torácica congestiva, prostatismo severo, sepsis severa de origen abdominal, cuadro gastroenterico severo con compromiso de la función renal, tiene instalado un marcapasos y ha sido calificado médicamente como paciente de alto riesgo².

1.1.2 Afirma que el 03 de octubre de 2004 satisfizo los requisitos exigidos por la Ley 100 de 1993³ para acceder a la pensión de vejez, de conformidad con los parámetros establecidos dentro del régimen de transición. Estos son, 60 años de edad y más de 500 semanas cotizadas dentro de los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la referida edad⁴.

1.1.3 Señala que el 09 de junio de 2008 solicitó por primera vez el reconocimiento de su pensión de vejez, fecha en la cual inició “*su calvario*”⁵, toda vez que en reiteradas ocasiones⁶ el Instituto de Seguros Sociales (ISS), ahora Colpensiones⁷ la negó debido a la supuesta insuficiencia de semanas cotizadas requeridas para obtenerla. Fue hasta el 10 de marzo de 2015, mediante Resolución

² Así lo establece su historia Clínica (Folios 145 a 152)

³ Artículo 36.

⁴ Se evidencia en la corrección de la historia laboral emitida por Colpensiones el 04 de marzo de 2015, que para el año 2004, el accionante contaba con 605.23 semanas cotizadas (Folios 81 a 85). Además en Resolución GNR 67919 del 10 de marzo de 2015 Colpensiones indica (Folio 97) que la fecha en la cual el accionante adquiere el status pensional, es el 03 de octubre de 2004. Afirma: “*para el análisis de la pensión reconocida, se tomó en cuenta que el peticionario cumple con los requisitos para los siguientes tipos de pensión, siendo aplicada por favorabilidad el indicado en columna Aceptada Sistema*” esto es: *pensión de vejez, Decreto 758 de 1990, Régimen de Transición Hombre.*

⁵ Así lo afirma el accionante en el escrito de tutela.

⁶ Se evidencia en el expediente que, en más de 5 oportunidades el accionante solicitó el reconocimiento de su derecho a la pensión de vejez. **1)** el 09 de junio de 2008, negada mediante Resolución 012802 del 26 de junio de 2008; **2)** el 20 de enero de 2009, negada mediante Resolución 018551 del 28 de octubre de 2009; **3)** el 20 de junio de 2010, negada mediante Resolución 104418 del 02 de julio de 2010; **4)** contra la anterior Resolución el accionante interpuso recurso de apelación, la cual fue confirmada mediante Resolución 900014 del 21 de junio de 2011; **5)** el 23 de noviembre de 2012, negada mediante Resolución GNR 028514 del 08 de marzo de 2013, **6)** contra la anterior Resolución, el accionante interpuso recurso de reposición, la cual fue confirmada mediante Resolución GNR 147841 del 24 de junio de 2013; **7)** el 24 de agosto de 2014, el accionante elevó derecho de petición ante la Procuraduría General de la Nación, solicitando la intervención de dicha entidad en su caso, dada la tardanza por parte de Colpensiones en corregir su historia laboral, y otorgar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, aun cuando él ya había aportado cada uno de los documentos requeridos ; **8)** finalmente mediante Resolución GNR 67919 del 10 de marzo de 2015 se reconoció el derecho y pago a la pensión de vejez del accionante. (Folios 15 a 98).

⁷ Mediante Decreto 2013 del año 2012 se suprimió el Instituto de Seguros Sociales, siendo reemplazado a partir de ese momento por la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-.

GNR 67919 que dicha entidad reconoció su derecho. Sin embargo, en el acto administrativo se indicó que el disfrute de la referida prestación se generaría a partir del 01 de marzo de 2015, bajo el argumento de que a la fecha no aparecía acreditada la desvinculación laboral con su empleador.

1.1.4 Indica el accionante, en primer lugar que: **(1)** para el 09 de junio de 2008, fecha en la cual solicitó por primera vez el reconocimiento de su pensión de vejez, contaba con 1.080.62 semanas cotizadas aproximadamente, según lo reportado en la corrección de la historia laboral entregada por Colpensiones el 04 de marzo de 2015⁸ (7 años después). En segundo lugar **(2)** que su empleadora reportó la novedad de retiro en agosto de 2013, como bien lo afirma Colpensiones⁹, es decir, desde ese momento dejó de cotizar al sistema de pensiones, que es el requisito exigido para reclamar el pago del retroactivo pensional, sin que esto sea equivalente a la desvinculación laboral.

1.1.5 Inconforme con la situación, interpuso recurso de reposición contra la Resolución GNR 67919, con el fin de que le fuera reconocido el retroactivo pensional al cual considera tener derecho. El mismo fue resuelto mediante Resolución GNR 318208 del 16 de octubre de 2015 confirmándola en cada una de sus partes.

1.1.6 Posteriormente, mediante Resolución VPB 1356 del 13 de enero de 2016, se resolvió el recurso de apelación confirmando nuevamente la Resolución GNR 67919 del 10 de marzo de 2015. En esta Resolución se indicó dentro de otras cosas lo siguiente: *“resulta pertinente aclarar que al momento de proferirse la Resolución GNR 67919 del 10 de marzo de 2015 el asegurado presentaba cotizaciones hasta el mes de agosto de 2013, sin reportar la novedad de retiro, razón por la cual la prestación se reconoció a la*

⁸ En la corrección de la historia laboral entregada por Colpensiones se evidencia efectivamente que para el año 2008, fecha en la que el accionante solicitó por primera vez el reconocimiento de su derecho a la pensión de vejez, contaba con 1082 semanas cotizadas. (Folios 81 a 85 del expediente).

⁹ Así se evidencia en Resolución GNR 185778 del 23 de junio de 2016, en la cual se menciona que *“Revisada nuevamente la historia laboral del asegurado se estableció que con su último empleador NELLY MENDEZ DE GARCÍA CC 2928112, tiene cotizaciones hasta el periodo de agosto de 2013, reflejando la novedad de retiro distinguida con la letra (p) lo cual significa que el afiliado suspende el pago de cotizaciones en pensión no así en salud. Es decir que dicha novedad no implica el pago de la retroactividad pensional, dado que sigue vinculado laboralmente a la empresa y percibiendo salario. Razón por la cual la administradora no reconoció retroactivo alguno”*. En el mismo sentido a Folio 128 del expediente se evidencia que la señora Nelly Méndez de García desde el año 2013 reportó la novedad de retiro del accionante. Para lo cual aportó prueba ante el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Cali, dentro de la acción de tutela que instauró el señor Laurino Asprilla contra Colpensiones, con el fin de que dicha entidad resolviera de forma inmediata las peticiones relativas al reconocimiento y pago del retroactivo pensional.

fecha de inclusión en nómina de pensionados, esto es el 1 de marzo de 2015”¹⁰.

1.1.7 El 5 de febrero de 2016, el actor elevó ante Colpensiones derecho de petición solicitando el reconocimiento y pago de retroactivo pensional luego de haber aportado la documentación relacionada con la novedad de retiro en la forma en la que se lo solicitó Colpensiones.¹¹ En respuesta, la entidad emitió la Resolución GNR 87061 del 28 de marzo de 2016, por medio de la cual negó una vez más el reconocimiento y pago del retroactivo pensional reclamado por el accionante, así: *“revisada la historia laboral del señor Asprilla José Laurino, se evidencian las últimas cotizaciones con el empleador Nelly Méndez, de numero patronal 29281122 hasta el 31 de julio del año 2013, sin que obre novedad de retiro del sistema”*. Y procedió a solicitarle la documentación requerida en oportunidades anteriores.

1.1.8 El 30 de marzo de 2016, la entidad accionada solicitó a la señora Nelly Méndez de García (última empleadora) mediante oficio N° BZ 2016-1061125-0776269 lo siguiente: *“en respuesta a su requerimiento de manera atenta nos permitimos informar que no es procedente aplicar la novedad de retiro solicitada para el caso en mención debido a que revisando los documentos adjuntos a su petición, se evidencia un cese en la obligación de pago en pensión, el cual debe ser reportado directamente por el empleador como novedad (p) “requisitos cumplidos para pensión”*.

1.1.9 El 03 de mayo de 2016 el señor Laurino Asprilla instauró acción de tutela en contra de Colpensiones con el fin de que dicha entidad resolviera de forma inmediata las peticiones relativas al reconocimiento y pago del retroactivo pensional. Así, el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Cali resolvió ordenar a la señora Nelly Méndez de García, en calidad de última empleadora, radicar en la forma requerida por Colpensiones los documentos requeridos por dicha entidad para efectuar la novedad de retiro del señor José Laurino Asprilla. Paso seguido ordenó a Colpensiones resolver la solicitud dentro de los 15 días siguientes.

¹⁰ (Folios 113 a 116).

¹¹ Mediante Resolución GNR 318208 del 16 de octubre de 2015 se le informó al accionante que: *“para las novedades de retiro el aportante debe dirigirse a los puntos de atención al ciudadano y legalizar la novedad de retiro mediante formulario de actualización de novedad de retiro forma 4, con los siguientes soportes: 1. certificado vigente de existencia y representación legal de la persona jurídica expedida por la Cámara de Comercio. 2. Certificación expedida por el liquidador o representante legal donde conste la fecha de retiro. 3. Copia autentica de la liquidación definitiva de salarios y prestaciones a favor del trabajador. 4. Certificación de retiro en salud y riesgos profesionales por parte de la entidad en la cual aporte.*

1.1.10 En consecuencia, el 17 de junio de 2016, la señora Nelly Méndez de García radicó los documentos requeridos bajo las indicaciones señaladas por Colpensiones en oficio N° BZ 2016-1061125-0776269. Sin embargo, mediante Resolución GNR 185778 del 23 de junio de 2016, Colpensiones negó el reconocimiento del retroactivo pensional solicitado por el actor, bajo el siguiente argumento: *“que revisada nuevamente la historia laboral del asegurado se estableció que con su ultimo empleador NELLY MENDEZ DE GARCÍA CC 2928112, tiene cotizaciones hasta el periodo de agosto de 2013, reflejando la novedad de retiro distinguida con la letra (p) lo cual significa que el afiliado suspende el pago de cotizaciones en pensión no así en salud. Es decir que dicha novedad no implica el pago de la retroactividad pensional, dado que sigue vinculado laboralmente a la empresa y percibiendo salario. Razón por la cual esta administradora no reconoció retroactivo alguno”* (negrillas fuera del texto original).

1.1.11 Sostiene que su estado de salud ha venido empeorando y no cuenta con los recursos económicos que le permitan satisfacer su congrua subsistencia. Si bien recibe una mesada pensional de \$ 760.000, se encuentra internado en un ancianato, en el cual debe efectuar el pago de \$500.000 mensuales¹², además le descuentan lo correspondiente a salud, y la cuota de un crédito bancario que adquirió hace un tiempo¹³, esto sin contar los copagos, y los medicamentos que mensualmente requiere, no cuenta con el apoyo de su familia, solo con el de una vecina suya, quien en algunas oportunidades lo ayuda a trasladarse a sus citas médicas, a cuidar de él los fines de semana, y a colaborarle económicamente con los útiles de aseo y el vestuario que no puede propiciarse debido al bajo monto que recibe por concepto de pensión.

1.2. Solicitud de Tutela

Con fundamento en los hechos expuestos, el señor José Laurino Asprilla solicita la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, a la dignidad humana y al debido proceso, los cuales han sido presuntamente vulnerados por Colpensiones al negar reiteradamente

¹² Así lo certifica la Fundación Adorables Abuelitos Casa Hogar del Valle “Fundabuelitos” de la ciudad de Santiago de Cali. (Folio 21 Cuaderno Corte Constitucional).

¹³ El señor Laurino afirma que, antes de internarse en el ancianato en el que ahora permanece, tuvo que sacar una habitación en arriendo para vivir, razón por la cual adquirió un crédito con el Banco Popular, por 10 millones de pesos, con los cuales además, costó la cama en la que dormía, el televisor, un armario, entre otras responsabilidades, como los medicamentos e insumos médicos que requiere por las patologías que presenta. (Folio 18 Cuaderno Corte Constitucional).

el reconocimiento y pago del retroactivo pensional al cual considera tener derecho.

1.3. Pruebas relevantes aportadas al proceso

- (i) Copia de la historia clínica del señor José Laurino Asprilla, en la cual se evidencia que el actor padece hipertensión severa, insuficiencia renal crónica reagudizada, incontinencia fecal, falla cardiaca estadio B, aneurisma aorta torácica congestiva, prostatismo severo, sepsis severa de origen abdominal, cuadro gastroenterico severo con compromiso de la función renal, (Folios 145 a 152)
- (ii) Copia de la cédula de ciudadanía del señor José Laurino Asprilla, en la cual se certifica que nació el día 3 de octubre de 1944. (Folio 1).
- (iii) Copia de la primera solicitud de reconocimiento y pago de pensión de vejez con fecha de 09 de junio de 2008, junto con la copia de Resolución N° 012802 de 2008 por medio de la cual se niega dicha solicitud. (Folios 15 a 18)
- (iv) Corrección de la historia laboral entregada por Colpensiones el 04 de marzo de 2015. En la cual se evidencia que, al 09 de junio de 2008, fecha en la cual solicitó por primera vez el reconocimiento de la pensión de vejez, el accionante contaba con más de 1.080.62 semanas cotizadas. (Folios 81 a 85).
- (v) Copia de la Resolución GNR 67919 del 10 de marzo de 2015, por medio de la cual se reconoce a favor del señor José Laurino Asprilla pensión de vejez y a su vez se niega el pago de retroactivo pensional, bajo el argumento de que el empleador continuaba vinculado laboralmente. (Folios 95 a 98)
- (vi) Copia del recurso de reposición interpuesto por el accionante en contra de la Resolución GNR 67919 del 10 de marzo de 2015 y copia de la Resolución GNR 318208 del 16 de octubre de 2015 por medio de la cual se confirma la anterior. En esta Resolución se indicó dentro de otras cosas lo siguiente: *“resulta pertinente aclarar que al momento de proferirse la Resolución GNR 67919 del 10 de marzo de 2015 el asegurado presentaba cotizaciones hasta el mes de agosto de 2013, sin reportar la novedad de retiro, razón por la cual la prestación se reconoció a la fecha de inclusión en nómina de pensionados, esto es el 1 de marzo de 2015”*. (Folios 99 a 107)

- (vii) Copia de la Resolución VPB 1356 del 13 de enero de 2016 se resolvió recurso de apelación confirmando nuevamente la Resolución GNR 67919 del 10 de marzo de 2015 bajo los mismos argumentos expuestos en la Resolución GNR 318208. (Folios 113 a 116)
- (viii) Copia del derecho de petición elevado por el actor el 5 de febrero de 2016 ante Colpensiones solicitando el reconocimiento y pago de retroactivo pensional luego de haber aportado la documentación relacionada con la novedad de retiro indicada en la forma señalada en la Resolución GNR 318208 del 16 de octubre de 2015. (Folios 110 a 112).
- (ix) Copia de la Resolución GNR 185778 del 23 de junio de 2016, por la cual se niega la reliquidación de la pensión de vejez solicitada por el accionante, bajo el argumento de que, si bien este, había suspendido las cotizaciones en pensión no lo había hecho en salud: *“dicha novedad no implica el pago de retroactividad pensional, dado que sigue vinculado laboralmente y percibiendo salario.”* (folios 141 a 144)

1.4. Actuación Procesal

Traslado y contestación de la demanda

Asumido el conocimiento de la acción de tutela por parte del Juzgado Catorce Laboral del Circuito de la Oralidad de Cali, mediante Auto del 12 de julio de 2017, se corrió traslado a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- con el fin de que se pronunciara sobre los hechos que motivaron la presente acción de tutela.

Respuesta de la entidad accionada

Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones–

Mediante oficio del 15 de julio de 2017, el Director de Acciones Constitucionales de la entidad solicitó que se declarara la improcedencia de la presente acción de tutela, al considerar que no se ha demostrado la amenaza de un eventual perjuicio irremediable en contra del actor. Al respecto indicó lo siguiente: *“no es competencia del juez constitucional realizar un análisis de fondo frente a la inconformidad del accionante en cuanto a su pretensión de reconocimiento pensional, además de reflejar el presente caso una desnaturalización de la acción de tutela pretendiendo que por medio de un proceso caracterizado por la inmediatez y*

subsidiariedad, sean reconocidos derechos que son de conocimiento del juez ordinario competente a través de los mecanismos legales establecidos para ello”.

1.5. Decisiones judiciales objeto de revisión

Primera instancia

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de la Oralidad de Cali, mediante fallo del 26 de julio de 2017, declaró la improcedencia de la presente acción de tutela al considerar que en el presente caso no se acreditó la existencia de un perjuicio irremediable que amerite adoptar una decisión de fondo para proteger los derechos fundamentales invocados, por lo tanto señaló que el actor debía promover el respectivo proceso laboral ante la jurisdicción ordinaria para obtener lo pretendido.

Impugnación

El señor José Laurino Asprilla impugnó la sentencia de primera instancia, al considerar que el fallador no tuvo en cuenta cada una de las circunstancias que a su juicio, lo circunscriben como un sujeto de especial protección constitucional para el Estado. En primer lugar, por su estado de salud y las patologías que padece, en segundo lugar, por su avanzada edad y en tercer lugar por la escasez de recursos económicos que le impiden satisfacer su congrua subsistencia.

Segunda instancia

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali –Sala de decisión Laboral- mediante providencia del 22 de agosto de 2017 resolvió confirmar en cada una de sus partes la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de la Oralidad de Cali, que declaró la improcedencia de la acción de tutela. Ello se hizo con base en los mismos argumentos expuestos por el *A quo*.

1.6 Actuación procesal surtida en sede de revisión

La señora Bibiana del Pilar Gordillo Novoa, quien ha sido la persona que se ha encargado de ayudar de manera voluntaria al señor Laurino Asprilla envió a este Despacho escrito por medio del cual informó que el referido no tiene ningún familiar que lo asista, que su estado de salud es delicado y que lo que percibe de mesada pensional no es suficiente para satisfacer sus necesidades básicas. Indicó que en la actualidad el accionante se encuentra internado en la Fundación Adorables Abuelitos -Casa Hogar del Valle-

“Una vez pensionado y en vista de que Laurino no recibió el retroactivo al cual tenía derecho, se vio obligado a solicitar un crédito para poder comprar sus cosas básicas. Laurino solicitó un crédito al Banco Popular el cual le fue aceptado por valor de 10 millones de pesos aproximadamente, dinero con el cual saldó algunas deudas que tenía, compró su cama, colchón, un televisor, armario y otros enceres.

Laurino vivió 2 meses aproximadamente en el corregimiento de San Joaquín municipio de Candelaria Valle donde pagaba una habitación en una casa de familia pero su estado de salud empeoró adquiriendo una serie de bacterias que lo llevaron a unidad de cuidados intensivos y fue allí en enero de 2.016 que decidí hacer una obra de caridad con Laurino y lo lleve a vivir a mi casa durante un buen tiempo haciéndome cargo de todas sus necesidades básicas, pues debido al crédito que el adquirió el banco le descuenta una buena cantidad de su salario, Laurino tiene una mesada pensional de \$760.000 pesos aproximadamente pero por el descuento en salud y la cuota del crédito solo recibe como mesada la suma de \$370.000 pesos mensuales. Sin embargo, por recomendación médica tuve que buscar la manera de que Laurino tuviera una atención adecuada y con personas idóneas para el manejo de pacientes y por su condición de adulto mayor ya que desde el año 2.011 aproximadamente Laurino empezó a padecer de incontinencia fecal y urinaria, así como hipertensión arterial.

*Fue entonces que hablé con los propietarios de la **Fundación Adorables Abuelitos Casa Hogar del Valle** para que pudieran darle un cupo en esta fundación para abuelitos dado a que quedaba ubicada a solo 4 casas de mi lugar de residencia y así yo podría estar muy pendiente de él y de sus controles médicos. (Anexo certificación del Hogar). En este momento Laurino se encuentra viviendo allí a pesar de que el hogar fue trasladado a otro sector diferente a donde yo vivo pero aún continúo pendiente de todo lo que Laurino necesita es el caso de que por Laurino se paga una mensualidad de \$500.000 pesos sin contar los copagos de las citas médicas y los medicamentos que mensualmente requiere ni los traslados a las diferentes citas médicas entre muchos otros; gastos que son asumidos de mi propio bolsillo pues reitero que Laurino solo recibe como mesada pensional la suma de \$370.000 pesos aproximadamente.*

Muchas veces he tenido que recurrir a la caridad de la gente y hasta en una oportunidad la emisora Tropicana 93.1 de Cali me ayudó con un traslado y pañales para Laurino. Las personas de buen corazón en algunas oportunidades me ayudan con los traslados a las citas médicas, las cosas de uso personal de Laurino, ropa de segunda en buen estado para el entre otras ayudas que le dan.

No entiendo como una entidad del estado como COLPENSIONES hace este tipo de daños a la gente como el caso de Laurino, él es una persona en condición de abandono familiar él no cuenta con una persona aparte de mí que este pendiente de él. He sido yo la única persona que he estado con el todo este tiempo cuidándolo, velando porque tenga todo lo necesario para tener una vejez digna así muchas veces deba pedirle a la gente para poder suplir las necesidades de él.

El tema del descuento que el banco le hace por el crédito que adquirió para poder tener unos enseres que le permitan tener las mínimas condiciones, no me permiten darle mejores cosas. En total mensualmente de mi bolsillo y la caridad de la gente yo debo reventar \$400.000 pesos aproximadamente para poder cubrir el excedente del hogar, sus útiles de aseo, los transportes al médico, los copagos de las citas y la medicina, sin contar el vestuario o las salidas a recrear pues los fines de semana en lo posible trato de llevarlo al parque, lo llevo a mi casa o a comer helado”¹⁴.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer de la presente acción de tutela, de conformidad con los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en virtud del Auto del 14 de noviembre de 2017, expedido por la Sala de Selección Número Once de esta Corporación, que decidió someter a revisión el presente asunto.

2. Planteamiento del caso

El señor José Laurino Asprilla instauró acción de tutela contra la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- luego de que

¹⁴ (Folio 18 Cuaderno Corte Constitucional)

dicha entidad se negara en repetidas ocasiones a reconocer el retroactivo pensional al cual considera tener derecho bajo el argumento de que si bien el actor, mediante novedad de retiro efectuada por su empleadora, suspendió el pago de cotizaciones en pensión en el año 2013, no lo hizo en salud, por lo que dicha novedad no implica el pago de la retroactividad pensional, dado a que seguía vinculado laboralmente a la empresa y percibiendo salario.

En consecuencia el actor invoca la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana, con el fin de que la administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones- reconozca y pague el retroactivo pensional al cual considera tener derecho, teniendo en cuenta los diferentes factores que lo circunscriben como sujeto de especial protección constitucional, esto es (i) su avanzada edad; (ii) las diferentes patologías que aquejan su salud y (iii) su difícil situación económica.

Problemas jurídicos a resolver

Con miras a resolver la situación planteada, la Sala estima pertinente determinar en primer lugar, si en el presente caso, concurren las reglas jurisprudenciales sobre el requisito de subsidiariedad para el reconocimiento de derechos pensionales. Para ello, se iniciará por analizar el siguiente problema jurídico:

¿Resulta procedente la acción de tutela instaurada por Laurino Asprilla de 73 años de edad, quien padece diferentes patologías¹⁵ que aquejan su salud y quien actúa en nombre propio, contra Colpensiones, a través de la cual solicita que le sea reconocido el retroactivo pensional al cual considera tener derecho en la medida en la que existen otros medios judiciales a su favor?

Paso seguido se determinará si en el presente caso concurren los demás requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela.

En caso de que se supere el anterior estudio de forma, la Sala Novena, desarrollará los problemas jurídicos que a continuación se plantean:

¿La Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) vulnera los derechos fundamentales al mínimo vital, a la

¹⁵ Hipertensión severa, insuficiencia renal crónica reagudizada, incontinencia fecal, falla cardiaca estadio B, aneurisma aorta torácica congestiva, prostatismo severo, sepsis severa de origen abdominal, cuadro gastroentérico severo con compromiso de la función renal, tiene instalado un marcapasos y ha sido calificado medicamente como paciente de alto riesgo .

seguridad social, a la vida digna y al debido proceso del señor Laurino Asprilla, al negarle el reconocimiento del retroactivo pensional que pretende, bajo el argumento de que si bien el actor, mediante novedad de retiro efectuada por su empleadora, suspendió el pago de cotizaciones en pensión en el año 2013, no lo hizo en salud, circunstancia que imposibilita el desembolso de la retroactividad pensional, por seguir vinculado laboralmente a la empresa y percibir salario?

Una vez resuelto el anterior problema jurídico la Sala determinará si:

¿Existió por parte de Colpensiones alguna conducta negligente en el trámite de reconocimiento al derecho a la pensión de vejez del accionante que constituya una excepción a la regla general prevista para ser acreedor del disfrute a dicha prestación, y en efecto ocasione una variación de la fecha a partir de la cual deben reconocerse las mesadas retroactivas del señor Laurino Asprilla?

2.1 Reglas sobre el requisito de subsidiariedad para el reconocimiento de retroactivo pensional. Reiteración de jurisprudencia

La jurisprudencia constitucional ha establecido, en virtud del artículo 86 de la Carta Política, que la acción de tutela es un medio judicial con carácter residual y subsidiario, que puede utilizarse frente a la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando no exista otro medio de defensa de lo invocado, o existiéndolo, no resulte eficaz e idóneo, o se requiera acudir al amparo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable¹⁶.

Al respecto este Tribunal ha señalado que *“no es suficiente la mera existencia formal de otro procedimiento o trámite de carácter judicial. Es indispensable que ese mecanismo sea idóneo y eficaz, con miras a lograr la finalidad específica de brindar inmediata y plena protección a los derechos fundamentales, de modo que su utilización asegure los efectos que se lograrían con la acción de tutela. No podría oponerse un medio*

¹⁶ “la procedencia de la acción de tutela, cuando existen otros medios de defensa judicial, se sujeta a las siguientes reglas: (i) procede como **mecanismo transitorio**, cuando a pesar de la existencia de un medio ordinario de defensa, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme a la especial situación del peticionario¹⁶; (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 estudia¹⁶. 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”. Sentencias T-789 de 2003, T- 456 de 2004, T-328 de 2011, T-079 de 2016, entre otras.

judicial que colocara al afectado en la situación de tener que esperar por varios años mientras sus derechos fundamentales están siendo vulnerados.”¹⁷ (Negrillas fuera del texto original).

En lo referente a la posibilidad de instaurar acción de tutela para solicitar el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, esta Corporación ha dejado sentado que si bien estos asuntos deben someterse a consideración de los jueces de la jurisdicción ordinaria laboral, tal regla puede replantearse a medida que surjan circunstancias excepcionales que ameriten la necesidad de salvaguardar garantías iusfundamentales cuya protección resulta impostergable.

En este sentido, esta Corte ha indicado que en aquellos eventos en los que se busca el reconocimiento de un derecho pensional por vía tutela, el análisis de procedibilidad formal se flexibiliza dependiendo de las circunstancias personales del accionante, es por ello que debe analizarse, por ejemplo, si se trata de un sujeto de especial protección constitucional, como es el caso de personas de la tercera edad que se encuentran en situación de pobreza o debilidad manifiesta, debido al deterioro de su estado de salud, y además se encuentren imposibilitados para procurarse los medios necesarios que garanticen sus necesidades básicas. Así mismo, la Sala debe verificar que el accionante ha buscado antes, con un grado mínimo de diligencia, el amparo de los derechos fundamentales que invoca.¹⁸

En cuanto a la solicitud de reconocimiento y pago de retroactivo pensional, si bien este Tribunal ha sostenido que no es la acción de tutela el medio para ventilarla debido a que es una prestación dineraria que no afecta el mínimo vital de quien ya está recibiendo una asignación mensual¹⁹, en ciertas circunstancias esta categorización no puede aplicarse de pleno, *ya que un derecho que en principio reviste un contenido patrimonial podría condicionar el acceso a un derecho fundamental*²⁰.

¹⁷ Sentencia T- 468 de 1999, Sentencia T- 582 de 2010.

¹⁸ Sentencia T-1093 de 2012 “*el examen de las tutelas presentadas por sujetos de especial protección constitucional debe abordarse bajo criterios amplios o flexibles, dada la tutela que la Carta concede en favor de esos colectivos y tomar en cuenta que aún dentro de la categoría de personas de especial protección constitucional existen diferencias materiales relevantes que rompen su horizontalidad y los sitúan en disímiles posiciones de vulnerabilidad que merecen distintos grados de protección*”.

¹⁹ “*Tal afirmación se fundamenta en el hecho de que el retroactivo suple la brecha que existe entre el cumplimiento de requisitos para acceder a una prestación pensional y el ingreso efectivo a nómina del pensionado. Ello supone que a quien reclama su pago ya le fue otorgada una pensión por lo que, en principio, no vería afectado su mínimo vital*”. Sentencia T 677 de 2014.

²⁰ “*Existe una interdependencia entre la esfera de los derechos fundamentales y los derechos sociales, los cuales entrañan un contenido prestacional, de tal manera que la violación de un derecho incide en la afectación de otros. La cuestión relevante reside en determinar cuándo el ámbito de un derecho prestacional provoca el quebrantamiento de otro de naturaleza fundamental, sin que por ello el mecanismo de protección integral de los derechos humanos sea utilizado para cuestiones que rebasen su identidad*”. Sentencia T 333 de 2015.

Así, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que el juez constitucional adquiere competencia para pronunciarse y amparar la pretensión de pago de retroactivo pensional cuando:

“a) Hay certeza en la configuración del derecho pensional y b) se hace evidente la afectación al mínimo vital, al constatarse que la pensión es la única forma de garantizar la subsistencia de la accionante y que, por una conducta antijurídica de la entidad demandada, los medios económicos para vivir han estado ausentes desde el momento en que se causó el derecho hasta la fecha de concesión definitiva del amparo. Estas dos circunstancias hacen que el conflicto que por naturaleza es legal y que posee medios ordinarios para su defensa, mute en uno de índole constitucional, en donde los medios ordinarios se tornan ineficaces para el amparo de los derechos vulnerados o amenazados²¹”

“El fundamento constitucional para ordenar el pago de retroactivo pensional, radica en que la Corte debe reconocer los derechos desde el momento exacto en que se cumplen los presupuestos fácticos y jurídicos que dan lugar a su configuración. En consecuencia, “cuando la Corte ordena el pago retroactivo ha verificado que el supuesto de hecho de la disposición jurídica se ha consumado y, de esa manera, queda autorizada a realizar la calificación jurídica que tal disposición enuncia. Luego, se colige que la Corte declara el derecho desde el instante preciso en que dicha prestación existe en el ámbito del derecho”²². La labor del juez de tutela es meramente declarativa, quien al advertir que el derecho pensional ha sido negado indebidamente negado por la entidad, debe remediar una situación que ha contrariado los principios de la Carta Política²³”

De conformidad con lo expuesto, se hace necesario valorar la situación particular del actor en aras de establecer si es procedente iniciar el estudio jurídico de fondo de la discusión jurídica planteada. Se tiene que **(i)** el señor José Laurino Asprilla tiene 73 años de edad, **(ii)** sufre hipertensión severa, insuficiencia renal crónica reagudizada, incontinencia fecal, falla cardíaca estadio B, aneurisma aorta torácica congestiva, prostatismo severo, sepsis severa de origen abdominal, cuadro gastroentérico severo con compromiso de la función renal, entre otras; **(iii)** a causa de los

²¹ Sentencias T-482 de 2010, T- 722 de 2012, T- 677 de 2014 entre otras.

²² Sentencia- 482 de 2010, T 722 de 2012, T-480 de 2012

²³ Sentencia T- 431 de 2014.

quebrantos propios de su edad y estado de salud se encuentra imposibilitado para procurarse los recursos económicos que le permitan satisfacer su congrua subsistencia; **(iv)** no cuenta con el apoyo de su familia, solo con el de una amiga, quien en algunas oportunidades lo ayuda a trasladarse a sus citas médicas, a cuidar los fines de semana y a colaborarle económicamente con los útiles de aseo y el vestuario que no puede propiciarse debido al bajo monto que recibe de pensión.

Adicionalmente **(v)** se ha logrado demostrar la certeza de la existencia del derecho pensional del señor Laurino Asprilla²⁴, así como **(vi)** la afectación a su mínimo vital, debido a una carga que no debió soportar por las irregularidades en la actuación desempeñada por Colpensiones.

Finalmente **(vii)** se destaca la actuación diligente del accionante dentro de los diversos trámites administrativos en los que ha incurrido, con el fin de obtener el reconocimiento del retroactivo pensional que reclama, toda vez que, en diferentes oportunidades, luego de solicitar el reconocimiento de este le fue negado por Colpensiones.

Si bien en este caso, el accionante cuenta con la posibilidad de acudir ante la jurisdicción ordinaria laboral para obtener el reconocimiento y pago del retroactivo pensional a la cual considera tener derecho, este medio, aunque es idóneo, en la medida en la que ha sido previsto como herramienta judicial para cuestionar la negativa de una prestación de dicha naturaleza, no resulta eficaz debido a que, la demora en la que podría verse abocado esta clase de proceso generaría una afectación prolongada a los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida digna del actor.

A manera de conclusión la Sala encuentra que es la acción de tutela el mecanismo definitivo con el cual cuenta el actor para solicitar la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social a la dignidad humana y al debido proceso, teniendo en cuenta cada una de las circunstancias que lo circunscriben como sujeto de especial protección por parte de Estado.

Legitimación en la causa por activa

En virtud del artículo 86 de la Constitución Política, esta Corporación, en Sentencia SU-337 de 2014, especificó las reglas jurisprudenciales en cuanto a la legitimación por activa, a saber: **(i)** la tutela es un medio de defensa de derechos fundamentales, que toda persona puede instaurar “por

²⁴ Toda vez que, mediante Resolución GNR 67919 del 10 de marzo de 2015 se le reconoció pensión de vejez.

sí misma o por quien actúe a su nombre”; **(ii)** no es necesario que el titular de los derechos interponga directamente el amparo, pues un tercero puede hacerlo a su nombre; y **(iii)** ese tercero debe, sin embargo, tener una de las siguientes calidades: **a)** representante del titular de los derechos, **b)** agente oficioso, o **c)** Defensor del Pueblo o Personero Municipal²⁵

El Decreto 2591 de 1991 reglamenta en su artículo 10 la legitimidad e interés en la acción de tutela, y señala que:

“la acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante (...)”

La jurisprudencia de esta Corporación²⁶ también ha desarrollado las hipótesis para instaurar acción de tutela: **“(a) ejercicio directo, cuando quien interpone la acción de tutela es a quien se le está vulnerando el derecho fundamental; (b) por medio de representantes legales, como en el caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas; (c) por medio de apoderado judicial, caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso o en su defecto el poder general respectivo; y finalmente, (d) por medio de agente oficioso”**. (Sin negrilla en el texto original)

En el presente caso, el señor Laurino Asprilla acudió al amparo de tutela en ejercicio directo, con el fin de que se protejan sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, a la dignidad humana y al debido proceso los cuales han sido presuntamente vulnerados por Colpensiones al negar reiteradamente el reconocimiento y pago del retroactivo pensional al cual considera tener derecho; por tanto se cumple con el requisito de legitimación en la causa por activa.

Legitimación en la causa por pasiva

En virtud del artículo 1²⁷ y 5²⁸ del Decreto 2591 de 1991, la acción de

²⁵Estas reglas fueron reiteradas en la Providencia T-083 de 2016, T-291 de 2016.

²⁶ Sentencias T-308 de 2011, T- 482 de 2013, T-841 de 2011.

²⁷ *“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señale este Decreto. Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela”*.

²⁸ *“La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el*

tutela procede contra toda acción u omisión en la que incurran las autoridades. A su vez, el artículo 86 superior prevé que la acción de tutela es procedente frente a particulares cuando a) estos se encuentran encargados de la prestación de un servicio público, b) la conducta del particular afecta grave y directamente el interés colectivo; o c) el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión frente al particular.

En este sentido, siendo Colpensiones, una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional,²⁹ y la entidad encargada de reconocer la petición del actor y salvaguardar los derechos presuntamente conculcados, la acción de tutela resulta procedente en su contra.

Inmediatez

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela puede interponerse en todo momento y lugar. Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que debe existir “*una correlación temporal entre la solicitud de tutela y el hecho judicial vulnerador de los derechos fundamentales*”³⁰ lo anterior, en razón a que dicha acción constitucional tiene como finalidad conjurar situaciones urgentes que requieren de la actuación rápida de los jueces.³¹

No obstante, esta Corte ha señalado que, según lo establezcan las circunstancias específicas del caso, se prevé la posibilidad de interponer la acción de tutela en cualquier tiempo, siempre y cuando:

(i) exista un motivo válido para justificar la inactividad de los accionantes, por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoridad de edad, estado de discapacidad física, entre otros; ii) la inactividad injustificada vulnere el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; iii) exista un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados; o iv) cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó es muy antiguo

Capítulo III de este Decreto”. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito.

²⁹ Ley 1151 de 2007, Artículo 155. “(...) Adicionalmente créase una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, vinculada al Ministerio de la Protección Social, denominada Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida incluyendo la administración de los beneficios económicos periódicos de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005, de acuerdo con lo que establezca la ley que los desarrolle”.

³⁰ Sentencia SU-241 de 2015.

³¹ Sentencia T- 038 de 2017.

*respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual*³²

En el caso objeto de revisión, el tiempo transcurrido entre la Resolución GNR 185778 del 23 de junio de 2016³³, por medio de la cual se niega por última vez la reliquidación de la pensión de vejez solicitada por el actor, y la acción de tutela por él interpuesta, el 12 de julio de 2017, transcurrió un lapso de 1 año aproximadamente. Tiempo que se estima razonable, teniendo en cuenta el estado de indefensión del señor José Laurino Asprilla, a causa de su **(i)** avanzada edad, **(ii)** las patologías que aquejan su salud; **(iii)** el estado de abandono en el que se encuentra y **(iv)** el bajo nivel de ingresos que percibe para cubrir sus necesidades básicas. Por lo anterior, es claro que la vulneración a los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la dignidad humana del tutelante continúa, por lo que se cumple con este requisito a cabalidad.

Así, la Sala encuentra procedente de la presente acción de tutela, por lo que pasará a realizar el análisis de los problemas jurídicos concernientes al fondo del asunto.

Con el fin de resolver los problemas jurídicos de fondo, se abordarán los siguientes ejes temáticos **(i)** Derecho a la seguridad social; **(ii)** La desafiliación del sistema general de pensiones y el retiro del servicio. Momento a partir del cual se debe comenzar a pagar la pensión de vejez y **(iii)** Disfrute de la pensión de vejez. Regla general y excepciones.

Derecho a la seguridad social

En lo que respecta a la presente consideración, se reiterará y se seguirá muy de cerca, lo ya desarrollado por la Sala Octava de Revisión de Tutelas, en Sentencia T- 028 de 2017³⁴ teniendo en cuenta que en ella se destacó el concepto, la naturaleza y la protección constitucional del derecho a la seguridad social.

El artículo 48 de la Carta Política, dispone que la seguridad social es un derecho irrenunciable y un servicio público en cabeza del Estado, que debe

³² Sentencias T-1229 de 2000, T-684 de 2003, T-016 de 2006 y T-1044 de 2007, T- 1110 de 2005, T-158 de 2006, T-166 de 2010, T-502 de 2010, T-574 de 2010, T-576 de 2010, T 246 de 2015, entre otras.

³³ Notificada el 29 de junio de 2016.

³⁴ Sentencia T -028 de 2017, MP Alberto Rojas Ríos, en esta oportunidad se resolvió la situación jurídica de una persona de 73 años, a quien Colpensiones le negó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a la que estimaba tener derecho, debido a que las cotizaciones por el realizadas, no se efectuaron únicamente a -Colpensiones- sino a otras cajas. La Sala reiteró la postura de la Corte sobre la posibilidad de contabilizar los tiempos cotizados con independencia de a que administradora se hubiera hecho el pago de la cotización, por lo que tuteló los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas del actor.

garantizarse a todas las personas *“en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad”*. Para esta Corporación la seguridad social es un derecho de raigambre fundamental, que debe ser definido de la siguiente manera: *“conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar progresivamente a los individuos y sus familias las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano”*³⁵

En Sentencia T-628 de 2007, esta Corporación estableció que la finalidad de la seguridad social guarda:

“necesaria correspondencia con los fines esenciales del Estado social de derecho como el servir a la comunidad; promover la prosperidad general; garantizar la efectividad de los principios y derechos constitucionales; promover las condiciones para una igualdad real y efectiva; adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados; proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta; y reconocer sin discriminación alguna de la primacía de los derechos inalienables de la persona como sujeto, razón de ser y fin último del poder político³⁶, donde el gasto público social tiene prioridad sobre cualquier otra asignación³⁷”

Aunado a lo anterior, es necesario destacar que el concepto de *“seguridad social”* hace referencia a la totalidad de las medidas que propenden por el bienestar de la población en lo relacionado con la protección y cobertura de unas necesidades que han sido socialmente reconocidas; por ello, con respecto al contenido de este especial derecho, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 19 destacó que:

“El derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de

³⁵ Sentencia T -036 de 2017.

³⁶ Artículos 2, 13, 5 de la Constitución. Véase la sentencia C-575 de 1992.

³⁷ Artículo 366 de la Constitución.

atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo³⁸.”

En reiteradas ocasiones, esta Corporación ha señalado que la fundamentalidad de este especial derecho encuentra sustento en su vínculo funcional con el principio de dignidad humana y en la satisfacción real de los derechos humanos, pues, a través de éste, resulta posible que las personas afronten con decoro las circunstancias difíciles que les obstaculizan o impiden el normal desarrollo de sus actividades laborales y la consecuente recepción de los recursos que les permitan ejercer sus derechos subjetivos.³⁹

De igual modo, esta Corporación, en Sentencia T-200 de 2010, destacó que la importancia de este derecho radica en que *"su máxima realización posible es una condición ineludible de la posibilidad real de goce del resto de libertades inscritas en el texto constitucional"* y, por tanto, se constituye en un elemento esencial para la materialización del modelo de Estado que hemos acogido y que nos define como una sociedad fundada en los principios de dignidad humana, solidaridad, trabajo y prevalencia del interés general.⁴⁰

Por lo expuesto en precedencia, resulta claro que la garantía del derecho a la seguridad social, entendida como el mecanismo a partir del cual es posible asegurar la efectividad de los demás derechos de un individuo, en los eventos en los que éste se ha visto afectado por ciertas contingencias, se constituye en uno de los institutos jurídicos que un Estado que pretenda ostentar la condición de Social de Derecho debe asegurar.

La desafiliación del sistema general de pensiones y el retiro del servicio. Momento a partir del cual se debe comenzar a pagar la pensión de vejez

En primer lugar, es necesario señalar que la Ley 100 de 1993⁴¹ señala en su artículo 13, la obligatoriedad que tienen todos los trabajadores dependientes e independientes de estar afiliados al sistema en cualquiera de los regímenes contemplados por la Ley, lo cual implica efectuar los respectivos aportes o cotizaciones al sistema.

La misma normativa indica el momento a partir del cual cesa la referida obligación. Así:

³⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 19. Introducción, Numeral 2.

³⁹ Sentencias T-032 de 2012; T-072 de 2013 y T-146 de 2013 entre otras.

⁴⁰ Constitución Política de Colombia, Artículo 1.

⁴¹ *"por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones"*

*“Artículo 17. **Obligatoriedad de las cotizaciones.** Artículo modificado por el artículo 4 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen.*

La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúne los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.

Lo anterior sin perjuicio de los aportes voluntarios que decida continuar efectuando el afiliado o el empleador en los dos regímenes”. (Negrillas fuera del texto original)

En el mismo sentido el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990⁴² dispone: *“La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su **desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma.** Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.” (Negrillas fuera del texto original).*

En virtud de lo anterior, se hace necesario señalar la distinción existente entre la causación del derecho a la pensión de vejez y el disfrute de esta. Para ello se tendrá en cuenta también, lo decantado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado en la materia.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que *“la **causación del derecho** se refiere a que este nace cuando la persona reúne las exigencias de edad y semanas cotizadas y el segundo, es decir **el disfrute**, apunta a que, para comenzar a percibir las mesadas pensionales, se requiere la **desafiliación al régimen**”⁴³ (Negrillas fuera del texto original).*

La Corte Suprema de Justicia siempre ha diferenciado los mencionados conceptos. En anterior oportunidad⁴⁴ dicho Tribunal, al resolver una

⁴² Aprobado mediante el Decreto 758 del mismo año

⁴³ Rad. No.39206, 7 de febrero de 2012, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

⁴⁴ Rad No. 38776, 1º de febrero de 2011, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

controversia⁴⁵ suscitada por el momento en el cual debía reconocerse el retroactivo pensional, consideró que *“la causación de pensión de vejez se refiere a que el derecho nace cuando la persona reúne las exigencias de edad y semanas cotizadas, mientras que para el disfrute de esta se requiere **la desafiliación del régimen sin ningún otro requerimiento.**”* (Negrillas fuera del texto original).

Por su parte, el Consejo de Estado, ha resaltado que *“el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 indica que es necesaria la desafiliación del régimen para entrar a disfrutar la pensión de vejez y que el artículo 35 establece que las pensiones del seguro social se pagarán previo retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso. El acuerdo no consagra que sean categorías sinónimas, sino que prevé la aplicación de la norma cuando se trata **de un trabajador particular o de un servidor público**, así en el primer caso se exige la desafiliación y en el segundo el retiro del servicio”*⁴⁶ (Negrillas fuera del texto original).

El Tribunal Contencioso contrastó y señaló las implicaciones y efectos tanto del retiro del servicio como de la desafiliación. En primer lugar indicó que de conformidad con el artículo 19⁴⁷ de la Ley 344 de 1996, norma aplicable a los servidores públicos, el disfrute de la pensión de vejez y la permanencia en el servicio son incompatibles. De este modo, tratándose de servidores públicos es necesario el retiro del servicio para el disfrute de la pensión. *“visto lo anterior, se tiene que el retiro del servicio o desvinculación laboral es la terminación de la relación laboral o reglamentaria del trabajador o servidor”*⁴⁸. En segundo lugar, señaló que la desafiliación del régimen *“hace referencia al retiro del sistema general de pensiones”* **independientemente de que el trabajador continúe vinculado a una relación laboral** o se encuentre en un contrato de prestación de servicios. Hecha la anterior precisión, es necesario traer a colación lo estimado por esta Corte en Sentencia C-259 de 2010, en la cual se declaró la exequibilidad del inciso 2º del artículo 17 de la Ley 100 de 1993 (mod. Art. 4 de la Ley 797 de 2003):

⁴⁵ Al conocer del recurso de casación interpuesto por el Instituto de Seguros Sociales contra la decisión proferida en segunda instancia en el curso de un proceso laboral interpuesto en su contra.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve, Rad: 11001-03-25-000-2009-00090-00(1211-09).

⁴⁷ Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-584 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, y establece: *“el servidor público que adquiriera el derecho a disfrutar de su pensión de vejez o jubilación podrá optar por dicho beneficio o continuar vinculado al servicio, hasta que cumpla la edad de retiro forzoso. Los docentes universitarios podrán hacerlo hasta por diez años más. La asignación pensional se empezará a pagar solamente después de haberse producido la terminación de sus servicios en dichas instituciones.”*

⁴⁸ Sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado. Radicación: 11001-03-25-000-2009-00090-00(1211-09). M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

*“Es importante señalar que la cesación de la obligación de cotizar al ocurrir el supuesto establecido en la norma acusada – que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez-, **no se extiende a las obligaciones derivadas del sistema de seguridad social en salud o del sistema general de riesgos profesionales.** Las causales de extinción de la obligación de cotizar a estos sistemas se rigen por reglas distintas, y la cesación de la obligación de cotizar de que trata la norma demandada, sólo se circunscribe al sistema pensional. En consecuencia, la declaratoria de exequibilidad de ella no implica que quienes sigan vinculados laboralmente, o por contrato de prestación de servicios, queden eximidos de sus obligaciones para con el sistema de salud o de riesgos profesionales. Por el contrario, deben seguir aportando a dichos sistemas, en la medida en que así lo impone la continuada existencia de su relación laboral, legal, reglamentaria o contractual.”*⁴⁹ (Negrillas fuera del texto original).

*“En todo caso si el trabajador decide dejar de cotizar al sistema pensional, debe desafiliarse del mismo **para tener derecho a reclamar el pago de las mesadas retroactivas,** cuando solicite el reconocimiento pensional, salvo que se trate de un servidor público, evento en el cual debe efectivamente retirarse del servicio”*⁵⁰. (Negrillas fuera del texto original)

En este punto conviene destacar el recurso de casación resuelto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia⁵¹, interpuesto por el entonces Instituto de Seguros Sociales contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso ordinario laboral que promovió en su contra un ciudadano, luego de que la referida entidad le negara el pago de retroactivo pensional comprendido entre el año 2005 y 2006, con fundamento en que el actor no había sido retirado del sistema general de salud que a su juicio era un requisito imprescindible para reconocer las mesadas retroactivas. En dicha oportunidad el fallador de primera instancia condenó al ISS a pagar lo adeudado por concepto de retroactivo pensional, dicha decisión fue confirmada en segunda instancia⁵². La Sala de Casación Laboral indicó

⁴⁹ Sentencia T- 626 de 2014.

⁵⁰ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve, Rad: 11001-03-25-000-2009-00090-00(1211-09).

⁵¹ Rad N° 39206 del 07 de febrero de 2012.

⁵² Estimó *ad quem* en la sentencia, que “se estaba imponiendo una exigencia que no contemplaba la norma en materia de reconocimiento y pago de retroactivos pensionales. después de transcribir el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 4 de la Ley 797 de 2003 concluyó que la obligación de cotizar al sistema general de pensiones cesaba al momento en que se cumplían los requisitos para

que “para comenzar a percibir las mesadas pensionales, se requiere la desafiliación del régimen, **sin ningún otro requerimiento**, de allí que no tenga sustento en esta preceptiva, la condición que sostiene la acusación, de que debe darse la desvinculación del trabajador para que pueda comenzar a disfrutar la pensión”. Por tanto, consideró que el juzgador de segundo grado no incurrió en violación legal alguna.

Ahora bien, vale la pena resaltar, que es el empleador quien está en la obligación de informar a la entidad administradora de pensiones, la desafiliación del régimen del trabajador, a efectos de determinar a partir de qué momento puede disfrutar de las mesadas pensionales.

“El Decreto 1406 de 1999⁵³, en su artículo 19⁵⁴ establece la obligación de los empleadores, en calidad de aportantes, de presentar la autoliquidación de aportes, donde se detalla la totalidad de trabajadores y afiliados a las respectivas entidades administradoras, debiendo incorporar las novedades ocurridas en el periodo declarado.

*Asimismo, el artículo 39 *ibídem*⁵⁵ consagra la responsabilidad exclusiva del empleador como consecuencia de presentar la*

tener el derecho a la pensión de vejez, que se traducía en edad y densidad de semanas. Requerimientos que, indicó, reunía el demandante para junio de 2005, cuando cumplió 60 años y 1534 semanas de cotización, superando ampliamente la densidad. Por lo que encontró válido que el actor se retirara del sistema de pensiones y continuara vinculado laboralmente, con afiliación vigente al Sistema de Salud, dado que ninguna norma del ordenamiento jurídico prohibía que los trabajadores del sector privado continuaran laborando”.

⁵³ “Por el cual se adoptan unas disposiciones reglamentarias de la Ley 100 de 1993, se reglamenta parcialmente el artículo 91 de la Ley 488 de diciembre 24 de 1998, se dictan disposiciones para la puesta en operación del Registro Único de Aportantes al Sistema de Seguridad Social Integral, se establece el régimen de recaudación de aportes que financian dicho Sistema y se dictan otras disposiciones”.

⁵⁴ **“Autoliquidación y pago de aportes.** Los aportantes que se clasifiquen como grandes, deberán presentar mensualmente una declaración de autoliquidación de los aportes correspondientes a los diferentes riesgos que cubre el Sistema de Seguridad Social Integral.

La declaración de autoliquidación de aportes al Sistema correspondiente a los grandes aportantes, deberá presentarse en medios computacionales de archivo de datos, con las especificaciones técnicas del Formulario Magnético Único que adopten conjuntamente las Superintendencias Bancaria y de Salud.

Cuando por razón de su ubicación geográfica, de las características particulares de su objeto social o actividad económica, o de la imposibilidad de disponer o acceder a un computador, el aportante clasificado como grande no pueda cumplir con la presentación de la declaración de autoliquidación de aportes en medios computacionales, podrá hacerlo en el formulario físico a que alude el artículo 22 siguiente. En este evento, el aportante deberá informar a la administradora la forma como habrá de efectuar su autoliquidación de aportes con una antelación no inferior a un (1) mes.

Los grandes aportantes cancelarán sus aportes al Sistema mediante el comprobante de pago que generen para el efecto, de conformidad con las especificaciones que establezcan, en forma conjunta, las Superintendencias Bancaria y de Salud. El plazo para la entrega del formulario magnético será igual al establecido para el pago de los respectivos aportes.”

⁵⁵ **Deberes especiales del empleador.** Las consecuencias derivadas de la no presentación de las declaraciones de autoliquidación de aportes o de errores u omisiones en ésta, que afecten el cubrimiento y operatividad del Sistema de Seguridad Integral o la prestación de los servicios que él contempla con respecto a uno o más de los afiliados, serán responsabilidad exclusiva del aportante.

autoliquidación de aportes sin incluir la información correcta de la afiliación de los trabajadores, que afecte la prestación efectiva a éstos de los servicios del sistema”⁵⁶

Así, el empleador aportante debe efectuar el pago de los aportes que le corresponden y además reportar las novedades, bien sea por afiliación o desafiliación de sus trabajadores.

A modo de conclusión, es claro que, si bien el trabajador debe dejar de cotizar al sistema pensional, para tener derecho a reclamar el pago de las mesadas retroactivas, dicha desafiliación, realizada a través del reporte de novedad de retiro que eleva su empleador ante la entidad administradora de pensiones, no es equivalente a la desvinculación laboral y tampoco implica que el mismo tenga que desafiliarse también al sistema de salud.

Así, en aquellos casos en los que las administradoras de pensiones niegan el pago del retroactivo pensional, bajo el argumento de que el trabajador, si bien efectuó la desafiliación al sistema pensional, no lo hizo en salud, al encontrarse vinculado laboralmente y percibiendo salario, vulnera los derechos a la seguridad social y al debido proceso de quien lo solicite.

Disfrute de la pensión de vejez: Regla general y excepciones

Como bien se precisó en la anterior consideración, los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, establecen como necesaria la desafiliación del sistema de pensiones para comenzar a percibir las mesadas pensionales.

Sin embargo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha previsto la posible ocurrencia de circunstancias que configuran excepciones a la mencionada regla general. Al respecto ha señalado que el juez tiene el deber de analizar las particularidades de cada caso a efectos de determinar cuál es el momento real a partir del cual se puede reclamar el pago de mesadas retroactivas. Bajo este panorama ha precisado:

“sobre la primera regla general relacionada con la desafiliación de dicho sistema, esta Sala ha acudido a soluciones diferentes y ha otorgado el reconocimiento de la

En todo caso el empleador que tenga el carácter de aportante deberá tener a disposición del trabajador que así lo solicite la copia de la declaración de autoliquidación de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral en que conste el respectivo pago, o el comprobante de pago respectivo en caso de que este último se haya efectuado en forma separada a la declaración respectiva.

Igualmente, y de conformidad con las normas establecidas en el Código de Comercio sobre conservación de documentos, el aportante deberá conservar copia del archivo magnético contentivo de las autoliquidaciones de aportes presentadas.”

⁵⁶ Sentencia T- 626 de 2014.

prestación con anterioridad al retiro formal de aquel, ante situaciones particulares y excepcionales, las cuales deben ser verificadas por los jueces en su labor de resolver los asuntos sometidos a su consideración”⁵⁷ (negrillas fuera del texto original).

“Ello, se ha establecido en casos en los que el demandante despliega alguna conducta tendiente a no continuar vinculado al sistema, como lo sería el cese de las cotizaciones (CSJ SL 35605, 20 oct. 2009; CSJ SL4611-2015), o cuando pese a no haber desafiliación del sistema, el juzgador advierte su voluntad de no seguir vinculado al régimen pensiones, por ejemplo, porque dejó de cotizar y solicitó la pensión de vejez (CSJ SL5603-2016); o en casos en que la entidad de seguridad social fue renuente al reconocimiento de la prestación a pesar de ser solicitada en tiempo y con el lleno de los requisitos (CSJ SL 34514, 1.º sep. 2009; CSJ SL 39391, 22 feb. 2011; CSJ SL15559-2017). En la sentencia CSJ SL5603-2016”⁵⁸ (Negrillas fuera del texto original.)”

En esa oportunidad, el alto Tribunal decidió el recurso de casación interpuesto por un ciudadano en contra de la sentencia proferida en segunda instancia por la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín. El accionante promovió proceso Laboral contra Colpensiones con el propósito de que se ordenara el pago de retroactivo pensional entre los años 2008 y 2010. Arguyó que en 2008 se causó su derecho a la pensión de vejez al cumplir con los requisitos exigidos por la Ley, sin embargo, fue hasta 2010 que se reconoció el disfrute de esta. La Sala constató que el accionante, se desafilió al sistema de pensiones en 2010, es decir, efectuó cotizaciones en pensión hasta esa fecha. Consideró que, al no acreditarse su intención de retirarse del sistema general de pensiones, y al no indicar que su decisión de seguir cotizando obedeció a una actitud obstinada de Colpensiones, el disfrute de la pensión solo debía proceder desde 2010.

En cuanto a los casos en los que la entidad de seguridad social fue renuente al reconocimiento de la prestación a pesar de ser solicitada en tiempo y con el lleno de requisitos, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que, ante situaciones como esta, *“no es posible hacer responsable al asegurado de los errores de la administradora de pensiones”⁵⁹.*

⁵⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Rad 63823, 07 de febrero de 2018.

⁵⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Rad 63823, 07 de febrero de 2018.

⁵⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Rad N° 34514 del 01 de septiembre de 2009.

En esta ocasión⁶⁰, el alto Tribunal resolvió el recurso de casación interpuesto por el apoderado judicial del entonces Instituto de Seguros Sociales, contra sentencia proferida por la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia, que condenó al ISS a reconocer y a pagar en favor de un ciudadano la pensión de vejez con efectos retroactivos⁶¹. La Sala determinó que dicha condena se había edificado sobre la base del actuar negligente de la entidad encargada de reconocer la prestación a la que el actor tenía derecho desde 1996 pero se la reconoció en 1999. Estimó que el fallador, examinó el procedimiento histórico del caso y encontró que fue desde 1996 que el ciudadano radicó la solicitud de pensión de vejez, negada en una supuesta insuficiencia de cotizaciones requeridas para el reconocimiento de la prestación por él pretendida. Estimó que solo 3 años después de aquella solicitud concedió la pensión, sometiendo al demandante a una carga que no ha debido soportar como es el pago por concepto de cotización en orden a no perder este derecho. Al respecto indicó:

“fue negligente el ISS, no sólo por la tardanza en resolver la petición inicial y los recursos interpuestos por la vía gubernativa, sino, además, en no haber realizado el minucioso estudio, que sí desplegó previamente a la expedición de la Resolución No. 00010 del 1º de febrero de 1999, que lo condujo a colegir que dentro de los últimos los 20 años anteriores al cumplimiento de los 60 de edad, registraba 521 semanas cotizadas, lo que le permitía acceder a la prestación solicitada”.⁶²

Bajo este panorama, una vez se acredita que el demandante despliega alguna conducta tendiente a no continuar vinculado al sistema, por ejemplo, cuando solicita en reiteradas ocasiones el reconocimiento de su derecho a la pensión de vejez, pero la entidad de seguridad social es renuente a otorgarla, argumentando supuestas insuficiencias de cotizaciones requeridas para el reconocimiento de dicha prestación, sin ser así; se configura una excepción a la regla general fijada para obtener el disfrute de la misma, la cual implica que el reconocimiento del retroactivo pensional se dé con anterioridad al retiro formal del trabajador. En consecuencia, la administradora de pensiones se encuentra en la obligación de efectuar el pago de lo adeudado por concepto de retroactivo pensional, dada la negligencia y dilación en la que incurrió.

⁶⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Rad N° 34514 del 01 de septiembre de 2009.

⁶¹ Condenó al ISS a reconocer y pagar, a favor del accionante, pensión de vejez con efectos retroactivos al 7 de noviembre de 1996; en consecuencia, dispuso la cancelación de las mesadas comprendidas desde esa fecha al 28 de febrero de 1999.

⁶² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Rad N° 34514 del 01 de septiembre de 2009.

Caso Concreto

En el presente caso, el ciudadano José Laurino Asprilla, de 73 años de edad, instauró en nombre propio acción de tutela con el fin de que Colpensiones reconozca y pague la suma adeuda por concepto de retroactivo pensional al cual considera tener derecho. En consecuencia, invoca la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana.

El 09 de junio de 2008, el actor solicitó por primera vez el reconocimiento y pago de su derecho a la pensión de vejez, no obstante, en diferentes oportunidades Colpensiones lo negó ⁶³ debido a la presunta insuficiencia de semanas cotizadas requeridas para obtener dicha prestación, fue entonces hasta el 10 de marzo de 2015 que dicha entidad mediante Resolución GNR 67919 reconoció el derecho con efectos retroactivos, pero solo a partir del 01 de marzo de 2015, bajo el argumento de que si bien el ciudadano efectuó la desafiliación al sistema de pensiones en el año 2013, no lo hizo en salud, dado a que seguía vinculado laboralmente y percibiendo salario.

En este orden de ideas la Sala debe determinar, en primer lugar, si ¿la razón en la cual se basa Colpensiones para negar el pago del retroactivo cuenta con sustento normativo y jurisprudencial?

Según el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, el derecho a la pensión de vejez se reconocerá una vez la persona reúne las exigencias de edad y semanas cotizadas, además, para el disfrute de esta, es decir para determinar el momento a partir del cual se pueden comenzar a percibir las mesadas retroactivas, es necesario que el empleador, mediante novedad de retiro, efectuó la desafiliación del sistema de pensiones del trabajador⁶⁴.

⁶³ Se evidencia en el expediente que, en más de 5 oportunidades el accionante solicitó el reconocimiento de su derecho a la pensión de vejez. 1) el 09 de junio de 2008, negada mediante Resolución 012802 del 26 de junio de 2008; 2) el 20 de enero de 2009, negada mediante Resolución 018551 del 28 de octubre de 2009; 3) el 20 de junio de 2010, negada mediante Resolución 104418 del 02 de julio de 2010; 4) contra la anterior Resolución el accionante interpuso recurso de apelación, la cual fue confirmada mediante Resolución 900014 del 21 de junio de 2011; 5) el 23 de noviembre de 2012, negada mediante Resolución GNR 028514 del 08 de marzo de 2013, 6) contra la anterior Resolución, el accionante interpuso recurso de reposición, la misma fue confirmada mediante Resolución GNR 147841 del 24 de junio de 2013; 7) el 24 de agosto de 2014, el accionante elevó derecho de petición ante la Procuraduría General de la Nación, solicitando la intervención de dicha entidad en su caso, dada la tardanza por parte de Colpensiones en corregir su historia laboral y otorgar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez; 8) finalmente mediante Resolución GNR 67919 del 10 de marzo de 2015 se reconoció el derecho y pago a la pensión de vejez del accionante.

⁶⁴ Esto, tratándose de trabajadores particulares, ya que en el caso de los servidores públicos se requiere el retiro del servicio. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve, Rad: 11001-03-25-000-2009-00090-00(1211-09).

Dicho esto, se evidencia que la citada norma, no prohíbe que los trabajadores del sector privado continúen laborando, y en consecuencia sigan afiliados al sistema de salud. En el mismo sentido, esta Corporación⁶⁵, la Corte Suprema de Justicia⁶⁶ y el Consejo de Estado⁶⁷ han señalado que la desafiliación que se predica por parte del trabajador, para determinar el momento a partir del cual es acreedor del disfrute a la pensión de vejez, no es equivalente a la desvinculación laboral, pues la misma solo implica que este deje de cotizar al sistema de pensiones y no al de salud.

Bajo este panorama, la razón por la cual Colpensiones niega el reconocimiento y pago del derecho al retroactivo pensional pretendido por el accionante carece de sustento normativo y jurisprudencial, pues, el hecho de que el señor José Laurino Asprilla haya continuado cotizando al sistema de salud, no impide que este sea beneficiario del pago del retroactivo generado, una vez su empleadora reporta la novedad de retiro, en la que se suspende el pago de cotizaciones en pensión del actor. Esto es desde el mes de agosto del año 2013.⁶⁸

Hasta este punto y dando aplicación a la regla general que establece como necesaria la desafiliación del sistema de pensiones para comenzar a percibir las mesadas retroactivas, se entendería que al señor Laurino Asprilla le asiste el derecho al reconocimiento y pago de dicha prestación desde el año 2013. Sin embargo, teniendo en cuenta la jurisprudencia decantada por la Corte Suprema de Justicia, ante la ocurrencia de situaciones particulares y excepcionales el juez debe estudiar si es posible acudir a una solución diferente, destinada a otorgar el reconocimiento del retroactivo pensional con anterioridad al retiro formal del trabajador. Así, se hace necesario para esta Sala determinar si existió o no alguna acción u omisión por parte de Colpensiones que modifique el momento a partir del cual debe reconocerse el pago del retroactivo pensional:

⁶⁵ “(...) la cesación de la obligación de cotizar al ocurrir el supuesto establecido en la norma acusada – que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez- solo se circunscribe al sistema pensional. Este no se extiende a las obligaciones derivadas del sistema de seguridad social en salud o del sistema general de riesgos profesionales” Sentencia C- 259 de 2010.

⁶⁶ “Para comenzar a percibir las mesadas pensionales, se requiere la desafiliación del régimen, **sin ningún otro requerimiento**, de allí que no tenga sustento en esta preceptiva, la condición que sostiene la acusación, de que debe darse la desvinculación del trabajador para que pueda comenzar a disfrutar la pensión”. Corte Suprema de Justicia Rad N° 39206 del 07 de febrero de 2012.

⁶⁷ La desafiliación del régimen “hace referencia al retiro del sistema general de pensiones” independientemente de que el trabajador continúe vinculado a una relación laboral o se encuentre en un contrato de prestación de servicios. Consejo de Estado Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve, Rad: 11001-03-25-000-2009-00090-00(1211-09).

⁶⁸ Así lo señala Colpensiones en Resolución GNR 318208 del 16 de octubre de 2015, por medio de la cual se confirma la Resolución GNR 67919 del 10 de marzo de 2015. (Folios 99 a 107).

¿Existió por parte de Colpensiones alguna conducta negligente en el trámite de reconocimiento al derecho a la pensión de vejez del accionante que constituya una excepción a la regla general prevista para ser acreedor del disfrute de dicha prestación y en efecto ocasione una variación de la fecha a partir de la cual deben reconocerse las mesadas retroactivas del señor Laurino Asprilla?

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia⁶⁹ ha señalado que el juez se encuentra en la obligación de analizar las particularidades de cada caso con miras a determinar el momento en el que realmente se es acreedor del disfrute de la pensión de vejez. Así, ha previsto que cuando el demandante despliega alguna conducta tendiente a no continuar vinculado al sistema, por ejemplo, cuando solicita en reiteradas ocasiones el reconocimiento de su derecho a la pensión de vejez, pero la entidad de seguridad social es renuente a otorgarla, argumentando supuestas insuficiencias de cotizaciones requeridas para el reconocimiento de dicha prestación, se configura una excepción a la regla general fijada para obtener el disfrute de esta, destinada a otorgar el reconocimiento del retroactivo pensional con anterioridad al retiro formal del trabajador.

Del material probatorio obrante en el expediente, se tiene que, en reiteradas oportunidades⁷⁰ el actor solicitó el reconocimiento de su derecho a la pensión de vejez, el cual le fue negado en varias oportunidades, debido a la presunta insuficiencia de semanas cotizadas. Así, fue solo hasta el 10 de marzo de 2015 que dicha entidad reconoció el derecho⁷¹, y solo después de que el actor, además de las reiteradas solicitudes y derechos de petición que elevó ante Colpensiones, hubiera requerido la intervención de la Procuraduría General de la Nación en su caso, dada la tardanza de la aseguradora en corregir su historia laboral, aun cuando para el año 2008, fecha en la cual el solicitó por primera vez el reconocimiento a su derecho a la pensión de vejez ya contaba con la densidad de semanas requeridas para pensionarse.

Lo anterior, denota el actuar negligente de Colpensiones, en primer lugar **(i)** por la tardanza en la que incurrió para resolver la petición inicial y los recursos administrativos interpuestos por el accionante con el fin de obtener el reconocimiento de su pensión de vejez, toda vez que obligó al actor a esperar 7 años para acceder a un derecho que le asistía desde el momento mismo en el que elevó la primera solicitud. En segundo lugar **(ii)** al no haber realizado el minucioso estudio que si desplegó previamente a la

⁶⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Rad 63823, 07 de febrero de 2018.

⁷⁰ En más de 4 oportunidades solicitó el reconocimiento de su derecho a la pensión de vejez (09 de junio de 2008, 20 de enero de 2009, 02 de julio de 2010, 04 de agosto de 2011, 23 de noviembre de 2012, 23 de mayo de 2013, 24 de septiembre de 2014). (Folios 15 a 98).

⁷¹ Mediante Resolución GNR 67919 del 10 de marzo de 2015.

expedición de la Resolución GNR 67919 de 2015, en la cual concluyó que a la fecha el accionante registraba con 1.341 semanas cotizadas.

De este modo, en el presente caso se dará aplicación a la excepción prevista por la Corte Suprema de Justicia para ser acreedor del disfrute a la pensión de vejez, cuyo efecto implica que el reconocimiento de las mesadas retroactivas del señor Laurino Asprilla se otorguen a partir del año 2008, por ser este, el año en el cual el actor solicitó por primera vez el reconocimiento a su derecho a la pensión de vejez, teniendo en cuenta que en ese momento ya cumplía con los requisitos exigidos para acceder a la referida prestación.

Por lo anterior, se atribuye a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones- la vulneración de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, a la dignidad humana y al debido proceso del ciudadano José Laurino Asprilla.

En el mismo sentido, esta Sala considera que el juez constitucional que dictó el fallo de tutela que en esta oportunidad es objeto de revisión, desconoció los derechos fundamentales invocados por el actor, toda vez que ignoró el estado de debilidad manifiesta que lo circunscribe como un sujeto de especial protección constitucional, como quedó esbozado en el acápite de subsidiariedad desarrollado con precedencia.

Con base en lo expuesto, la Sala Novena de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional procederá a revocar la decisión proferida en segunda instancia, el veintidós (22) de agosto de dos mil diecisiete (2017) por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, que confirmó la sentencia dictada el veintiséis (26) de julio de dos mil diecisiete (2017) emitida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de la Oralidad de Cali, mediante la cual se declaró la improcedencia de la acción de tutela. En su lugar procederá a conceder el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana del ciudadano José Laurino Asprilla y ordenará a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- que reconozca y pague al actor el retroactivo pensional al cual tiene derecho desde el año 2008, momento en el que elevó la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez ante Colpensiones, para lo cual dicha entidad deberá hacer los cálculos correspondientes de la suma adeudada por concepto de retroactivo pensional.

Síntesis de la decisión

En el asunto que ahora se resuelve, se discute el caso del ciudadano José Laurino Asprilla de 73 años de edad, quien actúa en nombre propio con el fin de solicitar el amparo de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a

la seguridad social, a la dignidad humana y al debido proceso, luego de que la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- se negara a efectuar el reconocimiento y pago del retroactivo pensional al cual considera tener derecho.

En el año 2008, el accionante solicitó por primera vez el reconocimiento de su derecho a la pensión de vejez, sin embargo Colpensiones la negó en más de 5 oportunidades, por la presunta insuficiencia de cotizaciones requeridas para obtenerla. Así, fue solo hasta el 10 de marzo de 2015⁷² que dicha entidad reconoció su derecho, con efectos retroactivos solo a partir del 01 de marzo de 2015 bajo el argumento de que, si bien el actor, mediante novedad de retiro efectuada por su empleadora, suspendió el pago de cotizaciones en pensión en el año 2013, no lo hizo en salud, por lo que seguía vinculado laboralmente y percibiendo salario.

Con el fin de resolver el presente asunto, la Sala debe en primer lugar **(i)** determinar si además de la desafiliación al sistema de pensiones exigida al trabajador particular, realizada por medio de la novedad de retiro que reporta el empleador, (que es la regla general), es necesaria la desafiliación al sistema de salud o la desvinculación laboral para comenzar a percibir las mesadas retroactivas; en segundo lugar **(ii)** si la dilación en la que incurrió Colpensiones para reconocer el derecho a la pensión de vejez de la accionante constituye una excepción a la regla general que ocasione una variación de la fecha a partir de la cual deben reconocerse las mesadas retroactivas del señor Laurino Asprilla.

Así, frente al primer aspecto, la Sala debe advertir, que, con sustento en nuestro ordenamiento jurídico⁷³, en la jurisprudencia desarrollada por esta Corporación⁷⁴, por la Corte Suprema de Justicia⁷⁵ y por el Consejo de Estado⁷⁶, la desafiliación que se predica por parte del trabajador particular, para determinar el momento a partir del cual es acreedor del disfrute a la pensión de vejez, y con ello reclamar el pago del retroactivo pensional al que haya lugar, no es equivalente a la desvinculación laboral, solo implica que el trabajador deje de cotizar al sistema de pensiones y no al de salud. Esto, en razón a que las causales de extinción de la obligación de cotizar a estos sistemas se rigen por reglas distintas, y la cesación de la obligación de cotizar solo se circunscribe al sistema pensional⁷⁷

De este modo, el hecho de que el señor José Laurino Asprilla haya seguido

⁷² Mediante Resolución GNR 67919

⁷³ Artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990.

⁷⁴ Sentencia C- 259 de 2010.

⁷⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Rad. No.39206. 7 de febrero de 2012.

⁷⁶ Sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado. Radicación: 11001-03-25-000-2009-00090-00(1211-09). M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

⁷⁷ Tal como se expresa en la Página 19 de la parte motiva de esta providencia.

cotizando en salud, dicha cuestión no lo inhabilita para ser beneficiario del pago del retroactivo pensional que pretende. Solo hasta este punto y bajo este panorama se entendería que el señor Laurino Asprilla tiene derecho a percibir las mesadas pensionales retroactivas desde el año 2013, momento en el cual su empleadora reportó la novedad de retiro y en su efecto la desafiliación al sistema de pensiones.

Sin embargo, frente al segundo aspecto, las particularidades del caso y la forma en la que Colpensiones dilató el reconocimiento del derecho a la pensión de vejez del actor, conducen a la Sala a dar aplicación a la excepción planteada por la Corte Suprema de Justicia destinada a otorgar el reconocimiento del retroactivo pensional con anterioridad al retiro formal del trabajador. Esto al acreditarse que **(i)** el demandante desplegó conductas tendientes a no continuar vinculado al sistema, por ejemplo, cuando solicitó en reiteradas ocasiones el reconocimiento de su derecho a la pensión de vejez, pero **(ii)** la entidad de seguridad social fue renuente a otorgarla, argumentando supuestas insuficiencias de cotizaciones requeridas para el reconocimiento de dicha prestación. Así se configura la excepción a la regla general fijada para obtener el disfrute de esta⁷⁸.

En el presente caso, se evidencia que el actuar negligente de Colpensiones en reconocer la prestación a la que el señor Laurino Asprilla tenía derecho desde el año 2008, al contar con más de 1.080.62 semanas cotizadas aproximadamente, según lo reportado en la corrección de la historia laboral⁷⁹ entregada por Colpensiones el 04 de marzo de 2015, obligó al actor a esperar 7 años para acceder a un derecho que le asistía desde el momento mismo en el que elevó la solicitud, esto es el 09 de junio de 2008.

En este orden de ideas, Colpensiones no solamente fue negligente por la tardanza en resolver la petición inicial y los recursos administrativos interpuestos por el accionante con el fin de obtener el reconocimiento de su pensión de vejez, sino que además lo fue, al no haber realizado el meticuloso estudio que si desplegó previamente a la expedición de la Resolución GNR 67919 de 2015, en la cual concluyó que a la fecha el accionante registraba 1.341 semanas cotizadas.

A la luz de lo expuesto se atribuye a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- la vulneración de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, a la dignidad humana y al debido proceso del ciudadano José Laurino Asprilla. Así mismo se le atribuye al juez constitucional que profirió el fallo que en esta oportunidad es objeto

⁷⁸Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Rad 63823, 07 de febrero de 2018.

⁷⁹ (Folios 81 a 85)

de revisión, el desconocimiento de los derechos fundamentales invocados por el actor, al ignorar el estado de debilidad manifiesta que lo circunscribe como sujeto de especial protección constitucional.

Con base en lo expuesto, la Sala Novena de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional procederá a revocar las sentencias de instancia, en las cuales se declaró la improcedencia de la presente acción de tutela, para en su lugar tutelar los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, a la dignidad humana y al debido proceso del ciudadano José Laurino Asprilla, por lo cual ordenará a Colpensiones, reconocer y pagar al actor el retroactivo pensional al cual tiene derecho desde el 09 de junio del año 2008, momento en el que elevó la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez ante Colpensiones y fecha para la cual tenía consolidado y fundado su derecho, para lo cual dicha entidad deberá hacer los cálculos correspondientes de la suma adeudada por concepto de retroactivo pensional.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – REVOCAR el fallo del veintidós (22) de agosto de dos mil diecisiete (2017) proferido en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, que confirmó la sentencia del veintiséis (26) de julio de dos mil diecisiete (2017) dictada por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de la Oralidad de Cali, mediante la cual se declaró la improcedencia de la acción de tutela, para en su lugar **TUTELAR** los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana del ciudadano JOSÉ LAURINO ASPRILLA.

SEGUNDO. - DEJAR SIN EFECTOS JURÍDICOS las Resoluciones GNR 318208 del 16 de octubre de 2015, GNR VPB 1356 del 13 de enero de 2016, GNR 87061 del 28 de marzo de 2016 y GNR 185778 del 23 de junio de 2016, que negaron el reconocimiento del retroactivo pensional solicitado por el ciudadano JOSÉ LAURINO ASPRILLA. A su vez, se dejará parcialmente sin efectos jurídicos la Resolución GNR 67919 del 10 de marzo de 2015 pero solo en cuanto negó el pago del retroactivo pensional solicitado por el ciudadano JOSÉ LAURINO ASPRILLA.

TERCERO.- ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-, que, dentro del término de setenta y dos (72) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, proceda a expedir una resolución mediante la cual reconozca las sumas adeudadas por concepto de retroactivo pensional al ciudadano JOSE LAURINO ASPRILLA, desde el año 2008, momento en el que elevó la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez ante Colpensiones, para lo cual dicha entidad deberá hacer los cálculos correspondientes, en los términos de la parte motiva de esta providencia.

CUARTO.- Por Secretaría General de esta Corporación **LÍBRENSE** las comunicaciones previstas en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA
Magistrada

CARLOS BERNAL PULIDO
Magistrado
Con aclaración de voto

MARTA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

**ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO
CARLOS BERNAL PULIDO
A LA SENTENCIA T-225-18**

Referencia: Expediente No. T-6.445.746

Magistrado Ponente:
ALBERTO ROJAS RÍOS

En atención a la decisión adoptada por la Sala Octava de Revisión, en el Expediente No. T-6.445.746, me permito presentar aclaración de voto.

La reclamación de un retroactivo pensional no debería discutirse en una acción de tutela por ser una pretensión económica derivada del sistema general de seguridad social en pensiones, máxime que el accionante ya tiene garantizada su pensión de vejez. Así las cosas, este tipo de pretensiones carecen de relevancia constitucional y son propias de la jurisdicción ordinaria laboral. No obstante, la extrema vulnerabilidad del accionante justifica la excepción a la regla general planteada. En efecto, la acumulación de enfermedades crónicas probadas en el expediente, la vejez, analfabetismo, y la condición de pobreza del accionante tienen como consecuencia la ineficacia del medio ordinario en el caso concreto.

Dado que la tutela satisfizo los requisitos de procedibilidad era adecuado el estudio de fondo. Al analizar este era procedente la garantía de los derechos invocados, toda vez que no existía duda sobre el derecho. En efecto, era claro que la negativa de pago del retroactivo pensional por parte de COLPENSIONES no tenía un fundamento jurídico correcto. Sin embargo, era la desafiliación al sistema general de pensiones la que daba lugar a la generación de las mesadas pensionales cuyo pago luego se requirió mediante el retroactivo. En el caso concreto, esta desafiliación se produjo en el año 2013, por lo cual no considero adecuado que la orden de pago del retroactivo pensional se imponga a partir del año 2008.

Atentamente,

Carlos Bernal Pulido

Magistrado