

Sentencia T-080/10

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para el reconocimiento de derechos prestacionales

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para ordenar el reconocimiento de pensiones o una indemnización sustitutiva

SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION-Persona que por su edad de 75 años y por su condición, encuadra dentro de esta clasificación

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL INEFICAZ-La expedición de los fallos laborales superarían la expectativa de vida del actor

ACCION DE TUTELA-Término razonable de presentación

INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE LA PENSION DE VEJEZ-Finalidad/IMPREScriptIBILIDAD DE LA INDEMNIZACION SUSTITUTIVA-Puede ser solicitada en cualquier tiempo

La indemnización sustitutiva es una especie de ahorro que pertenece a los trabajadores por los aportes efectuados durante un periodo de su vida laboral, los cuales tendrán derecho de recuperar ante la imposibilidad de obtener la pensión por no cumplir con todos los requisitos que exige la Ley. Decimos que “tendrán derecho” porque el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, incorporó una permisión libre en cabeza de los afiliados (derecho facultativo)¹, en el sentido de autorizarlos a optar por recibir la señalada restitución dineraria, o de no hacerlo, continuar cotizando al sistema hasta tanto alcancen el capital requerido para acceder al beneficio pensional. El derecho a reclamar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez radica en las personas que, independientemente de haber estado o no afiliadas al Sistema Integral de Seguridad Social en el momento de entrada en vigencia la Ley 100 de 1993, cumplen en cualquier tiempo con la edad exigida, pero no las semanas mínimas de cotización al sistema para acceder a la pensión de vejez. Por contera, resulta factible que les devuelvan en un solo pago el ahorro que realizaron durante su vida laboral, para que con él suplan las necesidades básicas que les procure una digna subsistencia.

INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE LA PENSION DEVEJEZ-Régimen aplicable para los que cotizaron antes de la ley 100/93 pero que no cumplieron requisitos para disfrutar esta

prestación

INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE LA PENSION DEVEJEZ-Reconocimiento y pago por vulneración del mínimo vital del actor

Referencia: expediente T-2426580.

Acción de tutela instaurada por Benjamín Navarro Sánchez contra el Departamento del Tolima y el Fondo Territorial de Pensiones del Tolima.

Magistrado Ponente:

Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá D.C., once (11) de febrero de dos mil diez (2010).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, MARÍA VICTORIA CALLE CORREA y MAURICIO GÓNZALEZ CUERVO, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por el Juzgado 3° de Familia de Ibagué, el día 23 de julio de 2009, y la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Ibagué, el día 10 de septiembre del mismo año, que resolvieron la acción de tutela promovida por Benjamín Navarro Sánchez contra el Departamento de Tolima y el Fondo Territorial de Pensiones de ese Departamento.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y acción de tutela interpuesta:

El 9 de julio de 2009, por intermedio de apoderada judicial, el señor Benjamín Navarro Sánchez instauró acción de tutela contra el Departamento del Tolima y el Fondo Territorial de Pensiones, por considerar que éstas con sus actuaciones vulneran sus derechos a la vida en

condiciones dignas, a la igualdad real y efectiva, a la tercera edad, a la seguridad social, a la salud, al mínimo vital y a los derechos adquiridos, atendiendo los siguientes hechos:

1.1. El accionante prestó sus servicios al Departamento del Tolima desde el 4 de noviembre de 1973 hasta el 5 de mayo de 1992, tiempo en el cual se desempeñó como celador de la Escuela de Varones Juan Ortiz Orjuela, como guardián de la Cárcel Municipal y como director de la Cárcel Municipal de Prado2. Anteriormente había laborado en el Ministerio de Defensa desde el 10 de noviembre de 1953 hasta el 30 de abril de 19553, tiempo durante el cual se le realizaron los descuentos para su pensión.

1.2. Manifiesta que nació el 25 de octubre de 19344, que al momento de formular la tutela tenía 74 años de edad, y que debido a la escasez de recursos económicos no pudo continuar cotizando al sistema de pensiones, por lo cual, a pesar de cumplir con la edad para obtener la pensión de vejez según el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, la misma le fue negada por no cumplir con los 20 años cotizados de forma continua o discontinua, ya que tiene 5450 días de servicio que corresponden a 15 años, 1 mes y 20 días.

1.3. Indica que tiene derecho a recibir la indemnización sustitutiva de que trata el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, la cual equivale a un salario base de liquidación promedio mensual multiplicado por el número de semanas cotizadas, y al resultado obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.

1.4. Explica que la Secretaría Administrativa del Fondo Territorial de Pensiones del Tolima, a través de la resolución No. 00742 del 11 de junio de 20065, le negó el reconocimiento y pago de dicha indemnización sustitutiva, arguyendo que estuvo afiliado hasta el 10 de mayo de 1985 y desde esa fecha no cotizó luego de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones que contempla la Ley 100 de 1993.

1.5. El accionante aduce que la vía judicial para reclamar la indemnización sustitutiva, en su caso se torna ineficaz, atendiendo a su avanzada edad y a la premura en obtener recursos que alivien su condición de desempleado de la tercera edad.

1.6. Solicita protección constitucional a los derechos invocados y que, en consecuencia, se ordene a las entidades accionadas que procedan a reconocer y pagar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

2. Respuesta de las entidades demandadas:

La Directora del Fondo Territorial de Pensiones del Tolima, solicitó al juez constitucional negar por improcedente la acción de tutela, porque el accionante cuenta con otros recursos o medios de defensa judicial para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva a la que dice tener derecho.

Indica que el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, reglamentado por el Decreto 1730 de 2001, establece que para acceder al derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de jubilación, se requiere que los hechos que dan origen a ese derecho sean posteriores a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, es decir, que solo tienen derecho a tal indemnización aquellas personas que estaban cotizando al sistema el día en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993. Por consiguiente, como Benjamín Navarro dejó de cotizar en el año 1977, se le negó el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva mediante acto administrativo debidamente motivado y contra el cual ejerció los recursos de la vía gubernativa, situación con la que queda desvirtuada la violación al mínimo vital alegado por el actor.

II. DECISIONES OBJETO DE REVISIÓN:

1. Primera Instancia:

El Juzgado Tercero de Familia de Ibagué, en sentencia del 23 de julio de 2009, negó por improcedente el amparo solicitado, al considerar que el artículo 1° del Decreto 1730 de 2001, estipula que el derecho a adquirir una indemnización sustitutiva cubija a las personas que se encontraban cotizando en la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir, que tenían la calidad de afiliados activos al sistema. Como el accionante no reunía tal calidad, las entidades demandadas no le han vulnerado ningún derecho fundamental.

Agregó que la tutela es improcedente para solicitar el reconocimiento de derechos prestacionales y que el actor debe cuestionar ante la jurisdicción contenciosa administrativa el acto que le negó la indemnización sustitutiva.

2. Impugnación presentada por la parte actora:

La apoderada judicial del actor impugnó el fallo adverso, aduciendo que “éste no se

compadece de la real situación de vulneración de los derechos constitucionales y fundamentales de mi poderdante”⁶. No esgrimió ninguna otra razón de fondo a título de sustentación del recurso.

3. Segunda instancia:

El Tribunal Superior de Ibagué – Sala Civil y Familia, en sentencia del 10 de septiembre de 2009, confirmó la decisión del juez a-quo, al estimar que el accionante tuvo en retardo injustificado de 3 años en la formulación del amparo y que debe cuestionar el acto administrativo ante el juez natural.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE.

1. Competencia:

Esta Corte es competente para revisar las decisiones judiciales antes descritas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, atendiendo a la selección y el reparto efectuados el 22 de octubre de 2009.

2. Problema Jurídico:

Corresponde a la Sala de Revisión determinar si la Gobernación del Tolima y el Fondo Territorial de Pensiones del Tolima vulneran los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social y al mínimo vital de una persona de 75 años de edad, al negarse a reconocer y pagar la indemnización sustitutiva de que trata el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, aduciendo que aquella no tuvo la calidad de afiliada activa al entrar en vigencia el Sistema General de Seguridad Social.

Para resolver la cuestión planteada, estima la Sala la necesidad de ocuparse de los siguientes temas: (i) Procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de derechos prestacionales; (ii) Régimen aplicable a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez para personas que cotizaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y que no alcanzan a cumplir con los requisitos para disfrutar de esa prestación; y, por último analizará iii) el caso en concreto.

3. Procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de derechos prestacionales:

3.1. El artículo 48 de la Constitución Política consagra el derecho a la seguridad social catalogado como un derecho de segunda generación, cuyo contenido es irrenunciable⁷, de carácter prestacional⁸ y de aplicación progresiva⁹.

De acuerdo con el artículo 86 del texto constitucional, la acción de tutela procede para solicitar la protección inmediata de los derechos fundamentales, siempre que el afectado no cuente con otro medio de defensa para hacerlo, salvo que el amparo lo invoque como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Quiere ello decir, atendiendo el principio de subsidiariedad de la tutela¹⁰, que ésta procede solo cuando el afectado no cuente con ningún medio para procurar la defensa del derecho fundamental conculcado.

Lo anterior deja entrever que, en principio, la acción de tutela no puede ejercerse con el fin de obtener el reconocimiento o establecimiento de derechos prestacionales, por cuanto (i) se trata de derechos derivados de la seguridad social cuyo avance es progresivo y no de naturaleza fundamental; y, (ii) la competencia para resolver esas controversias reside en cabeza de la justicia ordinaria laboral o de la contenciosa administrativa según el caso, toda vez que su valoración encierra un análisis litigioso de estirpe legal que escapa a la órbita reservada para el juez constitucional.

Sin embargo, la regla general a la cual hacemos referencia, presenta algunas excepciones cuando se niega el reconocimiento, reestablecimiento y pago del derecho a la pensión o a la indemnización sustitutiva, a saber:

* Cuando el afectado sea un sujeto de especial protección constitucional¹¹, 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 riguroso¹² o menos restrictivo¹³, y debe atender a las circunstancias fácticas y probatorias que releve 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 proceso¹⁴; y,

* Cuando los medios de defensa con los cuales cuenta el accionante, se tornan ineficaces para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales comprometidos¹⁵ o se pueda prever la ocurrencia de un perjuicio irremediable¹⁶.

En dichos eventos, el juez constitucional deberá evaluar, valorar y ponderar la realidad fáctica puesta a su conocimiento y todos los factores relevantes del caso, para establecer la necesidad de brindar una protección urgente e inmediata a los derechos conculcados, y además, deberá fijar con la mayor precisión el grado o nivel de protección que se debe brindar. En esta línea argumentativa, la sentencia T-905 de 2008, expresó:

“La acción de tutela procederá para solicitar el reconocimiento de una pensión de vejez o de una indemnización sustitutiva siempre que la negativa implique conexidad con un derecho de naturaleza fundamental y esté de por medio la protección efectiva de los sujetos de especial protección. Los efectos de la protección podrán ser transitorios o definitivos, subordinados a las reglas que rigen el perjuicio irremediable o si se acredita que el procedimiento jurídico correspondiente resulta ineficaz para las condiciones específicas de cada situación.”

En este orden de ideas, el derecho al reconocimiento de la pensión de vejez o a la indemnización sustitutiva es de contenido prestacional y no tiene el carácter de fundamental, motivo por el cual, por regla general y atendiendo el principio de subsidiariedad, su protección debe invocarse a través de los mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico para tal efecto. No obstante, ese derecho puede tutelarse cuando (i) se encuentra en conexidad con un derecho fundamental, (ii) se trata de un sujeto de especial protección constitucional frente al cual el juicio de procedibilidad del amparo no se aplica en forma tan estricta, y (iii) no existe un medio de defensa judicial idóneo en procura de salvaguardar sus intereses iusfundamentales, o cuando existiendo ese medio, no es eficaz para proporcionar la protección adecuada.

3.2. Ahora bien, atendiendo a las anteriores consideraciones, previamente la Sala deberá establecer si la acción de tutela es procedente para solicitar el amparo de los derechos fundamentales invocados por el actor, toda vez que solo si la respuesta a esta cuestión es

positiva, será posible efectuar un pronunciamiento de fondo en el caso sub examine.

En primer lugar, el accionante es una persona que actualmente tiene 75 años de edad, es decir, que por su condición de anciano encuadra dentro del grupo poblacional de tercera edad que es sujeto de especial protección constitucional. Precisamente, el artículo 46 de la Constitución Política establece como deber del Estado, velar por la protección y asistencia a las personas de la tercera edad, al punto de garantizar los servicios de la seguridad social integral.

En segundo lugar, si bien el accionante cuenta con el proceso contencioso laboral para ventilar la pretensión del reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva a la que dice tener derecho, o con la acción de nulidad y reestablecimiento del derecho contra de la resolución No. 00742 del 11 de junio de 2006 (mediante la cual se le negó el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva) 17, no puede perderse de vista que la elevada congestión que reporta nuestro aparato judicial, arriba a la Sala a concluir que esos medios de defensa se tornan ineficaces porque la expedición de un posible fallo, en uno u otro caso, superaría la expectativa de vida del actor. Lo único que quedaría es solicitar la revocatoria directa de dicha resolución, trámite que también se torna extenso y que no garantiza la urgente protección de derechos fundamentales que reclama el actor.

En tercer lugar, pero no menos importante, el mínimo vital del accionante se encuentra efectivamente vulnerado frente a la inexistencia de una fuente de recursos que le permita solventar sus necesidades básicas. En el escrito de tutela afirmó que debido a la escasez de recursos económicos no pudo seguir cotizando al sistema de seguridad social en pensiones y que su avanzada edad le impide acceder al mercado laboral, por lo cual carece de ingresos suficientes para procurarse una calidad de vida en condiciones dignas. Dado lo anterior, la Sala estima que la situación del actor es de afectación real al derecho fundamental al mínimo vital e impone asumir medidas de carácter inmediato, definitivo y urgente para superar el menoscabo al disfrute efectivo de su derecho constitucional a la seguridad social.

Finalmente, en lo que toca con el supuesto problema de inmediatez que se presenta en el asunto sub-examine y que sirvió de argumento para que el ad-quem despachara de forma desfavorable las pretensiones del accionante, debe señalar la Sala que el juez de segunda instancia erró en la forma en que valoró dicho presupuesto. En efecto, el fallador consideró

que no se cumplía con el requisito de inmediatez porque el acto administrativo que negó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva data del 11 de junio de 2006 y la tutela fue ejercida hasta el año 2009, es decir, pasados 3 años. Sin embargo, olvidó por completo (i) que se trata de una persona de la tercera edad frente a quien, como lo hemos indicado, el juicio de procedibilidad de la tutela es menos restrictivo, pues no se le puede exigir la misma diligencia y oportunidad que una persona en plena actividad de la vida, y (ii) que el derecho a la indemnización sustitutiva es de carácter imprescriptible, por ende, puede reclamarse en cualquier oportunidad temporal, siéndole inoponible el principio de inmediatez.

4. Régimen aplicable a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez para personas que cotizaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y que no alcanzan a cumplir con los requisitos para disfrutar de esa prestación. Reiteración de jurisprudencia:

4.1. En desarrollo de la amplia facultad legislativa, el Congreso de la República expidió la Ley 100 de 1993, por medio de la cual organizó el Sistema de Seguridad Social Integral como un conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, que está conformado por los regímenes generales establecidos para Pensiones, Salud, Riesgos Profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en la misma Ley.

Concretamente, el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones tiene por objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que la misma Ley determina, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones¹⁸. Quiero ello decir que garantiza una cobertura universal a todos los habitantes del territorio nacional, dentro de las restricciones que su naturaleza de derecho programático le impone.

El sistema de pensiones en comento se compone por dos modalidades solidarias, excluyentes pero que coexisten¹⁹, como lo son el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Si bien la afiliación al sistema de pensiones es obligatoria, el afiliado puede elegir libre y voluntariamente uno cualquiera de dichos regímenes²⁰, y para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en uno u otro, siempre se tiene en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, 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 servicio²¹.

4.2. Adentrándonos en el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, la Sala debe indicar que los aportes de los afiliados y sus rendimientos constituyen un fondo común de naturaleza pública, que dado su carácter parafiscal, no pueden ser entendido como dineros pertenecientes a la Nación²². Con ese fondo común se garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, y además, la obtención de la pensión de vejez, invalidez, o de sobreviviente, o una indemnización sustitutiva de la pensión -como lo veremos más adelante-, para los nuevos afiliados y sus beneficiarios²³.

Este régimen es administrado por el Instituto de Seguros Sociales²⁴, y por las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquéllos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en la misma Ley.

Según reza el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, para obtener el derecho a la pensión de vejez en este régimen, los afiliados deben satisfacer dos requisitos: (i) Haber cumplido 55 años de edad si es mujer y 60 años de edad si es hombre²⁵; y, (ii) Haber cotizado un mínimo de 1000 semanas en cualquier tiempo²⁶. Si concurre el cumplimiento de esos dos requisitos, se tendrá derecho a la pensión de vejez.

4.3. Pero, ¿qué pasa si el afiliado cumple con la edad mínima para pensionarse pero no reúne el requisito de las semanas cotizadas? Para tales casos, el legislador dispuso una solución alternativa al pago de la pensión, cual es, el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, consagrada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, a saber:

La indemnización sustitutiva, en el régimen de prima media con prestación definida²⁷, encierra un derecho suplementario²⁸, imprescriptible²⁹ e irrenunciable³⁰, que ha sido definido por esta Corporación como “el derecho que le asiste a las personas que no logran acreditar los requisitos para obtener el reconocimiento de una pensión de invalidez, de vejez y de sobreviviente, para reclamar -en sustitución de dicha pensión- una indemnización equivalente a las sumas cotizadas debidamente actualizadas”³¹.

Entonces, la indemnización sustitutiva es una especie de ahorro que pertenece a los trabajadores por los aportes efectuados durante un periodo de su vida laboral, los cuales tendrán derecho de recuperar ante la imposibilidad de obtener la pensión por no cumplir con todos los requisitos que exige la Ley. Decimos que “tendrán derecho” porque el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, incorporó una permisión libre en cabeza de los afiliados (derecho facultativo)³², en el sentido de autorizarlos a optar por recibir la señalada restitución dineraria, o de no hacerlo, continuar cotizando al sistema hasta tanto alcancen el capital requerido para acceder al beneficio pensional.

4.4. Ahora bien, la Corte Constitucional en las sentencias T-972 de 2006³³, T-1088 de 2007³⁴ y T-850 de 2008³⁵, se ocupó en estudiar el ámbito de aplicación de las normas de la Ley 100 de 1993 que establecen el derecho a reclamar la indemnización sustitutiva, asunto que incide directamente en la solución del problema jurídico planteado en el presente asunto. En el análisis sistemático que la Corte realizó, concluyó que estas normas se aplican a todos los habitantes del territorio nacional, sin que se afecten los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores a dicha ley.

Concretamente, los argumentos se centraron en las siguientes explicaciones, los cuales resumiremos así:

(i) El literal f) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 establece que “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, cualquiera que sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio”. Quiere ello decir que, para efectos del cumplimiento de los requisitos para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, es viable reconocer los tiempos cotizados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Más concretamente, tratándose de la indemnización sustitutiva del régimen solidario de prima media con prestación definida, el artículo 2° del Decreto 1730 de 2001 (reglamentario del artículo 37 de la Ley 100 de 1993), señala que para determinar el monto de la indemnización a que haya lugar, se tendrá en cuenta la totalidad de semanas cotizadas, aún

las anteriores a la Ley 100 de 1993.

(ii) El artículo 37 de la Ley 100 de 1993, no consagró ningún límite temporal a su aplicación ni condicionó la misma a circunstancias tales como que la persona hubiera efectuado las cotizaciones con posterioridad a la fecha en que empezó a regir la Ley 100 de 1993 o que aquél que pretenda acceder a ella hubiere cumplido la edad para pensionarse bajo el imperio de la nueva normatividad. Por el contrario, al tratarse de una norma laboral de orden público y de obligatoria e inmediata aplicación, permite que también tenga cobertura con relación a aquellas personas que cotizaron bajo la vigencia de la anterior normatividad y cuya situación jurídica no se consolidó en aplicación de normas precedentes, lo que exige que su definición se efectúe bajo el imperio de la Ley 100 de 1993.

(iii) El artículo 1° del Decreto 1730 de 2001, antes de ser modificado, establecía en su primer inciso que “habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1993, por parte de las Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, cuando con posterioridad a la vigencia del Sistema General de Pensiones se presenta una de las siguientes situaciones:”. Dentro de las circunstancias taxativas que reguló, el literal a) señaló “que el afiliado se retire del servicio habiendo cumplido con la edad, pero sin el número mínimo de semanas de cotización exigido para tener derecho a la pensión de vejez y declare su imposibilidad de seguir cotizando”.

El inciso primero en mención, fue reformado por el Decreto 4640 de 2005, con el objetivo de aclarar que el reconocimiento de la indemnización sustitutiva por parte de las Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se presenta cuando los afiliados estén en alguna de las situaciones taxativas que contempla el artículo 1° de ese Decreto, dentro de las cuales se mantuvo invariable la que establecía el literal a) del artículo 1° del Decreto 1730 de 2001. Nótese entonces, que con la modificación ya no se exige que el afiliado coticé o se retire de cotizar con posterioridad a la vigencia del Sistema General de Pensiones, como erradamente lo expone el Fondo Territorial de Pensiones del Tolima al negar el reconocimiento de dicha prestación, basando su línea de argumentación en una norma reglamentaria que fue reformada desde el 2005.

Por consiguiente, sin importar que las cotizaciones se hayan presentado con anterioridad o en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las semanas deben tenerse en cuenta para acceder

al reconocimiento y fijar el monto de la indemnización sustitutiva. No hacerlo propiciaría un “enriquecimiento sin justa causa de la entidad a la cual se efectuó aportes”³⁶.

(iv) El literal a) del artículo 1° del Decreto 4640 de 2005, que como vimos mantuvo invariable su texto del Decreto 1730 de 2001, no debe interpretarse en el sentido que para tener derecho a la indemnización sustitutiva, al momento de la desvinculación del trabajador, éste debió haber cumplido con la edad exigida para acceder a la pensión de vejez y no haber cumplido con el número de semanas para ello, y además, manifestar que no se encuentra en la posibilidad de seguir cotizando. El tema de haber cumplido la edad al momento del retiro, se traduce en un requisito adicional que nunca fue establecido por la Ley y que resulta contrario a los postulados constitucionales de los artículos 46 y 48 de la Carta Política.

Según ha señalado la Corte, la correcta interpretación de esa norma, en armonía con el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, es “(i) que el afiliado que pretenda -en cualquier momento- el reconocimiento de la indemnización sustitutiva debe haber cumplido con la edad necesaria para acceder a la pensión de vejez y (ii) haberse retirado del servicio sin contar con el número mínimo de semanas de cotización exigido para tener derecho a la pensión de vejez, allegando la declaración en la que manifieste su imposibilidad de seguir cotizando.”³⁷

En este aspecto, concluyó que no es necesario para acceder a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez la existencia de una vinculación laboral al momento de cumplir la edad; es decir, la persona puede retirarse del sistema sin cumplir la edad exigida y, posteriormente, cuando la alcance, elevar la solicitud de reconocimiento y pago de la indemnización. Incluso así lo establece el literal p) del artículo 13 de la Ley 100 de 1997, el cual fue adicionado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003³⁸.

4.5. De las consideraciones expuestas, a título de síntesis enfocada a nuestro problema jurídico, se desprende que el derecho a reclamar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez radica en las personas que, independientemente de haber estado o no afiliadas al Sistema Integral de Seguridad Social en el momento de entrada en vigencia la Ley 100 de 1993, cumplen en cualquier tiempo con la edad exigida, pero no las semanas mínimas de cotización al sistema para acceder a la pensión de vejez. Por contera, resulta factible que les devuelvan en un solo pago el ahorro que realizaron durante su vida laboral, para que con él

suplan las necesidades básicas que les procure una digna subsistencia.

5. El caso en concreto:

El accionante, de 75 años de edad, solicita que el Fondo de Pensiones del Departamento del Tolima, le reconozca el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a la que dice tiene derecho.

Por su parte, la Secretaría Administrativa del Fondo Territorial de Pensiones del Tolima, mediante resolución No. 00742 del 11 de julio de 2006, negó el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva arguyendo que el accionante no es beneficiario de la misma, porque de conformidad con el artículo 1° del Decreto 1730 de 2001, sólo tienen derecho a esa prestación las personas que se encontraban cotizando a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993. Contra esa decisión el actor agotó los recursos de la vía gubernativa, obteniendo respuesta desfavorable.

Es un punto pacífico que el accionante realizó aportes a la Caja de Previsión Social del Tolima, sustituida actualmente por el Fondo Territorial de Pensiones del mismo Departamento, desempeñando labores como servidor público en la Cárcel de Varones Juan Ortiz Orjuela y en la Cárcel Municipal de Prado, desde el 4 de noviembre de 1973 hasta el 22 de septiembre de 1985 y desde el 1° de agosto de 1990 hasta el 5 de mayo de 1992. Adicionalmente, laboró a cargo del Ministerio de Defensa Nacional desde el 10 de noviembre de 1953 hasta el 30 de abril de 1955. Durante todo el tiempo cotizó 5450 días, equivalente a 15 años 1 mes y 20 días.

También lo es que el accionante no tiene derecho a la pensión de vejez, por cuanto, a pesar de ser beneficiario del régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993³⁹, ya que tenía al 1° de abril de 1994 la edad cumplida de 49 años, el régimen aplicable a su caso⁴⁰ es lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, el cual enseñaba que para tener derecho a la pensión vitalicia de jubilación, se debía acreditar 50 años de edad y 20 años de servicios continuos o discontinuos. Como lo dijimos anteriormente, el accionante laboró 15 años, 1 mes y 20 días, por lo tanto no cumplió con el requisito de haber prestado sus servicios como mínimo durante 20 años.

No obstante, cosa contraria acontece con la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

Aplicando lo expuesto a lo largo de esta sentencia, tenemos que:

(ii) El accionante cotizó 5450 días con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, tiempo que se le debe tener en cuenta para acceder a la indemnización sustitutiva, por cuanto las normas laborales establecen que se cuentan todos los aportes del afiliado, sin importar si se efectuaron antes o después de la organización del Sistema Integral de Seguridad Social. El no reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva por parte de la entidad de previsión a la cual el señor Navarro realizó sus aportes, implica un enriquecimiento sin justa causa por parte del Fondo Territorial de Pensiones del Tolima.

En síntesis, se encuentra que la Gobernación del Tolima – Fondo Territorial de Pensiones del mismo departamento, vulneró el derecho fundamental al mínimo vital del accionante con la negativa de conceder el pago a la indemnización sustitutiva de su pensión de vejez, en la medida que no se atendió a los mandatos contenidos en los artículos 46 y 48 de la Constitución.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta que se trata de una prestación que se paga en un solo emolumento, esta Sala, atendiendo a las particulares circunstancias por las que atraviesa el actor y a la calidad de sujeto de especial protección constitucional, concederá el amparo definitivo al derecho al mínimo vital consistente en ordenar el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez al señor Benjamín Navarro Sánchez, prestación que se deberá liquidar conforme a las reglas contenidas artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de segunda instancia proferida el 10 de septiembre de 2009, por el Tribunal Superior de Ibagué – Sala Civil y Familia, mediante la cual confirmó íntegramente el fallo dictado el 23 de julio del mismo año, por el Juzgado Tercero de Familia

de Ibagué, en el cual se negó la protección de los derechos fundamentales del accionante y, en su lugar CONCEDER el amparo tutelar definitivo del derecho al mínimo vital del señor Benjamín Navarro Sánchez.

SEGUNDO: ORDENAR al Departamento del Tolima – Fondo Territorial de Pensiones de ese departamento, que administra mediante encargo fiduciario los recursos de los pensionados de esa entidad territorial, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, adelante el trámite pertinente para el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva a que tiene derecho el señor Benjamín Navarro Sánchez, de acuerdo con las semanas de cotización que se encuentren debidamente acreditadas y de conformidad con las reglas que para el efecto contiene el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes.

TERCERO: Por Secretaría General de la Corte, LÍBRENSE las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado Ponente

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 El estudio de constitucional de esta norma fue objeto de análisis por la Corte Constitucional

en sentencia C-375 de 2004, en la cual se declaró exequible el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, bajo en entendido que no vulnera el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, por cuanto el precepto establece una posibilidad facultativa no obligatoria para los afiliados de recibir la indemnización sustitutiva o de continuar cotizando al sistema de pensiones por el tiempo faltante.

2 A folios 4 y 5 del cuaderno 1, aparece copia de la certificación laboral expedida el 20 de septiembre de 2005 por la Auxiliar Administrativa del archivo de la Gobernación del Tolima, en la cual se corrobora la información laboral del accionante.

3 Cfr. folio 8 del cuaderno 1.

4 A folio 2 del cuaderno 1, se observa fotocopia de la cédula de ciudadanía del actor, en la cual se indica que nació el 25 de octubre de 1934.

5 Cfr. folios 7 a 12 ibídem.

6 Cfr. folio 53 del cuaderno 1.

7 Sentencia T-063 de 2009.

8 Sentencia T-1233 de 2008.

9 Sentencia T-087 de 2005.

10 Sobre este principio se pueden consultar las sentencias T-762 de 2008, T-608 de 2008, T-063 de 2009 y T-1088 de 2007.

11 Al respecto, consultar las sentencias T-1233 de 2008, T-850 de 2008, T-1088 de 2007 y T-668 de 2007.

12 Sentencia T-1088 de 2007. 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”.

13 Sentencias T-456 de 2004, T-789 de 2003, T-850 de 2008 y T-515A de 2006.

14 Sentencias T-905 de 2008, T-850 de 2008, T-1083 de 2001 y T-038 de 1997.

15 Sentencia T-1268 de 2005.

16 Sentencia T-1083 de 2001.

17 El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, en sentencia del 2 de octubre de 2008 (Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren), precisó que la acción de nulidad y reestablecimiento del derecho no caduca cuando cuestiona decisiones administrativas que comprometen prestaciones periódicas o que tengan relación directa con temas pensionales, por cuanto se trata de derechos imprescriptibles e irrenunciables. Concretamente señaló que “la relectura y alcance que en esta oportunidad fija la Sala al artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, en cuanto dispone que los actos que reconocen prestaciones periódicas pueden demandarse en cualquier tiempo, no apunta sólo a aquéllos que literalmente tienen ese carácter, sino que igualmente comprende a los que las niegan. Ello por cuanto de un lado, la norma no los excluye sino que el entendimiento en ese sentido ha sido el resultado de una interpretación restringida, y de otro, tratándose de actos que niegan el reconocimiento de prestaciones periódicas, tales como pensiones o reliquidación de las mismas, para sus titulares que son personas de la tercera edad, ello se traduce en reclamaciones y controversias que envuelven derechos fundamentales. No puede perderse de vista que la Carta Política garantiza la primacía de los derechos inalienables y éstos prevalecen sobre aspectos procesales. El derecho a la pensión y su reliquidación es un bien imprescriptible e irrenunciable para sus titulares”.

18 Artículo 10 de la Ley 100 de 1993.

19 Sentencia T-750 de 2006.

20 Literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

21 Literal f) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

23 Artículo 31 de la Ley 100 de 1993.

24 Artículo 52 de la Ley 100 de 1993.

25 A partir del 1° de enero de 2014, la edad se incrementará a 57 años si se es mujer y 62 años si se es hombre.

26 A partir del 1° de enero de 2005 el número de semanas se incrementó el 50 y, a partir del 1° de enero de 2006 se presenta un incremento anual de 25 semanas, hasta llegar a 1300 semanas en el año 2015.

27 Se hace la diferenciación, por cuanto en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el derecho a la pensión de vejez se adquiere cuando el afiliado, a la edad que escoja, tiene el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual que le permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente para el momento en que la solicite. Sin embargo, el legislador dispuso una garantía de pensión mínima de vejez, la cual se cumple cuando el afiliado tiene 62 años de edad si es hombre o 57 años de edad si es mujer, y ha cotizado como mínimo 1150 semanas al sistema. Si el afiliado alcanza la edad, pero no cumple el número mínimo de semanas cotizadas ni ha acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, el artículo 66 de la Ley 100 de 1993 consagra que tendrá derecho a la devolución del capital o del saldo que repose en su cuenta de ahorro individual, incluyendo los rendimientos financieros y el bono pensional si tuviere derecho, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho a la pensión de vejez. Precisamente, en la sentencia C-262 de 2001, la Corte señaló que las figuras de la indemnización sustitutiva y de la devolución de saldos, no pueden asimilarse dado que cumplen finalidades distintas.

28 Sentencia C-624 de 2003

29 En la sentencia T-972 de 2006, la Corte indicó que la indemnización sustitutiva es de naturaleza imprescriptible porque se puede reclamar en cualquier momento, siempre que el interesado haya cumplido la edad para pensionarse pero no haya cotizado al Sistema de Seguridad Social en pensiones por un tiempo igual o superior al mínimo requerido para la obtención de la pensión de vejez.

30 Sentencia T-1046 de 2007.

31 Texto original de la sentencia C-624 de 2003, reiterado en las sentencias T-750 de 2006 y T-972 de 2006.

32 El estudio de constitucional de esta norma fue objeto de análisis por la Corte Constitucional en sentencia C-375 de 2004, en la cual se declaró exequible el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, bajo el entendido que no vulnera el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, por cuanto el precepto establece una posibilidad facultativa no obligatoria para los afiliados de recibir la indemnización sustitutiva o de continuar cotizando al sistema de pensiones por el tiempo faltante.

33 En esa sentencia la Corte examinó el caso de una persona de la tercera edad, quien trabajó en el Incora desde el 25 de septiembre de 1967 hasta el 30 de septiembre de 1976, y posteriormente laboró en el Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras (HIMAT), desempeñando funciones hasta el 24 de junio de 1981. Ante la imposibilidad siguiente de conseguir un nuevo trabajo, el actor y su familia se fueron sumiendo en la indigencia, y en el año 2003 solicitó a Cajanal el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva. Sin embargo, Cajanal le negó la prestación económica por cuanto no cumplía con los requisitos para acceder a la misma. La Corte concedió el amparo y ordenó el adelantar el trámite pertinente para el reconocimiento y pago de la indemnización.

34 En esa oportunidad la Corte estudió el caso de una persona de la tercera edad, quien cotizó en pensiones a Cajanal, obteniendo un total de 2169 días cotizados. Debido a que el accionante dejó de cotizar en el año 1967 y, posteriormente a la expedición de la Ley 100 de 1993 acudió a reclamar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, la misma le fue negada bajo el argumento de que solo tenían derecho a su reconocimiento y pago las personas que fuesen afiliadas activas al Sistema General de Pensiones que contempla la Ley 100. La Corte tuteló y ordenó a Cajanal adelantar el trámite pertinente para el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva al actor, de acuerdo con las semanas efectivamente cotizadas.

35 Esta Corporación analizó el caso de un señor que había trabajado como conductor en la Universidad del Tolima desde el 19 de febrero de 1971 y hasta el 7 de marzo de 1982, equivalente a 3979 días cotizados. Al solicitar el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva, la Secretaría Administrativa del Fondo Territorial de Pensiones del Tolima, el 31

de marzo de 2007 le negó tal reconocimiento aduciendo que solo procedía para las personas que se encontraban cotizando a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. La Corte concedió el amparo definitivo al derecho al mínimo vital del accionante y, en consecuencia, ordenó al Departamento del Tolima que adelantara el trámite pertinente para el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva al actor, de acuerdo con las semanas de cotización.

36 Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección A. Sentencia No. 4109-04 del 26 de octubre de 2006. M.P.: Jaime Moreno García. Concretamente el fallo puntualizó: “(...) en aras de despejar cualquier duda respecto del reconocimiento de un derecho consagrado en la Ley 100 de 1993, a una persona que para la fecha en la cual ésta entró en vigencia no estaba vinculada al servicio público, destaca la Sala que el legislador no exigió como presupuesto del reconocimiento del derecho a la indemnización sustitutiva estar vinculado al servicio, ni excluyó de su aplicación a las personas que estuvieran retiradas del servicio. Si así lo hubiere hecho, tal disposición sería a todas luces inconstitucional, entre otras razones, por ser violatoria del derecho a la igualdad contenido en el artículo 13 de la Carta y desconocer la irrenunciabilidad de los derechos ciertos e indiscutibles (art. 15 C.S. del T.) y de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales – art. 53 ibídem-, así como la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho, la garantía a la seguridad social y la asistencia a las personas de la tercera edad -art. 46-.” Esta sentencia fue citada como nota de pié de página en las sentencias T-1088 de 2007 y T-850 de 2008.

37 Sentencia T-850 de 2008.

38 Artículo 13 de la Ley 100 de 1993: “p. [Literal adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003] Los afiliados que al cumplir la edad de pensión no reúnan los demás requisitos para tal efecto, tendrán derecho a una devolución de saldos o indemnización sustitutiva de acuerdo con el régimen al cual estén afiliados y de conformidad con lo previsto en la presente ley”.

39 ARTICULO 36. Régimen de Transición. Inciso 2º: “La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de

servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

40 Los empleados oficiales que hacen parte del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se rigen por la ley 33 de 1985; a su vez, los empleados u obreros que hacen parte del régimen de transición de la Ley 33 de 1985 (quienes hubiesen cumplido 15 años de servicios), se encuentran cobijados por los requisitos que establece el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, para acceder a la pensión de vejez. Al accionante le es aplicable la última Ley en comento.