

Sentencia T-047/15

(Bogotá, D.C., Febrero 11)

ACCION DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO DE INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE PENSION DE VEJEZ-Procedencia cuando afecta mínimo vital y demás derechos de personas de la tercera edad

PERSONA DE LA TERCERA EDAD ES QUIEN TENGA UNA EDAD SUPERIOR A LA EXPECTATIVA DE VIDA OFICIALMENTE RECONOCIDA EN COLOMBIA

PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Se considera que lo es a partir de 74 años, reiteración sentencia T-844/14

Esta Sala de Revisión considera que así como la tarea de determinar la edad pensional resulta propia del Congreso, es dicha entidad quien deberá fijar desde cuando inicia la tercera edad para efectos de la procedencia de la acción de tutela. Por lo tanto, con el fin de proteger la naturaleza excepcional y subsidiaria de la misma, en la presente sentencia será adoptado como criterio para establecer la tercera edad, la expectativa de vida de los colombianos certificada por el DANE correspondiente a los 74 años. Así, el análisis de la procedencia de la acción de tutela como mecanismo definitivo se flexibiliza para aquellas personas que alcancen la mencionada edad pues en estos casos, generalmente, la jurisdicción ordinaria no resulta ser lo suficientemente eficaz e idónea.

INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE LA PENSION DE VEJEZ-Improcedencia por no afectar

derechos fundamentales y por no haber agotado los medios ordinarios de defensa

Referencia: Expedientes T-4.520.035 y T-4.546.982

Fallos de tutela objeto revisión: T-4.520.035 Sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior de Manizales, Sala Laboral, del 26 de mayo de 2014, que confirmó la providencia del 22 de abril de 2014 del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Manizales. T-4.546.982 Sentencia del Juzgado Noveno Civil Municipal Oral de Armenia, del 15 de mayo de 2014.

Accionante: T-4.520.035 Delma Escobar de Montoya. T-4.546.982 Álvaro Nel Escrucería Manzi.

Accionados: T-4.520.035 Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones. T-4.546.982 El Fondo Territorial de Pensiones del Departamento Administrativo de Fortalecimiento Institucional de la Alcaldía de Armenia.

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

## I. ANTECEDENTES.

### 1. Demandas de tutela.

#### 1.1. Elementos y pretensión<sup>1</sup>.

##### 1.1.1. Derechos fundamentales invocados. En ambos casos solicitan la protección del

derecho a la seguridad social -art. 48 C.P.- y al mínimo vital; de manera particular en el expediente T-4.546.982 vida -art. 11 C.P. y salud.

1.1.2. Conducta que causa la vulneración. El no reconocimiento de la indemnización sustitutiva por parte de las entidades accionadas.

1.1.3. Pretensión. T-4.520.035 y T-4.546.982 ordenar a las entidades accionadas reconocer, liquidar y pagar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

1.2. Fundamentos de la pretensión.

A. Expediente T-4.520.035.

1.2.1. La ciudadana Delma Escobar de Montoya, informó que en noviembre de 2009 inició los trámites ante el ISS solicitando el reconocimiento de una indemnización sustitutiva. El ISS al dar respuesta emitió dos resoluciones contradictorias, por un lado, la Resolución 1231 de 20112, mediante la cual le reconoció la indemnización sustitutiva por un valor de \$1.144.194, debido a que, tenía 198 semanas cotizadas con un ingreso base de liquidación de \$550.358, por el otro lado, está la Resolución 1798 de 2011, a través de la cual le comunicaron que dicha indemnización estaba prescrita, pues la misma le fue reconocida a través de la Resolución 002742 del 27 de mayo de 2005, es decir que contaba con un lapso de un año para reclamarla, según lo estipulado en el artículo 50 del Decreto 758 de 1990, debido a lo anterior, dejó sin efectos y revocó la pasada resolución.

1.2.2. El 13 de julio de 2011, la tutelante elevó derecho de petición ante la entidad accionada

solicitando que le permitieran continuar realizando aportes al sistema, sin embargo no obtuvo respuesta, debido a lo anterior, siguió cotizando hasta completar 47 semanas más.

1.2.3. Posteriormente, elevó una nueva petición ante Colpensiones quien a través de la Resolución GNR 209625 del 20 de agosto de 2013, le negó la solicitud de pensión de vejez informándole que solo tiene 245 semanas y por lo tanto no cumple con el número de semanas requeridas para ser beneficiaria de dicha prestación.

1.2.4. El 10 de septiembre de 2013, la señora Delma Escobar interpuso recurso de reposición aclarando que lo que está solicitando es la indemnización sustitutiva y no la pensión de vejez<sup>3</sup>. Es así, que nuevamente pide que se le reconozca, liquide y pague la indemnización sustitutiva, tanto de las cotizaciones realizadas con anterioridad a la Resolución 1798 de 2011 como de las que hizo con posterioridad.

1.2.5. El recurso de reposición fue resuelto de manera negativa por Colpensiones mediante la Resolución GNR 93830 del 17 de marzo de 2014, reiterando el argumento de la prescripción, pues de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 50 del Decreto 758 de 1990, la mesada pensional prescribe en 4 años y para el cobro de las demás prestaciones ya reconocidas hay un plazo de 1 año para reclamarlas.

1.2.6. Finalmente, informó que tiene 67 años, que sufrió un derrame en la mácula del ojo y en consecuencia fue necesario practicarle una “vitrectomía” lo que implicó una disminución de su visión y el cubrimiento de gastos adicionales. A su vez, manifestó que no cuenta con servicio de salud pues no reúne todos los requisitos para ser parte del régimen subsidiado y tampoco cuenta con los recursos económicos para afiliarse al régimen contributivo.

1.2.7. Debido a lo anterior, se vio en la necesidad de acudir a la acción de tutela buscando que el juez constitucional le ordenen a la entidad accionada reconocer, liquidar y pagar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

La Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES guardó silencio.

### 3. Sentencias objeto de revisión.

#### 3.1. Sentencia del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Manizales, del 22 de abril de 20145.

El juez constitucional negó la protección de los derechos invocados al considerar que de los hechos narrados en la acción de tutela se evidencia las diferentes actuaciones administrativas que se surtieron con el fin de obtener la prestación que ahora persigue, sin embargo, la tutelante no explicó las razones por las cuales no ha acudido a la jurisdicción ordinaria laboral para reclamar lo pretendido por vía de tutela.

De otra parte, aseguró que no se evidencia la vulneración a un derecho fundamental que justifique la procedencia de la acción de tutela, pues si bien la señora Delma Escobar relata que tiene 67 años, un estado de salud complejo y una situación económica difícil, el juez no puede obviar que la resolución que negó la indemnización sustitutiva es de mayo de 2011 y la tutela fue interpuesta hasta el 2014, lo que deja ver una falta de diligencia por parte de la accionante.

### 3.2. Impugnación<sup>6</sup>.

La señora Delma Escobar Montoya consideró que el fallo de instancia no tuvo en cuenta lo establecido en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, el cual establece que se deben tener por ciertos los hechos que no fueron controvertidos, situación que en este caso no se dio, pues Colpensiones no manifestó nada que contradijera lo expuesto en la demanda de tutela.

Adicionalmente, aseguró que el juez debe practicar pruebas tendientes a demostrar que no existe un perjuicio irremediable. Debido a lo anterior, solicitó que se revoque el fallo de primera instancia.

### 3.3. Sentencia del Tribunal Superior de Manizales, Sala Laboral, del 26 de mayo de 2014<sup>7</sup>.

Confirmó la sentencia de primera instancia reiterando los argumentos expuestos por el ad-quo y agregó que la actora no manifestó que la tutela fuera interpuesta como mecanismo transitorio, por el contrario se limitó a manifestar que es una persona de la tercera edad y que de recibir la indemnización sustitutiva podría mejorar sus condiciones de vida.

Aseguró que no se evidencia que la tutelante se encuentre ante un perjuicio irremediable que requiera una medida urgente e impostergable, por el contrario la señora Delma Escobar puede acudir ante la jurisdicción ordinaria, pues la tutela no fue instituida para declarar derechos a favor de los ciudadanos sino para proteger los que ya están en ellos radicados. Consideró que la tutela no es procedente en el presente caso en razón a que no se trata de una persona de la tercera edad al tener 67 años, pues no está cercana al índice de esperanza de vida al nacer de las mujeres colombianas, circunstancia que es relevante para

determinar la procedibilidad de la tutela y para que no se desconozca la competencia del juez natural.

De otra parte, dijo que si bien el derecho a la indemnización sustitutiva es imprescriptible, una vez este ha sido reconocido por la entidad de seguridad social opera la prescripción de acuerdo con la ley laboral y la jurisprudencia –Sentencia T-972 de 2006-, situación que ya ocurrió en el presente caso, pues la indemnización le fue reconocida a la demandante el 27 de mayo de 2005 a través de la Resolución No. 2742.

Finalmente, el Tribunal no compartió el argumento expuesto en la impugnación, según el cual no se aplicó en debida forma el artículo 20 del Decreto 2591, ya que la posición de la actora implicaba tener por cierto el hecho de que la indemnización sustitutiva mejoraría las condiciones de vida de la misma al poder cubrir los gastos de una intervención ocular, cuando en este aspecto puntualmente se nota una evidente contradicción, pues en la tutela aseguró que ya se había sometido a dicha operación y en el recurso señaló que está próxima a realizarse el procedimiento quirúrgico. En todo caso, se haya hecho la cirugía o éste próxima a realizarse, no se puede asegurar que la prestación reclamada le va a mejorar sus condiciones de vida, pues con ese dinero lo que pretende es asumir gastos adicionales derivados de la cirugía ocular.

B. Expediente T-4.546.9828.

1.2.1. El ciudadano Álvaro Nel Escrucería Manzi informó que trabajó como personero del municipio de Armenia desde el 30 de enero de 1987 hasta el 20 de diciembre de 1988, lapso durante el cual realizó los aportes de pensiones a la Caja de previsión Social de dicho municipio.

1.2.2. Aseveró que el Fondo Territorial de Pensiones del Departamento Administrativo de Fortalecimiento Institucional de la Alcaldía de Armenia, le negó el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva consagrado en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993. Con dicha decisión considera el actor que se le vulneran sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida en condiciones dignas, a la salud, al mínimo vital, debido a que, tiene más de 70 años, no tiene derecho a pensión de vejez, carece de recursos económicos y padece diabetes mellitus tipo II.

1.2.3. Informó que la Caja de previsión Social de dicho municipio fue liquidada en el año 1990 pero los aportes realizados durante el periodo laborado fueron enviados a las arcas del municipio, quien ahora pretende desconocer y apropiarse del dinero que le pertenece.

1.2.4. Aseguró, que la Corte Constitucional en varias oportunidades ha manifestado que no importa que las cotizaciones se hayan realizado con anterioridad a la Ley 100 de 1993, debido a que, todas las semanas deben ser tenidas en cuenta para efectuar de fijar el monto de la indemnización sustitutiva.

1.2.5. Debido a lo anterior, solicitó que se le ordene a la entidad accionada reconocer y pagar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a la que considera tener derecho por haber trabajado como funcionario de la personería del municipio de Armenia durante un lapso de 23 meses, sin ser sometido a acudir a la jurisdicción contencioso administrativa debido al tiempo que duran estos procesos.

## 2. Respuesta de las entidades accionadas<sup>9</sup>.

### 2.1.1. Alcaldía Municipal de Armenia<sup>10</sup>.

La apoderada del municipio de Armenia manifestó que es verdad que el actor a través de derecho de petición solicitó el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva, la cual le fue negada a través de la Resolución No. 0933 del 17 de septiembre de 2013, debido a que, los aportes efectuados a la Caja de Previsión Social Municipal se realizaron en vigencia del régimen anterior a la Ley 100 de 1993, el cual no contemplaba la posibilidad de devolución de aportes. Además, informó que la Ley 100 de 1993 empezó a ser aplicable para las entidades territoriales hasta el 30 de junio de 1995, lo que implica que no hay norma que le permita al municipio darle aplicación a la figura de la indemnización sustitutiva.

En cuanto al derecho al mínimo vital del accionante, afirmó que es un profesional del derecho, que no puede depender exclusivamente del reconocimiento y pago de una indemnización sustitutiva que corresponde a un año y diez meses de trabajo.

Por último, expresó que la acción de tutela no es el mecanismo ideal para ventilar asuntos de carácter laboral, pues en el presente caso el actor debe interponer demanda administrativa, máxime cuando el señor Álvaro Nel Escrucería no expuso argumentos que permitan declarar procedente la tutela.

### 3. Sentencia objeto de revisión.

#### 3.1. Sentencia del Juzgado Noveno Civil Municipal Oral de Armenia, del 15 de mayo de 2014.

El Juez de instancia declaró improcedente el amparo. Consideró que la negativa por parte de la administración de concederle la indemnización sustitutiva no es en sí misma una amenaza o vulneración de los derechos fundamentales.

El juez consideró que el asunto objeto de controversia no es de carácter constitucional, toda vez que existen mecanismos ordinarios de protección en la jurisdicción contenciosa, los cuales son efectivos para satisfacer las pretensiones del actor. A su juicio, no hay razón constitucional que permita usar la acción de tutela para reemplazar la vía ordinaria, pues de lo contrario implicaría abolir los mecanismos ordinarios y tramitar todas las controversias de carácter legal a través de esta acción constitucional.

Sumado a lo anterior, aseveró que tampoco se evidencia la existencia de un perjuicio irremediable que amerite la adopción de medidas urgentes, pues la indemnización sustitutiva que reclama el actor no está encaminada a garantizar el derecho fundamental al mínimo vital, pues se trata de una prestación que no es de carácter vitalicio sino que se constituye en la devolución de los aportes al sistema de seguridad social que hizo durante un poco más de un año laborado.

## II. FUNDAMENTOS.

### 1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para revisar la decisión judicial mencionada, con base en la Constitución Política -artículos 86 y 241.9- y lo desarrollado en el Decreto 2591 de 1991 -artículos 31 a 36-11.

### 2. Procedencia de la demanda de tutela.

2.1. Alegación de afectación de un derecho fundamental. En ambos casos, los accionantes consideran que las entidades accionadas les vulneraron sus derechos fundamentales a la seguridad social -art. 48 C.P, de manera particular en el expediente T-4.520.035 el derecho a la vida en condiciones de dignidad -art. 11 C.P., y en el expediente T-4.546.982 el derecho al mínimo vital.

2.2. Legitimación activa. En el expediente T-4.520.035, la acción de tutela fue interpuesta por la señora Delma Escobar Montoya y en el T-4.546.982 por el ciudadano Álvaro Nel Escrucería Manzi. Lo anterior encuentra su fundamento constitucional en el artículo 8612 de la Carta, el cual establece que toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentren amenazados, podrá interponer acción de tutela en nombre propio o a través de un representante que actué en su nombre.

2.3. Legitimación pasiva. T-4.520.035 La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones es una empresa industrial y comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Trabajo.

T-4.546.982 El Fondo Territorial de Pensiones del Departamento Administrativo de Fortalecimiento Institucional de la Alcaldía de Armenia, es una autoridad pública del orden territorial con la cual el demandante sostuvo una relación laboral y, en principio, susceptible de demanda de tutela. No obstante, encuentra la Sala que la accionada no está legitimada legalmente para resolver las pretensiones planteadas, por cuanto le corresponde a las administradoras de pensiones realizar esta labor y, tal y como fue manifestado por el actor en los hechos de la demanda y como obra a folio 6 del cuaderno principal, se indica que durante la relación laboral el accionante fue afiliado a la Caja de Previsión Social del Municipio de Armenia la cual fue liquidada en el año 1990.

Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, le corresponde a la administradora de

pensiones elegida por el afiliado hacer los cobros a favor de sus afiliados, tal y como lo indica el literal d) del párrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 al disponer sobre el cómputo de las semanas de cotización lo siguiente:

“b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados;

(...)

e) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que antes de la Ley 100 de 1993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.

En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional.”

En ese sentido, no reposa prueba en el expediente, ni manifiesta el actor que haya solicitado a su administradora de pensiones la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o el recobro de los aportes efectuados a la Caja de Previsión Social del Municipio de Armenia –liquidada en 1990-.

2.4. Inmediatez. T-4.520.035 la Resolución atacada por vía de tutela es la GNR 93830 del 17 de marzo de 2014, la acción de tutela la interpuso el 2 de abril de 2014<sup>13</sup>, es decir, que transcurrió menos de un mes desde la expedición de la mencionada resolución hasta cuando presentó la acción de tutela, lo que para la Sala es un tiempo razonable.

T-4.546.982 la Resolución atacada por vía de tutela es la No. 0933 del 17 de septiembre de 2013, la acción de tutela fue interpuesta el 5 de mayo de 2014<sup>14</sup>, es decir, que

transcurrieron aproximadamente 7 meses desde que fue emitido el acto administrativo hasta cuando presentó la acción de tutela, lo que para la Sala es un tiempo razonable.

2.5. Subsidiariedad. El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela constituye un mecanismo de protección de derechos fundamentales de carácter residual y subsidiario, es decir que únicamente será procedente cuando no exista otro medio de defensa.

No obstante, la jurisprudencia constitucional ha considerado que aun cuando exista un mecanismo de defensa directo, la procedencia de la acción de tutela se flexibiliza cuando: “(i) los medios ordinarios de defensa judicial no son suficientemente idóneos y eficaces para proteger los derechos presuntamente conculcados, (ii) aun cuando tales medios de defensa judicial sean idóneos, de no concederse la tutela como mecanismo transitorio de protección, se producirá un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales, y (iii) el accionante es un sujeto de especial protección constitucional (personas de la tercera edad, personas discapacitadas, mujeres cabeza de familia, población desplazada, niños y niñas), y por lo tanto la situación requiere de particular consideración por parte del juez de tutela”<sup>15</sup>.

Con el ánimo de saber si las acciones de tutela objeto de estudio son procedentes, la Sala comenzará analizando si los ciudadanos Delma Escobar Montoya y Álvaro Nel Escruería Manzi pueden ser considerados como sujetos de especial protección constitucional en razón a su edad, lo que determinará si el estudio de procedencia de la acción de tutela se flexibiliza, para concluir si se deben o no acudir a la jurisdicción ordinaria o contenciosa respectivamente.

2.5.1. Tercera edad. Reiteración Sentencia T-844 de 2014.

A lo largo de los años, esta Corporación ha sido reiterativa en la idea de que las personas pertenecientes a la tercera edad merecen especial protección constitucional debido a la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran. Sin embargo, han sido varios los criterios adoptados por cada una de las Salas de Revisión, con el fin de establecer desde que edad dicha protección inicia y por ende la flexibilización del estudio de procedibilidad de la acción de tutela.

En un primer escenario, la jurisprudencia constitucional reconoció que la tercera edad debía iniciar entre los 70 y 71 años. De esta forma, la Sentencia T-456 de 1994 dispuso que una vez la persona hubiese superado el promedio de vida establecido para los colombianos (en ese entonces se hablaba de 71 años), “y ella considera que se le ha dado un trato discriminatorio en el reajuste pensional y por y tal motivo ha reclamado ante juez competente, pero se estima razonablemente que el solicitante ya no existiría para el momento que se produjera la decisión judicial, debido a su avanzada edad, unido esto al alto volumen de procesos que razonablemente producen demora en la decisión, pese al comportamiento diligente del juzgador, entonces, ese anciano no tiene otro medio distinto al de la tutela para que, provisionalmente, mientras se decide el fondo del asunto por el juez natural, se ordene el respeto a su derecho”. Criterio retomado en la Sentencia T-425 de 2004, bajo el entendido que la importancia de establecer a partir de cuándo inicia la tercera edad radica en “el trato preferencial y especial que ha de prodigarse en muchas ocasiones a ese grupo social de personas que constitucionalmente son consideradas como vulnerables”.

Así mismo, la Sentencia T-076 de 1996, estableció que “donde se encuentran hombres y mujeres con 70 años o más, y que en el presente expediente, pueden llegar a los 88, sean las personas objeto de la protección especial de que trata el artículo 46 citado, pues, sobre ellas, las esperanzas de vida son menores”. No obstante, manifestó que la edad previamente definida, sería aplicable únicamente para efectos de dicha sentencia, pues correspondía al legislador determinar cuando inicia la tercera edad. Posteriormente, en la Sentencia T-1226 de 2000, se determinó “que para todos los efectos, las personas de la tercera edad, serán aquellas que tengan setenta (70) o más años”.

En un segundo escenario, este Tribunal Constitucional mediante la Sentencia T-463 de 2003 reconoció que “la edad considerada por la jurisprudencia colombiana como límite mínimo de la ancianidad es de 71 años. Aunque en algunas sentencias la Corte ha admitido que en situaciones de grave enfermedad la edad límite puede reducirse (...)”. De aquí, que el concepto de tercera edad no resultara lo suficientemente objetivo, pues la especial protección constitucional deviene de las circunstancias de cada caso en particular y no solo de su edad.

Por otro lado, la Sentencia T-425 de 2004, retomó el criterio establecido en la decisión T-456 de 1994 ya citado, bajo el entendido que la importancia de establecer a partir de cuándo inicia la tercera edad radica en “el trato preferencial y especial que ha de prodigarse en muchas ocasiones a ese grupo social de personas que constitucionalmente son consideradas como vulnerables”.

El tercer escenario corresponde al criterio consagrado por la Sentencia T-138 de 2010, a través de la cual se buscó establecer un criterio objetivo, alejado de la mera voluntad del juzgador para, a partir del mismo, presumir la calidad de persona de la tercera edad de un determinado accionante. En esta oportunidad, la Sala de Revisión aseguró que “el criterio para considerar a alguien de “la tercera edad”, es que tenga una edad superior a la expectativa de vida oficialmente reconocida en Colombia”. Vale mencionar que la consagración del presente criterio objetivo, fue concebido a modo de presunción, es decir, que admite prueba en contrario, por tanto no constituye la única vía para concretar la protección ni que por el simple hecho de cumplir con la edad requerida pudiera obtener lo que quisiera mediante acción tutela.

Finalmente, un cuarto escenario fue introducido por la Sentencia T-457 de 2012, con fundamento en la Ley 1276 de 2009 “a través de la cual se modifica la Ley 687 del 15 de

agosto de 2001 y se establecen nuevos criterios de atención integral del adulto mayor en los centros vida”, cuyo artículo 7º establece:

“b). Adulto Mayor. Es aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más. A criterio de los especialistas de los centros vida, una persona podrá ser clasificada dentro de este rango, siendo menor de 60 años y mayor de 55, cuando sus condiciones de desgaste físico, vital y psicológico así lo determinen.”

Consideró que teniendo en cuenta que dicha ley equipara el concepto de adulto mayor con el de persona de la tercera edad<sup>16</sup>, la edad en la que esta etapa inicia serán los 60 años, sin perjuicio que al acreditarse las circunstancias descritas en el artículo pueda considerarse de la tercera edad una persona de 55 años<sup>17</sup>. Para la Sala Segunda, esta tesis puede llegar a desnaturalizar el carácter subsidiario y excepcional de la acción de tutela.

De esta forma, tal como fue presentado en la Sentencia T-138 de 2010, la definición establecida por la Ley 1276 de 2009 no podría ser aplicada al presente caso, teniendo en cuenta que (i) fue concebida únicamente para efectos de dicha ley<sup>18</sup>; (ii) trasladar su interpretación al ámbito pensional, podría aumentar el alcance deseado por el legislador; (iii) llegaría al absurdo de establecer una edad inferior a la edad pensional, pues desde el 1 de enero de 2014, la edad requerida para acceder a la pensión de vejez es de 57 años para mujeres y 62 años para hombres; (iv) además de contrariar el carácter excepcional de la acción de tutela como mecanismo de defensa de derechos humanos, y convertirlo en la regla general.

De acuerdo a lo anterior, esta Sala de Revisión considera que así como la tarea de determinar la edad pensional resulta propia del Congreso, es dicha entidad quien deberá fijar desde cuando inicia la tercera edad para efectos de la procedencia de la acción de tutela. Por lo tanto, con el fin de proteger la naturaleza excepcional y subsidiaria de la misma, en la

presente sentencia será adoptado como criterio para establecer la tercera edad, la expectativa de vida de los colombianos certificada por el DANE correspondiente a los 74 años<sup>19</sup>. Así, el análisis de la procedencia de la acción de tutela como mecanismo definitivo se flexibiliza para aquellas personas que alcancen la mencionada edad pues en estos casos, generalmente, la jurisdicción ordinaria no resulta ser lo suficientemente eficaz e idónea.

Por otra parte, del escrito de tutela se evidencia que los accionantes se encuentran en una situación apremiante que torne inidóneo o ineficaz el mecanismo de defensa ordinario establecido, la acción de tutela de igual forma será procedente como mecanismo definitivo. Adicionalmente, cuando del caso se desprenda la inminencia de un perjuicio irremediable, el amparo tutelar procederá como mecanismo transitorio.

### 3. Casos concretos.

3.1. En el caso de la señora Delma Escobar de Montoya -expediente T-4.520.035-, interpuso la acción de tutela como mecanismo definitivo de protección de sus derechos fundamentales, sin acudir a la vía judicial establecida por el legislador para dirimir conflictos relacionados con el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva, que en este escenario es la jurisdicción ordinaria laboral.

Aunque la accionante manifestó como circunstancia especial que tiene 67 años, de acuerdo con lo expuesto anteriormente no es considerada como sujeto de especial protección constitucional, lo que en principio no implica que la tutela sea declarada procedente, pues es necesario demostrar otras circunstancias que ameriten la intervención del juez constitucional. Es así que, en los hechos de la demanda de tutela manifestó que sufrió un derrame en la mácula del ojo y en consecuencia fue necesario practicarle una cirugía lo que implicó una disminución de su visión y el cubrimiento de gastos adicionales.

De las pruebas aportadas al proceso se observa que para el 18 de marzo de 2013<sup>20</sup>, fecha en la que estuvo en control ya se había realizado la cirugía de vítreo, y la acción de tutela fue interpuesta un año después, es decir, que los gastos en los que tuvo que incurrir debido al procedimiento quirúrgico que le fue practicado ya fueron superados.

De otra parte, se evidencia que a la señora Escobar de Montoya mediante la Resolución 002472 del 27 de mayo de 2005 le fue reconocida la indemnización sustitutiva, sin embargo ella continuó cotizando, es decir que el problema jurídico en este caso sería resolver si ya prescribió la indemnización sustitutiva que le fue reconocida en el 2005 o si por el contrario dicho término fue suspendido con los aportes que realizó con posterioridad al reconocimiento y por ende si se le deben tener en cuenta. La sala considera que este es un asunto que deber ser debatido ante la jurisdicción ordinaria.

Finalmente, la señora Delma Escobar de Montoya informó que en este momento no cuenta con servicio de salud, debido a que, no tiene los recursos económicos para realizar los aportes al régimen contributivo y porque tampoco cumple con las condiciones para acceder al régimen subsidiado. Considera la Sala que este asunto no es el objeto de la tutela, pues su pretensión está encaminada a que se le ordene a la entidad accionada el pago de la indemnización sustitutiva y no que se le garantice el derecho a la salud, es decir, lo que persigue la actora es el reconocimiento de una prestación económica, pretensión para la cual no fue creada esta acción constitucional.

En suma, la Sala declarará improcedente la acción de tutela interpuesta por la señora Delma Escobar de Montoya, porque (i) está por debajo de la expectativa de vida de los colombianos; (ii) el asunto a resolver es de carácter legal y propio de la jurisdicción ordinaria laboral; (iii) porque la situación de salud que alega ya fue superada y finalmente, (iv) lo que pretende es el reconocimiento de una prestación económica. Todas estas circunstancias le permiten inferir a la Sala que la demanda ordinaria laboral es un mecanismo idóneo y eficaz para resolver el asunto puesto a consideración.

3.2. En el caso del ciudadano Álvaro Nel Escrucería Manzi -expediente T-4.546.982- se evidencia que tiene 71 años<sup>21</sup>, que trabajó como personero del municipio de Armenia desde el 30 de enero de 1987 hasta el 20 de diciembre de 1988, lapso durante el cual realizó los aportes de pensiones a la Caja de Previsión Social de dicho municipio, la cual fue liquidada en el año 1990. Adicionalmente, informó que carece de recursos económicos y padece diabetes mellitus tipo II.

En primer lugar, la Sala evidencia que el actor no cumple con la expectativa de vida de los colombianos que es de 74 años, en segundo lugar, la Sala considera que el señor Escrucería Manzi cuenta con un medio judicial idóneo y eficaz para la protección de su pretensión, consistente en acudir al proceso laboral ante la jurisdicción contenciosa, al cual pudo acudir desde que cumplió 60 años, sin embargo no manifestó ninguna circunstancia que se lo hubiera impedido

A su vez, el actor informó que padece de diabetes mellitus tipo II, sin embargo, no demostró que estuviera en una fase de la enfermedad que amerite de manera inmediata la intervención del juez constitucional. Sumado a que como se manifestó en el numeral 2.3 de esta providencia no hay legitimación en la causa por pasiva.

En conclusión, la Sala considera que la acción de tutela interpuesta por el señor Álvaro Nel Escrucería Manzi es improcedente debido a que (i) aun no cumple con la edad correspondiente a la expectativa de vida de los colombianos; (ii) la acción de tutela no sirve para subsanar o remediar la inactividad del tutelante para reclamar el derecho; (iii) el estado de salud que aduce el actor no evidencia la necesidad de la intervención del juez constitucional. Así las cosas, la demanda no cumple con los requisitos de procedibilidad de la acción constitucional como lo son la subsidiariedad y la legitimación en la causa por pasiva, razón por la cual se declarará improcedente.

### III. CONCLUSIÓN

1. Síntesis de los casos. T-4.520.035. La señora Delma Escobar de Montoya de 67 años-, solicitó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, la cual le fue reconocida mediante la Resolución 002472 del 27 de mayo de 2005, sin embargo, la actora no la reclamó y continuó cotizando. Posteriormente, pidió nuevamente el reconocimiento de dicha prestación ante Colpensiones quien negó la solicitud informando que la misma ya había sido reconocida pero al no ser reclamada prescribió.

T-4.546.982. El ciudadano Álvaro Nel Escrujería Manzi de 71 años-, trabajó como personero del municipio de Armenia desde el 30 de enero de 1987 hasta el 20 de diciembre de 1988, lapso durante el cual realizó los aportes de pensiones a la Caja de Previsión Social de dicho municipio, entidad que fue liquidada en el año 1990. Le solicitó al Fondo Territorial de Pensiones del Departamento Administrativo de Fortalecimiento Institucional de la Alcaldía de Armenia el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, asegurando que esta entidad recibió los aportes realizados a la Caja.

El Fondo le negó el reconocimiento argumentando que el actor cotizó con anterioridad a la Ley 100 de 1993 y para ese momento no se consagró ningún mecanismo de devolución de aportes.

2. Decisión. T-4.520.035 la Sala declarará improcedente la acción de tutela interpuesta por la señora Delma Escobar de Montoya, porque (i) está por debajo de la expectativa de vida de los colombianos; (ii) el asunto a resolver es de carácter legal y propio de la jurisdicción ordinaria laboral, (iii) la situación de salud que alega ya fue superada y finalmente, (iv) lo que pretende es el reconocimiento de una prestación económica. Todas estas circunstancias le permiten inferir a la Sala que la demanda ordinaria laboral es un mecanismo idóneo y eficaz para resolver el asunto puesto a consideración

T-4.546.982 la Sala considera que la acción de tutela interpuesta por el señor Álvaro Nel Escrucería Manzi es improcedente debido a que: (i) no hay legitimación en la causa por pasiva; (ii) aun no cumple con la edad correspondiente a la expectativa de vida de los colombianos; (iii) la acción de tutela no sirve para subsanar o remediar la inactividad del tutelante para reclamar el derecho, en tanto que desde hace aproximadamente 10 años es exigible y no ha sido solicitado a las entidades de seguridad social competentes o reclamado por vía judicial; y (iv) porque el estado de salud que aduce el actor no evidencia la necesidad de la intervención del juez constitucional.

3. Razón de la decisión. (i) La acción de tutela es improcedente cuando se dirige la demanda en contra de una persona diferente a la obligada a responder por la pretensión -T-4.546.982-; (ii) cuando existiendo un medio judicial de defensa idóneo y eficaz, no es empleado por el tutelante -T-4.520.035 y T-4.546.982-; y (iii) en virtud del carácter excepcional y residual de esta acción constitucional, se imposibilita su ejercicio injustificado como un instrumento de desplazamiento de los medios ordinarios consagrados en el ordenamiento jurídico.

#### IV. DECISIÓN

La Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la providencia del 26 de mayo de 2014, proferida por el Tribunal Superior de Manizales, Sala Laboral, que a su vez confirmó la providencia del 22 de abril de 2014 del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Manizales que negó el amparo solicitado, y en su lugar, declarar improcedente la tutela interpuesta por la ciudadana Delma Escobar de Montoya.

SEGUNDO.- CONFIRMAR la providencia del 15 de mayo de 2014, del Juzgado Noveno Civil Municipal Oral de Armenia, que declaró improcedente el amparo solicitado por el ciudadano Álvaro Nel Escrucerà Manzi.

TERCERO.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

GABRIEL E. MENDOZA MARTELO

Magistrado

Magistrado

Con salvamento de voto

ANDRES MUTIS VANEGAS

Secretario General

SALVAMENTO VOTO DEL MAGISTRADO

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

A LA SENTENCIA T-047/15

DERECHO A LA INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE LA PENSION DE VEJEZ-Procedencia de tutela por cuanto medios ordinarios son ineficaces, teniendo en cuenta que los accionantes son mayores de 65 años (Salvamento de voto)

Referencia: Expedientes Acumulados T-4.520.035 y T-4.546.982.

Acción de tutela presentada por Delma Escobar de Montoya y Alvaro Nel Escrucería Manzi contra la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y el Fondo de Territorial de Pensiones del Departamento Administrativo de Fortalecimiento Institucional de la Alcaldía De Armenia.

Magistrado Ponente:

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Con el respeto acostumbrado discrepo de la decisión tomada por la Sala de Revisión, en lo que concierne a declarar improcedente el amparo solicitado en los expedientes de la referencia. A mi juicio, en relación con la eficacia de los mecanismos de defensa con que cuentan los accionantes en la presente acción de tutela, debe ser examinado teniendo en cuenta no solo el objeto del proceso judicial sino el resultado previsible respecto de la protección eficaz y oportuna de los derechos fundamentales. Dichos elementos en conjunto

con el análisis de las circunstancias concretas del caso, permiten comprobar si el medio judicial es conducente para la defensa de los derechos que se consideran vulnerados.<sup>22</sup> En efecto, frente al tema de la indemnización sustitutiva, la jurisprudencia del órgano de cierre se decanta por que el derecho a dicha prestación económica solo está prevista para las pensiones financiadas en los términos señalados por los acuerdos internos del Instituto de Seguros Sociales y la Ley 100 de 1993. De igual manera, considera que es susceptible de aplicar la prescripción de conformidad con lo dispuesto en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social,<sup>23</sup> razón por la cual acudir al mecanismo ordinario resulta inane para los accionantes.

Estimo que en estos casos, al margen de que se aduzca un perjuicio irremediable, subsisten dudas torno a la eficacia del medio judicial con que se cuenta, lo que en este caso justificaría la procedencia excepcional de la acción de tutela, teniendo en cuenta que los accionantes cuentan con más de 65 años<sup>24</sup>, pues resulta indiscutible que el tiempo que tarda en surtirse el trámite ordinario respectivo pone en riesgo el disfrute efectivo del derecho.

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

1 T-4.520.035 Acción de tutela presentada el 2 de abril de 2014, por la señora Delma Escobar de Montoya contra la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones. (Folios 3 al 10 del cuaderno No. 1).

T-4.546.982 Acción de tutela presentada el 5 de mayo de 2014, por el señor Álvaro Nel Escrucería Manzi contra el Fondo Territorial de Pensiones del Departamento Administrativo de Fortalecimiento Institucional de la Alcaldía de Armenia. (Folios 8 al 10 del cuaderno No. 1).

2 Resolución 1231 de 2011. (Folio 12 del cuaderno No. 1).

3 Manifestación realizada en los hechos de la demanda (Folio 4 del cuaderno No. 1). Recurso de reposición. Folio 24 del cuaderno No. 1).

4 Mediante Oficio No. 716 del 2 de abril de 2014, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Manizales le corrió traslado a la Administradora de Pensiones Colpensiones para que ejerzan su derecho de defensa, se pronuncien sobre los hechos de la tutela y aporten las pruebas que consideren pertinentes.

5 Sentencia de primera instancia. (Folios 35 al 39 del cuaderno No. 1.).

6 Impugnación. (Folios 43 al 45 del cuaderno No. 1.).

7 Sentencia de segunda instancia. (Folios 4 al 14 del cuaderno No. 2).

8 Demanda de tutela presentada el 5 de mayo de 2014. (Folios 8 a 10 del cuaderno No. 1)

9 Mediante Auto del 6 de mayo de 2014, el Juzgado Noveno civil Municipal Oral de Armenia

Quindío le corrió traslado a la Alcaldía de Armenia para que ejerzan su derecho de defensa, se pronuncien sobre los hechos de la tutela y aporten las pruebas que consideren pertinentes.

10 Respuesta de la Alcaldía Municipal de Armenia. (Folio 18 al 26 del cuaderno No.1).

11 En Auto del 6 de octubre de 2014 de la Sala de Selección de tutela No. 10 de la Corte Constitucional, dispuso la revisión del expediente T- 4.520.035 y procedió a su reparto. Posteriormente, la misma sala de selección mediante auto del 20 de octubre de 2014 dispuso la revisión del expediente T- 4.546.982 y lo acumulo al anterior.

12 Constitución Política, Artículo 86 “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 o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”.

13 Acción de tutela presentada el 2 de abril de 2014 (Folio 3 al 10 del cuaderno No. 1)

14 Acción de tutela presentada el 5 de mayo de 2014 (Folio 8 al 10 del cuaderno No. 1)

15 Sentencia T-185 de 2007.

16 Ley 1276 de 2009, artículo 1.

17 Sentencias T-475 de 2012, T-145 de 2012, T-865 de 2013, T-180 de 2013, T-403 de 2014 y T-018 de 2014.

18 Ley 1276 de 2009, enunciado artículo 7.

19 [www.dane.gov.co](http://www.dane.gov.co)

20 Procedimientos médicos. Post-op Oft General Consulta del 18 de marzo de 2013. (Folio 27 del cuaderno No.1).

21 Certificado de información laboral de periodos de vinculación laboral para bonos pensionales y pensiones. Se evidencia que el señor Álvaro Nel Escrucería Manzi, nació el 16

de junio de 1943. (Folio 6 del cuaderno No.1).

22T-764 de 2008.

23 Ver sentencias Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, radicados 29232 de 14/08/2012, Rad 26330 de 15/05/2006,

24 La edad de 65 años establece una presunción de que la persona pierde su capacidad de laborar. Esta edad no solo está consagrada por la ley administrativa laboral como el momento en que debe ocurrir el retiro forzoso, sino que además es el límite de protección que establece el régimen subsidiado de pensiones.