

Sentencia T-039/12

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE DERECHOS PENSIONALES-Procedencia excepcional

La Corte ha establecido algunas excepciones cuando se niega específicamente el reconocimiento y pago del derecho a la pensión o a la indemnización sustitutiva, por ejemplo: (i) Cuando el afectado sea un sujeto de especial protección constitucional, (ii) cuando la vulneración al derecho a la seguridad social implique un agravio a un derecho fundamental como la vida, el mínimo vital o el debido proceso, y (iii) cuando los medios de defensa con los cuales cuenta el accionante, se tornan ineficaces para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales comprometidos o se pueda prever la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

PRINCIPIO DE INMEDIATEZ COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Reiteración de jurisprudencia

INDEMNIZACION SUSTITUTIVA-Concepto

INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE PENSION DE SOBREVIVIENTES-Imprescriptibilidad del derecho al reconocimiento

Esta corporación ha sostenido sobre la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes que la solicitud de reconocimiento del derecho, puede hacerse en cualquier tiempo, y una vez reconocido el derecho por la autoridad correspondiente, se empezará a contar el término de prescripción de la prestación.

APORTES PARA LIQUIDAR LA INDEMNIZACION SUSTITUTIVA-Son todos aquellos que hayan ingresado al Sistema, sin importar la época para la cual se efectuaron

ADMINISTRADORAS DE FONDOS PENSIONALES-No se pueden oponer al reconocimiento de la indemnización sustitutiva

Referencia: expediente T-3203328

Acción de tutela instaurada por Elisa Mercedes Castro de Ortiz, contra el Fondo de Pasivos

Pensionales del Distrito de Barranquilla, el Fondo Territorial de Pensiones, la Secretaría de Hacienda del Distrito de Barranquilla y la Alcaldía Distrital de Barranquilla.

Magistrada ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., dos (2) de febrero de dos mil doce (2012)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Juan Carlos Henao Pérez, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos, en primera instancia, por el Juzgado Tercero Penal Municipal para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías de Barranquilla el dieciséis (16) de junio de dos mil once (2011) y, en segunda instancia, por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento el primero (1º) de agosto de dos mil once (2011), dentro del proceso de tutela iniciado por Elisa Mercedes Castro de Ortiz contra el Fondo de Pasivos Pensionales del Distrito de Barranquilla, el Fondo Territorial de Pensiones, la Secretaría de Hacienda del Distrito de Barranquilla y la Alcaldía Distrital de Barranquilla.¹

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

1.1. Afirma la accionante que su cónyuge, el señor Evaristo Ortiz Peña, laboró en las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla desde el 3 de julio de 1950 hasta el 6 de mayo de 1958 y desde el 19 de julio de 1958 hasta el 28 de mayo de 1968, esto es, un total de 17 años, 4 meses y 12 días de servicios.

1.2. Mediante Resolución No. 314 del 26 de julio de 1972 expedida por el Gerente de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla se le reconoció al señor Ortiz Peña la pensión

de jubilación por haber prestado sus servicios al Estado por más de 20 años y tener más de 50 años de edad.

1.3. La Gerencia de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla inició una investigación administrativa para verificar la legalidad de los documentos con los que algunas personas habían obtenido pensiones jubilatorias.

1.4. Mediante Resolución No. 007 de 1987 la Gerencia de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla ordenó la “revocatoria directa e incondicional de todas las Resoluciones y Decretos que hubieren otorgado el reconocimiento de pensiones jubilatorias con fundamento en medios ilegales como fraudes en las certificaciones sobre tiempo de servicio, vinculación laboral-administrativa falsa y edad aportadas por los interesados”, tras constatar que varias certificaciones sobre vinculaciones administrativas con la Policía Departamental y Dependencias de la Gobernación, aportadas por personas a las que se les había reconocido la pensión de jubilación, presentaban inconsistencias y adulteraciones.

1.5. El 28 de mayo de 1987, mediante Resolución No. 306 de 1987,³ la Gerencia de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla revocó la pensión que se le había reconocido al señor Evaristo Ortiz Peña, “por haberse expedido irregularmente con fundamento en error grave provocado por el fraude del interesado”. Según lo señalado en dicha Resolución, del cotejo de los documentos que soportan la hoja de vida del accionante, pudo establecerse: “[...] por una parte, que el nacimiento se produjo el 26 de octubre de 1919 y por otra, parte, año (sic) 1915 (Certificado Parroquial), además de la injustificada aportación de la prueba extrajudicial para acreditar la edad probable existiendo en la hoja de vida la cédula de ciudadanía No. 817.390 expedida en Barranquilla y la exclusión de su nombre de los listados de personal de la Policía Departamental entregados por la Gobernación del Atlántico y de la misma Policía”.⁴ La entidad insiste en que las certificaciones sobre el tiempo de servicio fueron obtenidas de forma fraudulenta.

1.6. El señor Ortiz Peña inició entonces proceso ordinario laboral para obtener el pago de la pensión de jubilación. Mediante sentencia del 27 de febrero de 1991,⁵ el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Barranquilla condenó a las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla a reconocer y pagar al demandante una pensión de jubilación a partir del 26 de octubre de 1975 en cuantía no inferior al salario mínimo legal de la época, más los reajustes

ordenados por la Ley 4 de 1976, pues consideró que el señor Ortiz cumplía con los requisitos de edad y tiempo de servicio para obtener la pensión de jubilación.

1.7. Con fundamento en lo decidido por el Juzgado Laboral en la sentencia de primera instancia del proceso ordinario laboral, las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla incluyeron nuevamente al señor Evaristo Ortiz Peña en la nómina de pensionados a partir del 16 de junio de 1993.

1.8. La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá conoció en segunda instancia del proceso ordinario laboral promovido por el señor Ortiz Peña, y mediante sentencia del 5 de noviembre de 1992 revocó la sentencia de primera instancia y absolvió a las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla de todas las pretensiones formuladas por la parte actora. El Tribunal adujo que el demandante no había demostrado la naturaleza jurídica de la entidad demandada, por lo que no se podía deducir la existencia del contrato de trabajo ni su calidad de trabajador oficial.

1.9. El 21 de abril de 1995, mediante Resolución N° 145, la Dirección General del Fondo de Pasivos de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla, con base en la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, revocó la pensión de jubilación otorgada al demandante.⁷

1.10. El 30 de abril de 1998 el señor Evaristo Peña Ortiz solicitó a las Empresas Públicas Municipales restablecer su derecho a la pensión de jubilación y el reintegro de las mesadas causadas entre septiembre de 1978 a agosto de 1993 y desde agosto de 1995 hasta la fecha de presentación de la solicitud, más los reajustes legales.

1.11. Mediante Resolución No. 00008 del 19 de agosto de 1998,⁸ el Director General del Fondo de Pasivos de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla negó la solicitud, argumentando que el acto administrativo por medio del cual se revocó la pensión otorgada al señor Peña Ortiz, se produjo en cumplimiento de la sentencia de segunda instancia del 5 de noviembre de 1992, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dentro del proceso ordinario laboral.

1.12. El señor Evaristo Ortiz Peña falleció el 9 de septiembre de 1999.⁹

1.13. El 5 de octubre de 2009 la accionante presentó una petición al Alcalde de Barranquilla para que se le otorgara la pensión de sobrevivientes como consecuencia del fallecimiento de su cónyuge.¹⁰

1.14. El 14 de octubre de 2009 la Alcaldía Distrital de Barranquilla negó la solicitud presentada por la señora Castro de Ortiz reiterando que a su cónyuge se le había revocado a través de proceso judicial la pensión de jubilación otorgada.¹¹

1.15. El 31 de mayo de 2011, la accionante, a través de apoderado, instauró la tutela que es objeto de estudio, en la que solicita se ordene al Fondo de Pasivos Pensionales del Distrito de Barranquilla, a la Secretaría de Hacienda del Distrito de Barranquilla, al Fondo Territorial de Pensiones y a la Alcaldía Distrital de Barranquilla, se “reactive a mis prohijados Elisa Castro de Ortiz y William Ortiz castro, ahora en calidad de cónyuge sobreviviente e hijo discapacitado” y se “ordene el pago de las mesadas pensionales dejadas de cancelar desde el momento en que le fue suspendida la prestación hasta la fecha”.¹²

La tutelante aduce que el Juzgado Tercero Laboral de Barranquilla reconoció a favor de su cónyuge el derecho a la pensión de jubilación y ordenó a las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla cancelar las respectivas mesadas pensionales, por lo que no existe justificación alguna para que a su cónyuge se le haya revocado la pensión de jubilación. Afirma también que nunca se probó que el señor Ortiz Peña hubiera incurrido en una conducta punible. Finalmente, advierte que es una persona de 78 años y se encuentra en una difícil situación económica, pues tiene deudas por el no pago de los servicios públicos y tiene a su cargo un hijo discapacitado.

2. Respuesta del Distrito de Barranquilla

A través de apoderado judicial, el Distrito de Barranquilla contestó la acción de tutela oponiéndose a las pretensiones. Señaló que la pretendida pensión carece de soporte legal, pues el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá revocó la decisión de conceder la pensión concedida en primera instancia por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Barranquilla. Agregó que el interesado debió acudir a la jurisdicción contencioso administrativa para pedir la nulidad de la Resolución por medio de la cual se revocó su pensión y el restablecimiento de su derecho, y si no lo hizo, la acción caducó y no se puede cuestionar a través de la acción de tutela la validez del citado acto administrativo.¹³

Las demás entidades accionadas no se pronunciaron sobre la acción de tutela.

3. Decisión del juez de tutela de primera instancia

El dieciséis (16) de junio de dos mil once (2011), el Juzgado Tercero Penal Municipal para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías de Barranquilla negó la tutela a los derechos fundamentales a la seguridad social y mínimo vital. El juez de tutela de primera instancia señaló que la accionante tenía otros medios judiciales para solicitar la pensión de sobrevivientes, y la tutela carecía del principio de inmediatez, toda vez que desde la fecha en que se profirió el fallo del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Barranquilla que reconoció la pensión de jubilación a su cónyuge, esto es, el 26 de febrero de 1991, habían transcurrido más de 20 años hasta la interposición de la presente acción de tutela.

4. Impugnación

La accionante presentó impugnación a la sentencia del juez de tutela de primera instancia bajo los mismos argumentos expuestos en la acción de tutela.

5. Decisión del juez de tutela de segunda instancia

El primero (1º) de agosto de dos mil once (2011), el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento confirmó la sentencia impugnada por carecer del principio de inmediatez, pues la Resolución por medio de la cual se produjo la revocatoria de la pensión del señor Ortiz Peña se profirió en el año de 1987, por lo que al haber transcurrido más de 23 años sin que el causante o sus herederos hubieran alegado la vulneración de sus derechos fundamentales, tornaba en improcedente el amparo solicitado. Añadió que no se evidenciaba la presencia de un perjuicio irremediable, pues la actora había podido soportar durante más de dos décadas las necesidades que padece como consecuencia de la negativa de la entidad demandada a pagar la pensión solicitada.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Sala es competente para revisar los fallos de tutela referidos, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución, y 33 y 34 del Decreto

2591 de 1991.

2. Planteamiento de los problemas jurídicos

¿Vulneraron las entidades accionadas (Fondo de Pasivos Pensionales del Distrito de Barranquilla, Fondo Territorial de Pensiones y el Distrito de Barranquilla - Secretaría de Hacienda -) los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de la accionante (Elisa Mercedes Castro de Ortiz) al no reconocer la pensión de sobrevivientes solicitada, aduciendo que la pensión de jubilación otorgada a su cónyuge había sido revocada mediante sentencia judicial?

Corresponde entonces determinar en primer lugar la procedibilidad de la tutela en el presente caso, analizando especialmente el requisito de la inmediatez. En segundo término, de llegarse a la conclusión de que la tutela es procedente, la Corte estudiará el fondo del asunto.

3. Procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de derechos pensionales y cumplimiento del requisito de la inmediatez.

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela “sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. En desarrollo de este precepto, la Corte ha establecido reiteradamente que cuando se utiliza la acción de tutela como mecanismo transitorio, su procedencia está condicionada a la amenaza de un perjuicio irremediable.¹⁴

Pues bien, dado que para reclamar derechos pensionales se establecieron medios de defensa judiciales ordinarios, en principio, la acción de tutela no puede ejercerse con el fin de obtener el reconocimiento de tales derechos, pues la competencia para resolver esas controversias reside en cabeza de la justicia ordinaria laboral o de la contenciosa administrativa según el caso. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte ha establecido algunas excepciones cuando se niega específicamente el reconocimiento y pago del derecho a la pensión o a la indemnización sustitutiva, por ejemplo:

* “Cuando el afectado sea un sujeto de especial protección constitucional,¹⁵ como lo son: los niños y las niñas, las personas que sufren alguna discapacidad, las mujeres embarazadas o los ancianos, por cuanto su situación de debilidad manifiesta impone el amparo mayor que la Constitución les brinda y, por ende, el estudio de fondo de sus asuntos. En tales casos, el juicio de procedibilidad de la acción de tutela se torna menos riguroso¹⁶ o menos restrictivo¹⁷, y debe atender a las circunstancias fácticas y probatorias que releve (sic) el asunto bajo examen.

* Cuando la vulneración al derecho a la seguridad social implique un agravio a un derecho fundamental como la vida, el mínimo vital o el debido proceso¹⁸; y,

* Cuando los medios de defensa con los cuales cuenta el accionante, se tornan ineficaces para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales comprometidos¹⁹ o se pueda prever la ocurrencia de un perjuicio irremediable²⁰.”²¹

Ahora bien, además del requisito de la subsidiariedad, la Corte ha señalado la inmediatez como otro requisito de procedibilidad de la acción de tutela. Como bien lo ha señalado esta Corporación, el juez debe examinar, a partir de los hechos que originaron la vulneración, si la tutela es interpuesta en un término razonable y proporcionado, análisis que deberá hacerse atendiendo a las particularidades de cada caso concreto.²² Así mismo, ha insistido en que aún si ha transcurrido un tiempo considerable desde la amenaza o violación de un derecho fundamental y la interposición de la acción, es obligación del juez de tutela “indagar si la demora en su ejercicio obedeció a una justa causa (...)”.²³

En la sentencia T-730 de 2003, la Corte señaló lo siguiente respecto del requisito de la inmediatez:

“Por una parte, si la acción de tutela pudiera interponerse varios años después de ocurrido el agravio a los derechos fundamentales, carecería de sentido la regulación que el constituyente hizo de ella. De esa regulación se infiere que el suministro del amparo constitucional está ligado al principio de inmediatez, es decir, al transcurso de un prudencial

lapso temporal entre la acción u omisión lesiva de los derechos y la interposición del mecanismo de protección. Nótese que el constituyente, para evitar dilaciones que prolonguen la vulneración de los derechos invocados y para propiciar una protección tan inmediata como el ejercicio de la acción, permite que se interponga directamente por el afectado, es decir, sin necesidad de otorgar poder a un profesional del derecho; orienta el mecanismo al suministro de protección inmediata; sujeta su trámite a un procedimiento preferente y sumario; dispone que la decisión se tome en el preclusivo término de diez días; ordena que el fallo que se emita es de inmediato cumplimiento y, cuando se dispone de otro medio de defensa judicial, permite su ejercicio con carácter transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

“De acuerdo con ello, el constituyente asume que la acción de tutela configura un mecanismo urgente de protección y lo regula como tal. De allí que choque con esa índole establecida por el constituyente, el proceder de quien sólo acude a la acción de tutela varios meses, y aún años, después de acaecida la conducta a la que imputa la vulneración de sus derechos. Quien así procede, no puede pretender ampararse en un instrumento normativo de trámite sumario y hacerlo con miras a la protección inmediata de una injerencia a sus derechos fundamentales que data de varios años”.

Esta Corporación también se ha referido en varias oportunidades al requisito de la inmediatez en casos donde se solicita una pensión de sobrevivientes. Así por ejemplo, en sentencia T-015 de 2009,²⁴ se denegó el amparo porque habían transcurrido 15 años entre la muerte del compañero permanente de la actora y la solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, y más de 6 años entre la negativa de la entidad encargada de reconocer la pensión y la interposición de la tutela. En la sentencia T-221 de 2009,²⁵ la Corte consideró que la acción de tutela no cumplía con el requisito de la inmediatez debido a que la actora había solicitado el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes 7 años después del fallecimiento de su compañero, sin esgrimir razón alguna constitutiva de justa causa de su inactividad. Finalmente, en sentencia T-428 de 2010,²⁶ la Sala Tercera de Revisión negó las pretensiones del accionante porque entre la fecha del fallecimiento de su esposa y la solicitud de pensión de sobrevivientes habían transcurrido 13 años, sin que se adujeran las razones por las cuales no había elevado tal solicitud con anterioridad.

4. El caso concreto

4.1. En el presente caso se advierte que el cónyuge de la accionante falleció el 9 de septiembre de 1999, sin que para esa fecha tuviera el estatus de pensionado, toda vez que su pensión le fue reconocida inicialmente mediante Resolución No. 314 del 26 de julio de 1972, la cual fue revocada mediante Resolución No. 306 de 1987. Al serle revocada la pensión, el señor Evaristo Ortiz Peña instauró acción ordinaria laboral, la que resultó contraria a sus pretensiones. El señor Ortiz Peña falleció el 9 de septiembre de 1999 y sólo diez (10) años después, el 5 de octubre de 2009, su cónyuge, la señora Elisa Mercedes Castro de Ortiz, presentó escrito ante la Alcaldía de Barranquilla para que se le reconociera la pensión de sobrevivientes, la cual le fue negada. Diecinueve (19) meses después de su petición, la actora interpuso la acción que ocupa a la Sala, esto es, el 31 de mayo de 2011.

La accionante no manifiesta en su escrito de tutela cuáles fueron las razones que le impidieron presentar con anterioridad una solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes ante las entidades accionadas, ni tampoco acredita el por qué se tardó tanto tiempo para interponer la tutela.

Así las cosas, en el presente caso, la Sala procederá a confirmar las sentencias objeto de revisión. Sin embargo, teniendo en cuenta que se trata de una persona de la tercera edad, sujeto de especial protección constitucional, se harán algunas precisiones sobre la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes que podría reclamar la accionante, dado que a su cónyuge no se le reconoció la pensión de jubilación.

4.2. En efecto, como quiera que en el presente caso el señor Evaristo Ortiz Peña falleció sin que se le hubiera reconocido la pensión de jubilación, resulta importante señalar que el artículo 49 de la Ley 100 de 1993 consagra la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes como una prestación económica en favor de los miembros del grupo familiar del afiliado que al momento de su muerte no hubiese reunido los requisitos exigidos para la pensión de sobrevivientes, cuyo monto será equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas, resultado sobre el cual se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.²⁸

Ahora bien, la Corte Constitucional ha reiterado que las prestaciones reconocidas en la Ley 100 de 1993, entre las cuales se encuentra la indemnización sustitutiva de la pensión de

sobrevivientes, no admiten una prescripción extintiva para el reconocimiento del derecho, ya que a través de estas prestaciones se busca garantizar el derecho a la seguridad social, el cual ha sido reconocido por la Constitución Política como un derecho irrenunciable.²⁹

Esta Corporación ha sostenido sobre el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes que la solicitud de reconocimiento del derecho, puede hacerse en cualquier tiempo, y una vez reconocido el derecho por la autoridad correspondiente, se empezará a contar el término de prescripción de la prestación.³⁰ Así por ejemplo, en sentencia T-546 de 2008,³¹ en donde se estudió la acción de tutela interpuesta en contra del ISS por la cónyuge sobreviviente de un afiliado a dicha entidad, a quien se le negó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, bajo el argumento de que había operado la prescripción, al haber transcurrido más de un año entre la fecha del fallecimiento del afiliado y la fecha de la reclamación, dijo la Corte:

“En efecto y comoquiera que se trata de una garantía establecida por el legislador que busca sustituir la pensión de vejez, invalidez y sobrevivientes, cuando no se cumplen los requisitos para que sea reconocida cualquiera de ellas, es claro *mutatis mutandis* que puede equipararse a un derecho pensional, razón por la cual el parámetro de imprescriptibilidad para este tipo de derechos, fijado por la jurisprudencia constitucional, debe aplicarse en este ámbito, es decir, que su exigibilidad puede hacerse en cualquier tiempo, sujetándose únicamente a normas de prescripción, una vez ha sido efectuado su reconocimiento por parte de la autoridad correspondiente”.³²

Igualmente, en la citada sentencia se reiteró que la naturaleza de imprescriptibilidad del derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes hace referencia a que los miembros de su grupo familiar pueden solicitar en cualquier tiempo su otorgamiento, una vez fallezca el afiliado, siendo posible el establecimiento de un límite temporal tan sólo respecto del ejercicio de las acciones judiciales, cuya caducidad se empezará a contar desde el momento en que la prestación ha sido negada por la entidad responsable.³³

Ahora bien, dado que el cónyuge de la accionante no realizó cotizaciones al Sistema con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, es pertinente anotar que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, los aportes a tener en cuenta para liquidar la indemnización sustitutiva son todos aquellos que hayan ingresado al Sistema, sin importar

la época para la cual se efectuaron.³⁴ Así por ejemplo, en la sentencia T-957 de 2010,³⁵ y haciendo énfasis en la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, esta Corporación sostuvo que sí se debe otorgar dicha prestación a las personas que sólo cuentan con aportes previos a la Ley 100 de 1993, al menos, por las siguientes razones: (i) porque de conformidad con el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo³⁶ y el artículo 11 de la Ley 100 de 1993,³⁷ las normas laborales son de orden público y producen efectos generales a todos los habitantes del territorio nacional, y dado que no existe disposición que excluya a tales personas como beneficiarias de la respectiva indemnización sustitutiva, no pueden discriminarse sin algún criterio razonable.³⁸ (ii) Además, porque el literal f del artículo 13 de la Ley 100 de 1993³⁹ y el artículo 2 del Decreto 1730 de 2001,⁴⁰ reconocen expresamente los períodos cotizados con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 para efectos de determinar el cumplimiento de los requisitos establecidos para acceder a las prestaciones del Sistema de Seguridad Social. Finalmente, (iii) porque no retornar las cotizaciones del causante a su grupo familiar bajo la figura de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes va en contra de la prohibición del enriquecimiento sin causa, pues en razón de que dichos recursos no alcanzaron a financiar determinada pensión no existe vínculo jurídico alguno que permita a la administradora de fondos retenerlos.

En armonía con lo anterior, las administradoras de fondos pensionales no se pueden oponer al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes bajo el entendido de que el (la) causante había efectuado las cotizaciones antes de haber entrado en vigencia la Ley 100 de 1993, so pena de vulnerar el principio de favorabilidad en materia laboral y las normas reguladoras del Sistema General de Pensiones, además de desconocer la prohibición del enriquecimiento sin causa y el carácter de orden público que tienen las leyes del trabajo.

Ahora bien, en el presente caso, el Distrito de Barranquilla, o a la entidad que haga sus veces, deberá tener en cuenta al momento de resolver el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes de la señora Castro de Ortiz, el hecho de que a su cónyuge le fue reconocida y pagada la pensión de jubilación, en un primer momento, por casi 15 años hasta que se profirió la Resolución de la Gerencia de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla mediante la cual se revocó la mencionada pensión,⁴¹ y posteriormente, durante otros dos años hasta que, en virtud de la sentencia de segunda instancia emitida en el proceso ordinario laboral, la Dirección General del Fondo de

Pasivos de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla revocó definitivamente dicha prestación.⁴²

Por lo anterior, el Distrito de Barranquilla, o a la entidad que haga sus veces, deberá analizar, una vez revisada la historia de pagos de las mesadas pensionales del cónyuge de la peticionaria, si la Administración debe cancelar a la señora Castro de Ortiz una indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes por las cotizaciones realizadas por el señor Ortiz Peña al Sistema de Pensiones que no fueron compensadas mediante los pagos de las mesadas pensionales que alcanzó a recibir durante el tiempo en el que le fue reconocida la pensión de jubilación.

En consecuencia, se confirmará la decisión de tutela de segunda instancia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento el primero (1º) de agosto de dos mil once (2011), que confirmó a su vez la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Tercero Penal Municipal para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías de Barranquilla el dieciséis (16) de junio de dos mil once (2011), mediante la cual se declaró improcedente el amparo por no cumplirse el requisito de la inmediatez. Sin embargo, esta Sala informará a la accionante que, dada su condición de cónyuge del señor Evaristo Ortiz Peña, quien falleció el 9 de septiembre de 1999 sin que se le reconociera una pensión de jubilación, pero teniendo en cuenta que realizó aportes al Sistema con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, puede solicitar al Distrito de Barranquilla, o a la entidad que haga sus veces, el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes consagrada en el artículo 49 de la Ley 100 de 1993. De igual manera, se advertirá que, al decidirse el reconocimiento de tal indemnización, deberá tener en cuenta los fundamentos de esta sentencia.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento del primero (1º) de agosto de dos mil once

(2011), que a su vez confirmó la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal Municipal para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías de Barranquilla del dieciséis (16) de junio de dos mil once (2011), mediante la cual se declaró la improcedencia de la acción de tutela interpuesta por Elisa Mercedes Castro de Ortiz.

Segundo.- INFORMAR a la señora Elisa Mercedes Castro de Ortiz que, en virtud del artículo 49 de la Ley 100 de 1993, puede solicitar al Distrito de Barranquilla, o a la entidad que haga sus veces, una indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes.

Tercero.- ADVERTIR al Distrito de Barranquilla, o a la entidad que haga sus veces, que, presentada la solicitud de reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes de la señora Elisa Mercedes Castro de Ortiz, deberá resolver la misma en un término de quince (15) días, teniendo en cuenta los fundamentos de esta sentencia, y en caso de cumplir con los requisitos para que le sea otorgada dicha prestación, deberá proceder al reconocimiento y pago de la misma en un plazo máximo de diez (10) días.

Cuarto.- El Distrito de Barranquilla, o a la entidad que haga sus veces, deberá remitir a esta Corporación, en el término de cinco (5) días contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que resuelva la solicitud de reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes de la señora Elisa Mercedes Castro de Ortiz, una copia de lo decidido.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 El expediente de la referencia fue escogido para revisión por medio del Auto de septiembre veintinueve (29) de dos mil once (2011) proferido por la Sala de Selección Número Nueve.

2 Folios 105 a 107 del cuaderno principal. En adelante, siempre que se mencione un folio se entenderá que hace parte del cuaderno principal, a menos que se diga expresamente que se hace referencia a otro cuaderno.

3 Folios 108 a 110.

4 Folio 109.

5 Folios 101 a 104.

6 Folios 111 a 115.

7 Folio 70.

9 Folio 77.

10 Folios 201 y 202.

11 A folios 15 y 16 del cuaderno principal obra fax enviado por la Alcaldía de Barranquilla en donde se remite copia de la respuesta otorgada a la señora Elisa Mercedes Castro de Ortiz el día 14 de octubre de 2009.

12 Folio 9.

13 Folios 94 a 100.

14 Sobre el particular se puede revisar, entre otras, la Sentencia T-1316 de 2001 (MP. Rodrigo Uprimny Yepes). En esta sentencia se estudia si es procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, teniendo en cuenta que el accionante había presentado una demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa, solicitando el incremento de su mesada pensional. En este caso la Corte resolvió confirmar los fallos de instancia, los cuales negaron la tutela del derecho, pues consideró que para el caso en concreto no se configuraba una situación irremediable. Esta sentencia reitera los argumentos planteados en la sentencia T-225 de 1993 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa.)

15 Al respecto, consultar entre otras, las sentencias T-668 de 2007 (MP. Clara Inés Vargas Hernández), T-1088 de 2007 (MP. Rodrigo Escobar Gil), T-1233 de 2008 (MP. Rodrigo Escobar Gil) y T-850 de 2008 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra).

16 Sentencia T-1088 de 2007 (MP. Rodrigo Escobar Gil). En un aparte de esa sentencia, la Corte puntualizó que: “El hecho de que se trate de un sujeto de especial protección constitucional que se encuentra en un estado de debilidad manifiesta, necesariamente implica que no se pueda reclamar de él la misma diligencia que se exige de las demás personas, por lo que no podría evaluarse con la misma rigurosidad el ejercicio oportuno de las acciones respectivas”.

17 Sentencias T-789 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-456 de 2004 (MP. Jaime Araújo Rentería), T-515A de 2006 (MP. Rodrigo Escobar Gil) y T-850 de 2008 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra).

18 Sentencias T-038 de 1997 (MP. Hernando Herrera Vergara), T-1083 de 2001 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-850 de 2008 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-905 de 2008 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra).

19 Sentencia T-1268 de 2005 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

20 Sentencia T-1083 de 2001 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra).

21 Sentencia T-080 de 2010 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva). En esta sentencia la Corte estudia la acción de tutela presentada por una persona de 74 años de edad, quien solicita que se le reconozca la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, la cual fue negada

por el Fondo Territorial de Pensiones del Departamento del Tolima. La Corte decidió tutelar el derecho fundamental del accionante al mínimo vital y ordenó a la entidad accionada adelantar el trámite pertinente para el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

22 Ver entre otras la Sentencia T-315 de 2005 (MP. Jaime Córdoba Triviño).

23 Sentencia T-526 de 2005 (MP. Jaime Córdoba Triviño).

24 M.P Jaime Araújo Rentería.

25 M.P Mauricio González Cuervo.

26 M.P Juan Carlos Henao Pérez.

27 Ley 100 de 1993. “ARTÍCULO 49. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. Los miembros del grupo familiar del afiliado que al momento de su muerte no hubiese reunido los requisitos exigidos para la pensión de sobrevivientes, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a la que le hubiera correspondido en el caso de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, prevista en el artículo 37 de la presente Ley”.

28 El artículo 37 de la Ley 100 de 1993 establece: “Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado”.

29 Constitución Política de Colombia, artículo 48. “La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. (...)”

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

30 Ver, por ejemplo, sentencias T-1088 de 2007 (M.P Rodrigo Escobar Gil); T-529 de 2009 (M.P Jorge Iván Palacio Palacio); T-597 de 2009 (M.P Juan Carlos Henao Pérez); T-081 de 2010 (M.P Luis Ernesto Vargas Silva); T-896 de 2010 (M.P Nilson Pinilla Pinilla).

31 MP. Clara Inés Vargas Hernández.

32 En el mismo sentido, ver también sentencias T-972 de 2006 (M.P Rodrigo Escobar Gil); T-099 de 2008 (M.P Manuel José Cepeda Espinosa); T-525 de 2009 (M.P Nilson Pinilla Pinilla); T-529 de 2009 (M.P Jorge Iván Palacio Palacio); T-597 de 2009 (M.P Juan Carlos Henao Pérez); T-081 de 2010 (M.P Luis Ernesto Vargas Silva); T-364 de 2010 (M.P María Victoria Calle Correa); T-896 de 2010 (M.P Nilson Pinilla Pinilla).

33 Sentencia T-546 de 2008 (MP. Clara Inés Vargas Hernández).

34 Sentencia T-972 de 2006 (MP. Rodrigo Escobar Gil). La Corte afirmó que, con base en los artículos 11 y 13 de la Ley 100 de 1993, “(...) en materia del derecho a la indemnización sustitutiva, las entidades encargadas de su reconocimiento se encuentran en la obligación de tener en cuenta las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.”. En la misma dirección se pueden observar las sentencias T-1088 de 2007 (MP. Rodrigo Escobar Gil) y T-099 de 2008 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

35 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto) En esa oportunidad la Corte conoció el caso de una accionante que, luego de haber recurrido a un proceso ordinario laboral, le denegaron la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes bajo el entendido de que los aportes del causante habían sido previos a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. La respectiva Sala de Revisión resolvió amparar los derechos fundamentales al debido proceso, la seguridad social y el mínimo vital de la demandante y, en consecuencia, ordenó el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, previa anulación de la sentencia que había resuelto el litigio en la jurisdicción ordinaria.

36 Artículo 16 CST. “Efecto. 1. Las normas sobre trabajo, por ser de orden público producen efecto general inmediato (...)”.

37 Artículo 11 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003. “El sistema general de pensiones, con las excepciones previstas en el artículo 279 de la presente

Ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional (...)"

38 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, Observación General No 19, sobre el derecho a la Seguridad Social. En referencia a los temas especiales de aplicación amplia se sostuvo lo siguiente: "No discriminación e igualdad. (...) Los Estados Partes deben asegurar que la legislación, las políticas, los programas y los recursos asignados faciliten el acceso a la seguridad social de todos los miembros de la sociedad (...). También deben revisarse las restricciones de acceso a los planes de seguridad social para cerciorarse de que no discriminan de hecho ni de derecho."

39 Literal f del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. "Para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente Ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio (...)"

40 Artículo 2 (parcial) del Decreto 1730 de 2001, por medio del cual se reglamentan los artículos 37, 45 y 49 de la Ley 100 de 1993 referentes a la Indemnización Sustitutiva del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida. "(...) Para determinar el monto de la indemnización sustitutiva se tendrán en cuenta la totalidad de semanas cotizadas, aún las anteriores a la Ley 100 de 1993."

41 Al señor Evaristo Ortiz Peña le fue reconocida pensión de jubilación mediante Resolución No. 314 del 26 de julio de 1972 proferida por la Gerencia de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla, y posteriormente le fue revocada el 28 de mayo de 1987 mediante Resolución No. 306 de la misma entidad.

42 El señor Evaristo Ortiz Peña fue incluido nuevamente en nómina de pensionados el 16 de junio de 1993, y el 21 de abril de 1995, mediante Resolución N° 145, la Dirección General del Fondo de Pasivos de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla, con base en la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, revocó nuevamente la pensión de jubilación.