

Sentencia T-125/18

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL Y PROTECCION POR MEDIO DE ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional

CONDICIONES CONSTITUCIONALES PARA LA PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCION DE TUTELA FRENTE AL RECONOCIMIENTO DE PENSIONES

PENSION DE VEJEZ Y REGIMEN DE TRANSICION PREVISTO EN LA LEY 100/93-Reiteración de jurisprudencia

La pensión de vejez fue instituida como un mecanismo de protección para aquellos trabajadores que durante su vida laboral ahorraron con el fin de obtener, llegado el momento, un ingreso que les permitiera suplir sus necesidades básicas. Esta prestación económica era reconocida anteriormente a través de diferentes regímenes, como por ejemplo, la Ley 33 de 1985, la Ley 71 de 1988 y el Acuerdo 049 de 1990. Luego, en aras de integrar en un sistema general los diversos regímenes pensionales, se expidió la Ley 100 de 1993 que unificó los requisitos para acceder a ese beneficio económico, protegiendo sin embargo a quienes tenían la expectativa de adquirirlo de conformidad con los requisitos establecidos en la normatividad anterior.

INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE PENSION DE VEJEZ-Casos en que se realizaron las cotizaciones y se prestaron los servicios con anterioridad a la vigencia del artículo 37 de la ley 100/93

La indemnización sustitutiva de la pensión de vejez es una figura creada por el legislador en favor de aquellas personas que no logran acreditar el mínimo de semanas de cotización exigidos en el sistema general de pensiones o en alguno de los regímenes anteriores a su entrada en vigencia. Esta prestación tiene fundamento en que es el trabajador quien debe disfrutar de sus ahorros, razón por la cual estos no pueden ser retenidos por los empleadores, so pena de incurrir en un enriquecimiento sin justa causa. La indemnización sustitutiva es reconocida también a quienes cotizaron o prestaron sus servicios con anterioridad a la Ley 100 de 1993, pues el artículo 37 de dicha normatividad no dispuso un

límite temporal para su aplicación, ni condicionó su reconocimiento a cotizaciones posteriores a su expedición.

INDEMNIZACION SUSTITUTIVA-Enriquecimiento sin causa de entidades a las que se realizaron aportes por no reconocimiento de quienes cotizaron antes de la Ley 100/93

INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE PENSION DE VEJEZ-Movilidad de los recursos financieros para el reconocimiento cuando las cotizaciones se efectuaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100/93

PRUEBA SUPLETORIA PARA RECONOCIMIENTO DE DERECHOS PENSIONALES-Procedimiento para acreditar tiempo de servicio prestado por un empleado, según ley 50 de 1886

Esta Corporación ha sostenido que para ser acreedor de una pensión se requiere que la solicitud se acompañe de los documentos que acrediten el lleno de los requisitos legales por el peticionario, entre otras, las certificaciones en las que conste el tiempo de servicio prestado. En caso de que una de las entidades no puede expedirla debido a que los documentos que reposaban en sus archivos desaparecieron o se incendiaron, la entidad deberá hacer constar tal hecho y, en consecuencia, se deberá tener en cuenta que a falta de prueba principal, se podrá reemplazar con las denominadas pruebas supletorias, cuales son las sucedáneas para comprobar el hecho.

DERECHO A LA INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE PENSION DE VEJEZ-Orden a Municipio de efectuar reconocimiento y pago

Referencia: Expediente T-6.464.684

Acción de tutela instaurada por el señor Tirso Rubio Vanegas contra el Fondo Territorial de Pensiones Públicas del Municipio de Ibagué y otros.

Magistrado Ponente:

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá, D.C. diez (10) de abril de dos mil dieciocho (2018).

La Sala Octava de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los

Magistrados Carlos Bernal Pulido, Alberto Rojas Ríos y José Fernando Reyes Cuartas, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por el Juzgado Primero Civil Municipal de Ibagué en primera instancia, y por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Ibagué en segunda instancia, en la acción de tutela instaurada por el señor Tirso Rubio Vanegas, contra el Fondo Territorial de Pensiones Públicas del Municipio de Ibagué y otros.

I. Antecedentes

1. Hechos[1]

1.1 El señor Tirso Rubio Vanegas, de 81 años de edad[2], presentó acción de tutela contra el Fondo Territorial de Pensiones Públicas del Municipio de Ibagué, con el fin de que le fueran amparados sus derechos fundamentales de petición, a la igualdad, al debido proceso, a la seguridad social y al mínimo vital.

1.2 El 24 de febrero de 2005 solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez ante el Fondo Territorial de Pensiones Públicas del Municipio de Ibagué, soportando dicha petición en la Ley 33 de 1985[3] y en el artículo 75 del Decreto 1848 de 1969[4].

1.3 Mediante la Resolución 025 del 5 de abril de 2005 el aludido fondo negó la pensión reclamada, arguyendo que el actor no cumplía con los requisitos establecidos en la Ley 33 de 1985, es decir, tener 55 años de edad y haber cotizado como empleado público o trabajador oficial durante 20 años en la misma entidad, caja o fondo público.

1.4 El señor Rubio Vanegas interpuso los recursos de reposición y en subsidio apelación contra dicha decisión, con fundamento en que la entidad no tuvo en cuenta el periodo laborado entre el 5 de marzo de 1950 y el 28 de octubre de 1953, para un total de 1.314 días, tiempo que acreditó con dos declaraciones extra juicio. El primero de los recursos fue resuelto desfavorablemente y sobre el segundo se negó su concesión, ordenando en su lugar remitir el expediente al Fondo Territorial de Pensiones del Departamento del Tolima por competencia.

1.5 Este último, a través de la Resolución 0503 del 23 de mayo de 2005, negó la mentada prestación económica, por cuanto le hacía falta tiempo para reunir 20 años al servicio de ese ente territorial, de acuerdo con lo establecido con el Decreto 2527 de 2000[5]. Según la Gobernación, no se acreditó que efectivamente hubiera laborado y cotizado en el periodo mencionado, desestimando de ese modo las pruebas testimoniales aportadas y, en consecuencia, el recurso.

1.6 El accionante interpuso los correspondientes recursos contra ese acto administrativo. El primero de ellos se desató confirmando la decisión inicial, y el segundo, emanado del Gobernador del Tolima fue resuelto mediante la Resolución 0012 del 20 de febrero de 2008, en el que se confirmó en todas sus partes la decisión.

1.7 El señor Tirso Rubio Vanegas instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Fondo Territorial de Pensiones del Departamento del Tolima, por considerar que acreditaba el cumplimiento de los requisitos contenidos en la Ley 33 de 1985.

1.8 En sentencia del 12 de agosto de 2010 el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Ibagué negó las pretensiones de la demanda al considerar que los tiempos de servicio certificados arrojaban un total de 6003 días, que corresponden a 16 años, 8 meses y 3 días, esto es, inferior a los 20 años que exige la norma. Esta decisión fue confirmada por el Tribunal Administrativo del Tolima en providencia del 23 de septiembre de 2011.

1.9 El 30 de mayo de 2017, el señor Rubio Vanegas realizó nuevamente la solicitud de reconocimiento de pensión vitalicia de jubilación ante el Fondo Territorial de Pensiones Públicas del Municipio de Ibagué, esta vez, teniendo como fundamento los artículos 12, 17 literal b), 29 y 36 de la Ley 6ª de 1945[6].

1.10 La nueva solicitud de reconocimiento de pensión, según el accionante, se realizó con fundamento en argumentos jurídicos más favorables a los utilizados en el año 2005, ya que en esa época hizo la petición con una normativa errónea, esto es, la Ley 33 de 1985, lo que no quiere decir que por ello haya perdido de manera definitiva su derecho a obtener dicha prestación.

1.11 Mediante oficio del 8 de junio de 2017, el fondo le indicó que esa solicitud había sido

denegada con anterioridad en la Resolución 025 de 2005, por lo que dicho acto administrativo gozaba de presunción de legalidad, quedando de ese modo agotada la vía gubernativa.

1.12 Posteriormente, el actor radicó un escrito en el que puso de presente sus inconformidades y pidió reconsiderar la negativa de dar trámite a la solicitud de reconocimiento de su pensión, sin que al momento de la presentación de la acción de tutela hubiera recibido respuesta alguna.

1.13 Con fundamento en lo anterior, solicitó como medida provisional suspender los efectos de la Resolución 025 de abril de 2005, mediante la cual se denegó inicialmente el derecho pensional alegado y ordenar a la accionada: i) dar trámite a la nueva solicitud de reconocimiento de pensión vitalicia de jubilación; ii) que como consecuencia de ello, y una vez verificado que se cumplen los requisitos de ley, se reconozca el pago de la prestación económica solicitada y demás acreencias laborales derivadas; y iii) afiliar tanto al actor como su cónyuge al sistema de salud.

1.14 Además, pidió al juez de tutela i) proferir un fallo extra y ultra petita en caso de hallar más derechos fundamentales vulnerados no mencionados en la demanda, y ii) señalar expresamente en la sentencia que los efectos de la misma perdurarán hasta tanto el juez administrativo no dirima el objeto de la controversia.

2. Trámite procesal a partir de la acción de tutela

Mediante Auto del 22 de junio de 2017 el Juzgado Primero Civil Municipal de Ibagué avocó conocimiento de la acción de tutela, disponiendo dar traslado a la Secretaría de Hacienda Municipal de Ibagué y al Fondo Territorial de Pensiones del Municipio de Ibagué para que ejercieran su derecho de defensa y contradicción. Adicionalmente, negó la medida provisional solicitada en el escrito de la demanda de tutela, por inexistencia de material probatorio que acreditara un actuar arbitrario y lesivo de los derechos fundamentales por parte de la entidad demandada.

3. Respuestas de la entidad accionada

3.1 El Secretario de Hacienda Municipal del Ibagué solicitó la desvinculación de esa

dependencia al considerar que el asunto no es de su competencia. Por dicho motivo, remitió el traslado de la demanda a la Secretaría Administrativa del Municipio de Ibagué.

3.2 La Secretaría Administrativa del Municipio de Ibagué, actuando como representante legal del Fondo Territorial de Pensiones del Municipio de Ibagué, solicitó declarar imprósperas las peticiones del accionante. Puntualizó que ese municipio no puede reconocer y pagar la pensión que el señor Tirso Rubio Vanegas reclama, pues cuando se trata del cómputo de aportes públicos y privados, como sucede en el caso del demandante, la competencia la tiene la Administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

3.3 Mediante memorial allegado el 30 de junio de 2017 ante juez de primera instancia, el actor propuso “excepciones” en contra de la respuesta de la entidad demandada[7]. Allí expuso que la tutela no es el escenario idóneo para traer a colación asuntos propios de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y que la demandada de manera arbitraria aduce que el régimen pensional que lo cubre es el previsto en la Ley 71 de 1998, cuando es el empleado quien tiene la facultad de escoger el régimen que más lo favorezca.

4. Sentencias objeto de revisión

4.1. Primera instancia

El Juzgado Primero Civil Municipal de Ibagué, en sentencia del 5 de julio de 2017, negó la protección invocada al considerar que el demandante no acreditó el requisito de inmediatez de la acción, toda vez que habían pasado 12 años desde que se expidió la resolución mediante la cual le fue negada la aludida prestación económica. Por otro lado, indicó que no se acreditaron los requisitos de ley para acceder a la pensión solicitada, por lo que no evidenció vulneración alguna a los derechos fundamentales del señor Tirso Rubio Vanegas.

4.2. Impugnación

El accionante impugnó el fallo de primera instancia y solicitó que el mismo fuera revocado, arguyendo que no se realizó un estudio de fondo que permitiera determinar si reunía los requisitos genéricos de procedibilidad de la acción de tutela como mecanismo transitorio de

protección, así como tampoco se tuvo en consideración el derecho al mínimo vital.

Adujo que el juez malinterpretó la aplicación del principio de la inmediatez, en cuanto la violación de los derechos fundamentales del actor aún continúa, desconociendo así la protección especial que la jurisprudencia de la Corte les otorga a las personas de la tercera edad como sujetos de especial protección constitucional.

Posteriormente, realizó un examen de las normas que sustentan su petición, conforme las cuales cree que podría tener acceso a su derecho a la pensión y cita una circular de la Procuraduría General de la Nación, dirigida a las entidades encargadas de reconocer las pensiones del régimen de prima media, donde las exhorta a cumplir con la normativa en materia pensional, respetar los derechos adquiridos, observar el régimen de transición que corresponda a cada petitionario y acatar los precedentes jurisprudenciales.

4.3. Segunda instancia

El Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Ibagué, mediante sentencia del 15 de agosto de 2017, confirmó el fallo impugnado, esgrimiendo las mismas razones del juez de primera instancia, en lo que tiene que ver con el incumplimiento del requisito de inmediatez.

5. Pruebas

Entre las pruebas aportadas en el trámite de la acción de tutela la Sala destaca las siguientes:

- Copia de la cédula de ciudadanía del señor Tirso Rubio Vanegas. (Cuaderno de primera instancia, folio 66).
- Copia de la partida de bautismo del actor. (Cuaderno de primera instancia, folio 67).
- Copia de la historia clínica del demandante. (Cuaderno de primera instancia, folios 68 a 69).
- Copia de la Resolución 025 del 5 de abril de 2055, emitida por el Fondo Territorial de Pensiones Públicas del Municipio de Ibagué, mediante la cual se negó la solicitud de pensión

de vejez realizada por el accionante. (Cuaderno de primera instancia, folios 70 a 76).

- Copia de la Resolución 0503 del 23 de mayo de 2015, proferida por la Secretaría Administrativa del Departamento del Tolima, mediante la cual se negó la solicitud de pensión de vejez realizada por el señor Tirso Rubio Vanegas. (Cuaderno de primera instancia, folios 77 a 81).
- Copia de la reclamación administrativa realizada por el actor el 30 de mayo de 2017 ante el Fondo Territorial de Pensiones Públicas del Municipio de Ibagué. (Cuaderno de primera instancia, folios 82 a 103).
- Copia de oficio del 8 de junio de 2017, donde la Secretaría Administrativa del Municipio de Ibagué responde la reclamación administrativa realizada por el demandante el 30 de mayo de 2017. (Cuaderno de primera instancia, folio 104).
- Copia de la solicitud de reconsideración del 13 de junio de 2017 realizada por el accionante ante el Fondo Territorial de Pensiones Públicas del Municipio de Ibagué, respecto del oficio del 8 de junio de 2017. (Cuaderno de primera instancia, folios 105 a 106).
- Copia de escrito que el señor Tirso Rubio Vanegas dirige a la entidad demandada el 4 de julio de 2017, donde extraprocesalmente expone sus reparos frente a la contestación de la acción de tutela. (Cuaderno de primera instancia, folios 158 a 164).

6. Actuación en sede de revisión

6.1 Por medio de Auto del 24 de noviembre de 2017, la Sala de Selección de Tutelas Número Once[8] escogió para revisión el presente asunto[9].

6.2 El magistrado sustanciador dispuso vincular al Fondo Territorial de Pensiones de la Gobernación del Tolima y a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, para que se pronunciaran sobre los hechos que dieron lugar a la acción de tutela y allegaran los medios probatorios que consideraran pertinentes para ejercer su derecho de defensa y contradicción[10].

6.3 El 26 de febrero de 2018 el señor Tirso Rubio Vanegas allegó un escrito mediante el cual manifestó que su última cotización al sistema de pensiones fue el 30 de octubre de 1994

estando “al servicio del Municipio de Ibagué como Secretario General Jefe de Personal de la Caja de Previsión Social Municipal, sustituida por el Fondo Territorial de Pensiones Públicas de Ibagué”[11]. Preciso que los años de servicio prestados en la ciudad de Armero en la Contraloría Departamental, esto es, de 1950 a 1953, se vio en la necesidad de acreditarlos a través de declaraciones extra juicio, porque para esa época las vinculaciones de los obreros se hacían a través de contrato verbal o escrito y el salario era pagado semanalmente a través de planillas de jornales. Explicó que en su caso no existía un registro oficial porque fue vinculado mediante un contrato verbal.

Igualmente, manifestó que desde entonces no ocupó ningún cargo público o privado, razón por la cual no siguió efectuando cotizaciones. Al respecto, sostuvo que esta última circunstancia era ajena a su voluntad debido a su avanzada edad y su condición de salud (enfermedad crónica cardiovascular, renal, Parkinson y merma considerable de la visión). Aclaró que para su sostenimiento y el de su esposa Gloria Romero de Rubio, también de la tercera edad, dependen de la ayuda de sus hijos. Finalmente, para corroborar lo señalado, anexó los siguientes documentos:

(i) Certificación expedida por la Secretaría Administrativa de la Gobernación del Tolima donde consta que prestó sus servicios como agente de tránsito, perito de pases municipales y jefe de la sección de automotores de la dirección de tránsito departamental[12].

(ii) Certificación expedida por la empresa ICASA donde consta que desempeñó el cargo de operario y que se efectuaron las cotizaciones correspondientes al Instituto de Seguros Sociales[13].

(iii) Certificación expedida por la Secretaría General de la Caja de Previsión Social Municipal de Ibagué hoy Fondo Territorial de Pensiones Públicas de Ibagué, donde consta que trabajó como almacenista y jefe de división administrativa nivel E.ES.10 de la Secretaría de Obras Públicas de Ibagué, secretario general – jefe de personal de la Caja de Previsión Social Municipal[14].

(iv) Certificados de las cotizaciones realizadas ante Colpensiones donde figura como empleador la empresa Auto Fusa Ltda[15].

(v) Declaraciones extra juicio mediante las cuales constata su vinculación en “menesteres

del acueducto” y “ayudante de fontanero” en el Municipio de Armero[16].

(vi) Certificación expedida por la Contraloría del Tolima donde constan las vinculaciones del accionante desde 1955 hasta 1976[17].

(vii) Certificados de la desaparición de la ciudad de Armero[18].

(viii) Copia de las sentencias de primera instancia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Ibagué y de segunda instancia emitida por el Tribunal Administrativo del Tolima, en el proceso de nulidad y restablecimiento de derecho instaurado por Tirso Rubio Vanegas contra el Fondo Territorial de Pensiones del Departamento del Tolima[19].

6.4 Más adelante, el 14 de marzo de 2018, el señor Tirso Rubio Vanegas allegó un escrito mediante el cual expuso lo siguiente:

“Por considerar a estas alturas del desarrollo del proceso de la tutela en cita, en donde el despacho en sabiduría, juicioso esmero y responsable análisis, subsana un notorio error de procedimiento violatorio del debido proceso, ocurrido en los despachos judiciales de primera y segunda instancia, al disponer integrar el contradictorio con los entes previsionales del Departamento del Tolima y de Colpensiones, por el hecho determinante que la demandada en inepta interpretación, en una ocasión dice que es el ente gestor previsional del Departamento del Tolima el obligado a cubrir y pagar la pensión a ella impetrada y, en otra ocasión, cambia de opinión al decir que tal obligación corresponde a Colpensiones, insistiendo hasta el cansancio sin facultad legal para hacerlo, que el derecho aplicable al caso concreto es la ley 71 de 1988 y no la Ley 6ª. De 1945, contrariando con su necio proceder el artículo 3º. del Decreto 2709 de 1994”.

Para soportar esta afirmación, allegó al expediente la copia de un memorial que en su oportunidad envió a la Secretaría Administrativa del Municipio de Ibagué, donde le expuso a la funcionaria las razones por las cuales consideraba errada la interpretación según la cual para el cómputo de aportes, públicos y privados es Colpensiones la entidad encargada de otorgar la pensión.

Al respecto, se extrae de ese documento lo siguiente: “cuando se habla concretamente de

pensiones públicas, hay que diferenciar los servidores públicos del nivel nacional por un lado y, por otro lado, a los servidores públicos del nivel territorial, porque se rigen por precisas situaciones diferentes; en tanto, según sea el caso concreto no es cierto como un todo, que cuando se habla del cómputo de aportes públicos y privados (Art. 7º Ley 71/988); y, al aplicar regímenes de transición y según la época en que se cumplió con los requisitos para obtener la pensión, por ese solo hecho sea carga pensional del ISS como Ud. equivocadamente lo pretende hacer ver. Tal confrontación de controversia jurídica que surge con su despacho, lo resuelve a derecho, entre otras, el decreto 2527 de 2000 y las normas que reglamenta los artículos 36 y 52 de la ley 100 de 1993”.

6.5 La Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- indicó que revisado el expediente del señor Tirso Rubio Vanegas se advierte que en su historia laboral tan solo se registran 66.43 semanas de cotización entre 1981 y 1983 ante el Instituto de Seguros Sociales. Luego de hacer un recuento de las semanas que el accionante afirma haber cotizado, la entidad concluyó que el actor cuenta con 20.32 años de servicio. Luego de lo anterior, indicó que el régimen que beneficia en mayor medida al accionante es la Ley 71 de 1988, pues en su opinión cumple con los requisitos establecidos en esa normatividad para acceder a la pensión de vejez.

Por otro lado, puso de presente que ante la poca densidad de semanas recogidas por el actor ante el régimen de prima media con prestación definida, Colpensiones no estaría legitimada para estudiar, reconocer y pagar la prestación solicitada. Lo anterior, porque el señor Rubio cuenta con mayores aportes a otros fondos como sucede con el Fondo de Pensiones Públicas del Municipio de Ibagué, quien fue su último empleador.

Finalmente, aclaró que esa entidad no ha recibido requerimiento alguno de trámite pensional por parte del actor. En virtud de lo señalado, solicitó que se declarara que no ha vulnerado los derechos fundamentales del accionante.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Sala de Revisión es competente para revisar los fallos de tutela mencionados, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política y el Decreto

Estatutario 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

2.1 Previo a plantear el problema jurídico que ha de resolver esta Corporación, la Sala encuentra necesario delimitar el objeto de la controversia.

Dentro de los hechos expuestos en el escrito de tutela, el accionante hace referencia a un proceso de nulidad y restablecimiento de derecho que se surtió ante el Juzgado Noveno Administrativo de Ibagué, en primera instancia, y el Tribunal Administrativo del Tolima, en segunda instancia, a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión bajo los requisitos contenidos en la Ley 33 de 1985.

Sin embargo, el amparo no se dirige a cuestionar las decisiones de los jueces administrativos en el mencionado proceso. Por el contrario, la tutela está encaminada a rebatir los argumentos esbozados por el Fondo Territorial de Pensiones Públicas del Municipio de Ibagué para negar el reconocimiento de la pensión de jubilación, ante la nueva petición que formuló el actor ante esa entidad, esta vez, teniendo como fundamento otro régimen pensional.

Es por esa razón que el asunto que resolverá la Sala en esta oportunidad no incluirá un debate sobre la acción de tutela contra dichas providencias judiciales.

2.2 Aclarado lo anterior, corresponde a la Sala Octava de Revisión de esta Corporación determinar, en primer lugar, si en el asunto bajo estudio es procedente emitir un pronunciamiento de fondo sobre el reconocimiento de la pensión solicitada por el señor Tirso Rubio Vanegas.

En caso afirmativo, procederá a resolver los siguientes problemas jurídicos: ¿las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del accionante al negar el reconocimiento de la pensión de vejez, con fundamento en que no se acreditó la vinculación laboral en el Municipio de Armero? En el evento de no hallar acreditados tales requisitos, ¿debieron las entidades accionadas proceder al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o informarle al actor la posibilidad de obtener el reconocimiento de esa compensación?

3. La seguridad social como derecho fundamental y su protección por medio de la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia[20]

3.1 El artículo 48 de la Constitución Política consagra el derecho a la seguridad social bajo una doble connotación: i) como derecho fundamental; y ii) como un servicio público de carácter obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado[21].

Esta garantía fundamental “surge como un instrumento a través del cual se le garantiza a las personas el ejercicio de sus derechos fundamentales cuando se encuentran ante la materialización de algún evento o contingencia que mengüe su estado de salud, calidad de vida y capacidad económica, o que se constituya en un obstáculo para la normal consecución de sus medios mínimos de subsistencia a través del trabajo”[22]. Su fundamentalidad se sustenta en el principio de dignidad humana en virtud del cual “resulta posible que las personas afronten con decoro las circunstancias difíciles que les obstaculizan o impiden el normal desarrollo de sus actividades laborales y la consecuente recepción de los recursos que les permitan ejercer sus derechos subjetivos”[23].

Según ha sido interpretado por esta Corporación, los objetivos de la seguridad social guardan necesaria correspondencia con los fines esenciales del Estado social de derecho “como el servir a la comunidad; promover la prosperidad general; garantizar la efectividad de los principios y derechos constitucionales; promover las condiciones para una igualdad real y efectiva; adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados; proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta; y reconocer sin discriminación alguna de la primacía de los derechos inalienables de la persona como sujeto, razón de ser y fin último del poder político”[24].

3.2 La protección de este derecho fundamental se refuerza además según lo consagrado en distintos instrumentos internacionales[25]. En primer lugar, se tiene el artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos en virtud del cual “toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

En el mismo sentido lo consagra el artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona cuyo tenor dispone que “toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.

De otro lado, el artículo 9° del Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales establece que “los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”. Así mismo, el artículo 9° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone que “toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes”.

3.3 Ahora bien, es claro que aun cuando el derecho a la seguridad social ostenta un carácter fundamental, tal particularidad no puede ser confundida con la posibilidad de hacerlo efectivo, en todos los casos, por medio de la acción de tutela.

Al respecto, este Tribunal ha señalado que el legislador previó los mecanismos judiciales para la solución de las controversias relativas al reconocimiento y pago de las prestaciones que cubren las contingencias amparadas por el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, lo que significa que, por regla general, la acción de tutela resulta improcedente para resolver disputas de esa naturaleza[26].

Sin embargo, excepcionalmente, es plausible acudir a ese mecanismo constitucional para obtener el reconocimiento y pago de prestaciones sociales. Esto sucede en el evento en que el agotamiento de los medios ordinarios de defensa supone una carga procesal excesiva, porque quien la solicita es un sujeto de especial protección constitucional (mecanismo principal de defensa) o se encuentra ante la inminente ocurrencia de un perjuicio irremediable (mecanismo de protección transitorio). Sobre este punto, la Corte ha explicado lo siguiente:

“14. Para que la acción de tutela proceda como mecanismo principal y definitivo, el

demandante debe acreditar que no tiene a su disposición otros medios de defensa judicial, o que, teniéndolos, estos no resultan idóneos ni eficaces para lograr la protección de los derechos presuntamente conculcados. El ejercicio del amparo constitucional como mecanismo transitorio implica, a su turno, que los medios de protección judicial ordinarios, aun siendo idóneos y eficaces, puedan ser desplazados por la tutela ante la necesidad de evitar la consumación de un perjuicio irremediable[27]. En esos eventos, la protección constitucional opera provisionalmente, hasta que la controversia sea resuelta por la jurisdicción competente, de forma definitiva.

El examen de procedibilidad formal de las tutelas instauradas para obtener el reconocimiento o el pago de derechos pensionales resulta así, inevitablemente vinculado al análisis de la aptitud que los instrumentos judiciales ordinarios tengan para el efecto en cada caso concreto. La decisión sobre la viabilidad de resolver en esta sede acerca del reconocimiento de un derecho pensional debe considerar, por eso, el panorama fáctico y jurídico que sustenta la solicitud de amparo"[28].

Lo anterior significa entonces que el juez constitucional debe valorar las circunstancias particulares del accionante, considerando aspectos como, por ejemplo, el tiempo transcurrido desde que formuló la primera solicitud de reconocimiento pensional, la edad, la composición de su núcleo familiar, las circunstancias económicas, el estado de salud, el grado de formación escolar, entre otros. En este punto es preciso mencionar además que "la Corte ha llamado la atención sobre la importancia de verificar que quien acude a la acción de tutela para obtener el reconocimiento de su pensión haya buscado antes, con un grado mínimo de diligencia, la salvaguarda del derecho que invoca y que su mínimo vital se haya visto efectivamente afectado como consecuencia de la negación del derecho pensional"[29].

Bajo ese entendido, la jurisprudencia constitucional ha construido varias reglas para evaluar la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de prestaciones sociales como manifestación del derecho a la seguridad social, a saber: i) que la falta de pago de la prestación o su disminución genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital; ii) que el accionante haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial con el objetivo de que le sea reconocida la prestación reclamada; iii) que se acredite siquiera sumariamente, las

razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados; iv) y que exista una mediana certeza sobre el cumplimiento de los requisitos de reconocimiento del derecho reclamado[30].

3.4 En definitiva, el derecho a la seguridad social busca proteger al trabajador cuando por algún evento o contingencia que mengua su salud, calidad de vida o capacidad económica, requiere de la ayuda del Estado y de la comunidad para proveerse los medios mínimos que le garanticen una subsistencia en condiciones dignas. Si bien esta prerrogativa constitucional ostenta un carácter fundamental, no por ello puede hacerse efectiva, en todos los casos, a través de la acción de tutela, porque para ello existen otros mecanismos de defensa judicial previstos por el Legislador. La procedencia de la acción de tutela para obtener la protección del derecho a la seguridad social es excepcional y depende de las circunstancias propias de cada asunto, debiendo el juez constitucional evaluar criterios como la edad, el estado de salud, la composición del núcleo familiar, la situación económica, así como cualquier aspecto que permita identificar por qué este debe ser el mecanismo principal o transitorio de protección.

4. La pensión de vejez a la luz del régimen de transición de la Ley 100 de 1993. Reiteración de jurisprudencia

4.1 Una de las contingencias que se aseguran a través del sistema de seguridad social es la vejez, pues su protección garantiza el derecho al mínimo vital y a la subsistencia digna de un trabajador “que llegó a un punto en su vida en el que ya no puede laborar y que, en esa medida, necesita de un ingreso mensual fijo que le permita descansar sin preocuparse por el medio a través del cual va a suplir sus necesidades”[31]. Entonces, la pensión de vejez es el resultado del ahorro forzoso de una vida de trabajo[32] y no puede entenderse como “una dádiva súbita de la Nación, sino el simple reintegro que del ahorro constante durante largos años, es debido al trabajador”[33].

El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 señalaba como requisitos para hacerse acreedor de dicha prestación, cumplir con i) 55 años de edad si es mujer o 60 años de edad si es hombre, y ii) haber cotizado un mínimo de 1000 semanas en cualquier tiempo. Sin embargo, estos parámetros fueron incrementados en la Ley 797 de 2003, exigiendo i) 57

años de edad para las mujeres y 62 para los hombres, y ii) a partir del 1° de enero de 2005 aumentó en 50 semanas y desde el 1° de enero de 2006 aumentaría en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el 2015.

Ahora bien, este beneficio no tuvo su origen en el actual sistema general de pensiones; antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 existían diversas disposiciones legales que procuraban la aludida pensión para los trabajadores que cotizaran o prestaran sus servicios por determinado tiempo, como sucedía con la Ley 33 de 1985, la Ley 71 de 1988 y el Acuerdo 049 de 1990[34].

Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se integraron en un Sistema General de Seguridad Social los diversos regímenes pensionales existentes. Empero, en aras de proteger a quienes tenían la expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez de conformidad con los requisitos establecidos en la normatividad anterior, el legislador estableció un régimen de transición como forma de protección a sus garantías fundamentales[35], el cual ha sido definido por esta Corporación como “un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionares, en el momento del tránsito legislativo”[36].

De ese modo, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dispuso que la edad, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez, serían los establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban afiliadas las personas que al momento de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones (1° de abril de 1994) cumplieran cualquiera de los siguientes requisitos: i) tener 35 años de edad en el caso de las mujeres, o 40 tratándose de hombres; o ii) contar con 15 años o más de servicios cotizados.

En todo caso, el legislador expidió el Acto Legislativo 01 de 2005 a través del cual le impuso un límite temporal al régimen de transición. Para ello, estableció que este no podría extenderse más allá del 31 de diciembre de 2010, excepto para los trabajadores que siendo beneficiarios del mismo, tuviesen al menos 750 semanas cotizadas o su equivalente en

tiempo de servicios a la fecha en que entró en vigencia la citada reforma constitucional, evento en el que el régimen de transición se mantendría hasta el 31 de diciembre de 2014.

4.2 Dentro de los regímenes pensionales que regulaban el reconocimiento de la pensión de vejez antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se encuentran: i) el Decreto 546 de 1971, que ampara las contingencias de los servidores de la Rama Judicial y del Ministerio Público; ii) la Ley 33 de 1985 que regulaba la pensión de los servidores públicos que cumplían el requisito de haber laborado durante veinte años o más para entidades del Estado; iii) la Ley 71 de 1988, que permitía la acumulación de tiempos laborados en entidades públicas así como las sufragadas al ISS por parte de empleadores privados; y iv) el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, que reglaba las prestaciones sociales de los trabajadores privados, cuyos patronos trasladaron los riesgos de vejez, invalidez y muerte al Instituto de los Seguros Sociales y reconocía las prestaciones a los trabajadores que cotizaron a dicho régimen en calidad de independientes[37]. Como se verá más adelante, por interpretación de la jurisprudencia constitucional este último régimen también admite la acumulación de tiempos de servicio en entidades públicas para efectos del cómputo de las semanas de cotización.

Para explicar el régimen contenido en la Ley 33 de 1985[38] es necesario hacer mención al tránsito legislativo de la Ley 6 de 1945 a la Ley 33 de 1985. La Ley 6 de 1945[39] estableció una división entre las personas que trabajaban para el Estado en los niveles nacional, departamental o municipal, y las personas que no trabajaban para este, dando origen al régimen especial de los Trabajadores Oficiales. En el artículo 17, literal b) de dicha ley se establecieron como requisitos para acceder a la pensión de jubilación, haber cumplido 50 años de edad y haber prestado 20 años de servicio continuo o discontinuo[40].

Más adelante, el legislador unificó en 55 años la edad de jubilación para hombres y mujeres y dispuso en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985: “El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio”.

Entonces, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985 los requisitos para acceder a la edad de jubilación eran: i) 55 años de edad en lugar de 50, y 20 años de servicio continuo o discontinuo; requisito que no cambió. Esa normatividad estableció una transición ante el cambio legislativo, señalando que a los empleados oficiales que a partir de la fecha de vigencia de la ley hubieran cumplido quince años continuos o discontinuos de servicios, se les continuarían aplicando las disposiciones relativas a la edad de jubilación que regían con anterioridad a la misma.

En relación con la entidad que debe reconocer y pagar la pensión de jubilación, el Decreto 1848 de 1969 en su artículo 75, dispone que es la entidad de previsión social a la cual estuvo afiliado al momento de cumplir el tiempo de servicios requerido por la ley, si para entonces se hubiere retirado del servicio oficial sin tener la edad exigida para tal fin, o por la entidad de previsión a que esté afiliado al tiempo del retiro, si entonces cumple los requisitos de tiempo de servicios y edad señalados para el goce de la pensión. Si el empleado oficial no estuviere afiliado a ninguna entidad de previsión social al tiempo de retirarse del servicio oficial, el reconocimiento y pago se hará directamente por la última entidad o empresa oficial empleadora[41].

Por su parte, la Ley 71 de 1988[42] consagra la denominada pensión de jubilación por acumulación de aportes, es decir, aquella que se obtiene sumando los tiempos de cotización en el sector público y privado. A partir de esta normatividad, los empleados oficiales y públicos y los trabajadores particulares que acreditaran 55 años de edad para las mujeres y 60 para los hombres, y 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo en una o varias entidades de previsión social o de las que hagan sus veces, con los efectuados ante el Instituto de Seguros Sociales, tendrían derecho a acceder a la prestación jubilatoria mediante la acumulación de aportes y cotizaciones derivados de la relación contractual particular u oficial y la legal y reglamentaria[43].

Esa normatividad fue reglamentada por el Decreto 2709 de 1994, que en el artículo 10 estableció que la entidad encargada de reconocer la pensión de jubilación es la última en que se efectuaron aportes, siempre y cuando el tiempo aportado continuo o discontinuo en ella hubiera sido mínimo de 6 años. En caso de que no se cumpliera con dicho tiempo, la pensión de jubilación sería reconocida y pagada por la entidad de previsión a la cual se haya efectuado el mayor tiempo de aportes.

En la sentencia C-177 de 1998 la Corte se pronunció sobre este régimen de pensión de jubilación por aportes, en los siguientes términos:

“Así, en el sector oficial, el reconocimiento y pago de las pensiones de los servidores públicos correspondía en general a la Caja Nacional de Previsión (CAJANAL) y a las cajas de las entidades territoriales, aun cuando también existían otras entidades oficiales encargadas de ese manejo para determinados sectores de empleados, como los miembros de la Fuerza Pública. Por su parte, inicialmente, el reconocimiento y pago de las pensiones de los trabajadores privados era responsabilidad directa de ciertos empresarios, ya que la jubilación, conforme a la legislación laboral, en especial al artículo 260 del Código del Trabajo y a las leyes 6 de 1945 y 65 de 1946, era una prestación especial únicamente para ciertos patronos, a saber para las empresas con capital mayor a ochocientos mil pesos. Igualmente, en algunos casos, y para determinados sectores económicos, la normatividad laboral admitió que se constituyeran cajas de previsión privadas, como CAXDAC. Finalmente, sólo a partir de 1967, el ISS empezó a asumir el reconocimiento y pago de pensiones de trabajadores privados.

Esas distintas entidades de seguridad social no sólo coexistían sino que prácticamente no había relaciones entre ellas. Así, en el sector privado, el ISS no tenía responsabilidades directas en relación con los trabajadores de aquellas empresas que reconocían directamente pensiones, ni con los empleados afiliados a las cajas previsionales privadas (...) en términos generales, había una suerte de paralelismo entre los distintos regímenes de seguridad social que, como esta Corte lo ha reconocido, era una de las principales causas de la ineficiencia en el sector y de la vulneración de los derechos de los trabajadores.

En tal contexto, una de las finalidades esenciales de la Ley 100 de 1993, en desarrollo de los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad que rigen la seguridad social (CP art. 48), fue superar esa desarticulación entre los distintos regímenes pensionales, que no sólo hacía más difícil el manejo general de esta prestación sino que se traducía en inequidades manifiestas para los trabajadores. Así, durante mucho tiempo fue imposible acumular semanas o tiempos de trabajo laborados frente a distintos patronos, con lo cual las posibilidades de muchos empleados de acceder a la pensión eran mínimas.”(Resaltado fuera de texto).

Por otro lado, el Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante el Decreto 758 de ese año, consagró en el artículo 12 las exigencias para acceder a la pensión de vejez, así: i) 60 años o más de edad si se es varón, o 55 años o más años de edad, si es mujer; y ii) un mínimo de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas o haber acreditado un número de 1000 semanas de cotización sufragadas en cualquier tiempo.

No obstante, existían trabajadores que no contaban con el número de semanas cotizadas al ISS, por lo que solicitaron computar los tiempos de servicios prestados a las entidades públicas cotizados a cajas o fondos de previsión. Ante esa eventualidad, surgió la necesidad de establecer una línea jurisprudencial que zanjara la discusión en torno a la posibilidad de acumular los períodos laborados para diferentes entidades, puesto que el ISS negaba tal alternativa ya que, en su concepto, las cotizaciones debían realizarse siempre a esa institución. Fue así como en la sentencia SU-769 de 2014 se acogió la tesis que posibilita la acumulación de tiempos de servicio, estableciendo las siguientes reglas:

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

(ii) Para efecto del reconocimiento de esta prestación es posible acumular los tiempos de servicios cotizados a las cajas o fondos de previsión social, con las semanas de cotización efectuadas al Instituto de Seguros Sociales, por cuanto la exclusividad en los aportes a esta entidad se trata de un evento no contemplado en el Acuerdo 049 de 1990.

(iii) Es la postura que mejor se ajusta a la Constitución y a los principios de favorabilidad y pro homine, y que maximiza la garantía del derecho fundamental a la seguridad social, tal acumulación es válida no solo para los casos en que fueron acreditadas 1000 semanas en cualquier tiempo, sino también para los eventos en los que se demostró haber reunido un total de 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad requerida.

(iv) Es posible acumular el tiempo laborado en entidades públicas respecto de las cuales el

empleador no efectuó las cotizaciones a alguna caja o fondo de previsión social, con las semanas aportadas al Instituto de Seguros Sociales. Lo anterior, toda vez que se trata de una circunstancia que puede limitar el goce efectivo del derecho a la seguridad social, y porque el hecho de no haberse realizado las respectivas cotizaciones o descuentos no es una conducta que deba soportar el trabajador, más aún cuando era la entidad pública la que asumía dicha carga prestacional.

4.3 En conclusión, la pensión de vejez fue instituida como un mecanismo de protección para aquellos trabajadores que durante su vida laboral ahorraron con el fin de obtener, llegado el momento, un ingreso que les permitiera suplir sus necesidades básicas. Esta prestación económica era reconocida anteriormente a través de diferentes regímenes, como por ejemplo, la Ley 33 de 1985, la Ley 71 de 1988 y el Acuerdo 049 de 1990. Luego, en aras de integrar en un sistema general los diversos regímenes pensionales, se expidió la Ley 100 de 1993 que unificó los requisitos para acceder a ese beneficio económico, protegiendo sin embargo a quienes tenían la expectativa de adquirirlo de conformidad con los requisitos establecidos en la normatividad anterior.

5. Indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y su reconocimiento a trabajadores que cotizaron o prestaron sus servicios con anterioridad a la Ley 100 de 1993. Reiteración de jurisprudencia

5.1 El reconocimiento de la pensión de vejez depende del cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley, ya sea del sistema general de seguridad social en pensiones o de alguno de los regímenes anteriores a su entrada en vigencia. Sin embargo, en ocasiones las personas no logran reunir las exigencias dispuestas por el Legislador para acceder a esa prestación, por lo que el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 dispuso una herramienta compensatoria denominada indemnización sustitutiva de la pensión. Dicha norma establece:

“ARTÍCULO 37. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. 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”.

(i) Su desconocimiento contraviene el principio de favorabilidad en materia laboral consagrado en el artículo 53 de la Constitución, en concordancia con el artículo 21 del Código Sustantivo de Trabajo.

(ii) Las entidades a las que se le realizaron los aportes incurren en un enriquecimiento sin causa al retener los recursos que constituyen un ahorro del trabajador y es a este a quien le correspondería, en primer lugar, disfrutarlos.

(iii) La indemnización sustitutiva prevista en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 no dispuso un límite temporal para su aplicación, luego también son beneficiarias las personas que cotizaron o prestaron sus servicios con anterioridad. Además no se condicionó su reconocimiento a cotizaciones posteriores a su expedición.

(iv) El Sistema General de Seguridad Social en Pensiones reconoce, en el literal f) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que se puede tener en cuenta los tiempos de servicio o semanas cotizadas con anterioridad a su creación y bajo disposiciones precedentes con independencia de si fueron cotizados al Instituto de Seguro Social, caja, fondo o entidad del sector público o privado.

(v) Se trata de un derecho irrenunciable del trabajador que a su vez es imprescriptible.

(vi) Si bien el trabajador no tiene que renunciar a la expectativa de cumplir las semanas exigidas en la ley o el capital requerido, según el régimen pensional que haya elegido, lo cierto es que tampoco existe la obligación de continuar efectuando aportes hasta completar las exigencias legales para que le reconozcan la pensión, por lo que resulta válido que una vez haya alcanzado la edad mínima para acceder a la prestación periódica pueda proceder a solicitar la indemnización.

5.2 Ahora bien, la jurisprudencia constitucional adoptó esta interpretación no solo en los casos de personas que trabajaron en el sector privado, sino también para los ex servidores públicos. Sobre el particular, ha concluido lo siguiente[45]: i) por virtud del derecho a la igualdad, favorabilidad pensional y el efecto útil de la norma, se aplica indistintamente de si

el trabajador fue afiliado o no por la entidad territorial a una caja o fondo prestacional; ii) todos los tiempos servidos -debidamente acreditados- antes de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 son computados para efectos de la liquidación, de conformidad con el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, y en especial, el Decreto 1730 de 2001 modificado por el Decreto 4640 de 2005; iii) cuando el vínculo laboral terminó sin que la entidad territorial trasladara el riesgo a una caja o fondo, esta mantiene la responsabilidad de asunción del reconocimiento y pago de la indemnización; y iv) debe verificarse que el reclamante esté en imposibilidad de acceder a una pensión de vejez.

5.3 Puede decirse entonces que la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez es una figura creada por el legislador en favor de aquellas personas que no logran acreditar el mínimo de semanas de cotización exigidos en el sistema general de pensiones o en alguno de los regímenes anteriores a su entrada en vigencia. Esta prestación tiene fundamento en que es el trabajador quien debe disfrutar de sus ahorros, razón por la cual estos no pueden ser retenidos por los empleadores, so pena de incurrir en un enriquecimiento sin justa causa. La indemnización sustitutiva es reconocida también a quienes cotizaron o prestaron sus servicios con anterioridad a la Ley 100 de 1993, pues el artículo 37 de dicha normatividad no dispuso un límite temporal para su aplicación, ni condicionó su reconocimiento a cotizaciones posteriores a su expedición.

6. Movilidad de los recursos financieros en el reconocimiento de la indemnización sustitutiva cuando las cotizaciones se efectuaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993[46]

6.1 Esta Corporación ha señalado que para efectuar la respectiva transferencia de los recursos a efectos del reconocimiento de los derechos pensionales, la legislación creó ciertas figuras donde se permite la movilidad financiera. En el caso del régimen de seguridad social del sector público anterior a la Ley 100 de 1993 se estableció la figura de las cuotas partes pensionales, en virtud de la cual la última entidad oficial empleadora puede compartir el reconocimiento de la prestación, de forma proporcional al tiempo de trabajo o de cotización, con las demás entidades en donde el trabajador estuvo vinculado.

El artículo 72 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969, que reguló el Decreto 3135 de

1968[47], establece que los servicios prestados en diferentes entidades públicas deberán ser acumulados para el cómputo del tiempo requerido en la pensión de jubilación. En estos casos, el monto correspondiente a la pensión se deberá distribuir de forma proporcional al tiempo servido en cada una de las entidades. El artículo 75 de la misma normatividad dispone, sobre el reconocimiento de la pensión, lo siguiente:

“Artículo 75. 1. La pensión de jubilación correspondiente se reconocerá y pagará al empleado oficial por la entidad de previsión social a la cual estuvo afiliado al tiempo de cumplir el tiempo de servicios requerido por la ley, si para entonces se hubiere retirado del servicio oficial sin tener la edad exigida para tal fin, o por la entidad de previsión a que esté afiliado al tiempo del retiro, si entonces cumple los requisitos de tiempo de servicios y edad señalados para el goce de la pensión.

2. Si el empleado oficial no estuviere afiliado a ninguna entidad de previsión social al tiempo de retirarse del servicio oficial, el reconocimiento y pago se hará directamente por la última entidad o empresa oficial empleadora.

3. En los casos de acumulación de tiempo de servicios a que se refiere el Artículo 72, de este Decreto, la entidad o empresa a cuyo cargo esté el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, tiene derecho a repetir contra las entidades y empresas oficiales obligadas al reembolso de la cantidad proporcional que les corresponda, a prorrata del tiempo de servicios en cada una de aquéllas.

En este caso, se procederá con sujeción al procedimiento señalado al efecto en el Decreto 2921 de 1948 y, si transcurrido el término de quince (15) días del traslado a que se refiere el Artículo 3o del citado Decreto la entidad obligada a la cuota pensional no ha contestado, o lo ha hecho oponiéndose sin fundamento legal, se entenderá que acepta el proyecto y se procederá a expedir la resolución definitiva de reconocimiento de la pensión.

El expresado término comenzará a correr desde la fecha en que la entidad correspondiente reciba el proyecto de reconocimiento de la pensión.” (Negrillas fuera del texto)

En el mismo sentido fue dispuesto en la Ley 33 de 1985, cuyo artículo 2 estableció que la Caja de Previsión obligada al pago de pensión de jubilación, tendrá derecho a repetir contra los organismos no afiliados a ellas, o contra las respectivas Cajas de Previsión, a prorrata

del tiempo que el pensionado hubiere servido o aportado a ellos. Esa disposición refiere que también que el proyecto de liquidación será notificado a los organismos deudores, los que dispondrán del termino de quince (15) días para objetarlo, vencido el cual se entenderá aceptado por ellos.

Más adelante, esta figura de las cuotas partes pensionales fue nuevamente reglamentada en el Decreto 13 de 2001, cuyo artículo 1° dispone:

“Artículo 1: Tiene derecho a bono pensional:

(...)

En los casos en que de acuerdo con la ley no corresponda emitir bonos pensionales, la entidad que haya reconocido o que reconozca la pensión, tendrá derecho a obtener el pago de la cuota parte correspondiente a los tiempos de servicio prestados o cotizados a otras entidades que se hayan tomado en cuenta para el reconocimiento de la pensión, de conformidad con las normas aplicables y con sujeción a lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 490 de 1998.”

6.2 Con sustento en estas disposiciones, la Corte ha concluido que la última entidad empleadora será la responsable del reconocimiento de las prestaciones de los empleados oficiales beneficiarios del régimen de transición que no fueron afiliados a ninguna entidad de previsión social. Para el reconocimiento de la prestación se debe acumular el tiempo de servicio en todas las entidades del Estado donde trabajó y estas deberán responder proporcionalmente. Así, antes de la expedición del acto administrativo que reconozca la prestación, la entidad encargada del pago deberá remitir copia del proyecto de resolución a las entidades donde el interesado laboró para que estas, dentro de los quince días hábiles siguientes, puedan establecer si la información es correcta y luego hagan la transferencia de la cuota parte que corresponda, a la entidad que es acreedora del reconocimiento de la prestación[48].

Una solución en ese sentido fue aplicada por esta Corporación en una oportunidad anterior. En la sentencia T-149 de 2012, estudió el caso de una persona que acudió a la acción de tutela porque el Municipio de Sopetrán negó el reconocimiento de la pensión de vejez o en su defecto la indemnización sustitutiva, aduciendo que solo se acreditaban 16

años y cuatro meses de servicio, sin tener en cuenta que había prestado el servicio militar por un periodo que, de ser contabilizado por el doble porque el país se encontraba en “estado de sitio”, le permitiría acceder a la prestación solicitada.

En esa ocasión, la Corte encontró que sumado el tiempo pretendido por el accionante, este no acreditaba los 20 años de servicio que exigía la Ley 33 de 1985. Sin embargo, resaltó que en los casos en los cuales no se cumpla con el requisito de tiempo o de semanas cotizadas, procede el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, contemplada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993. Luego de ello, concluyó:

“Si bien es cierto que las pruebas allegadas al expediente indican que el municipio durante el tiempo que el accionante laboró para éste no hizo cotización para pensiones[49], es claro que esto no implica que el accionante no tuviera derecho a sus prestaciones sociales. Desde la expedición de la ley 6ª de 1945, se determinó que era obligación del patrono responder por las prestaciones sociales para con sus empleados, mientras se creaba el sistema de seguridad social correspondiente para el caso. Para la fecha en la cual el accionante trabajó con el municipio, las entidades territoriales tenían la autonomía para determinar la forma en la cual respondían por las prestaciones sociales de la cual los empleados eran acreedores de acuerdo con la legislación nacional. De forma que el que no se hubieran hecho las contingencias necesarias para responder por estas obligaciones en un futuro no significa que el municipio pueda desconocer la obligación que se tiene con los derechos adquiridos del trabajador. Adicionalmente, es claro que en virtud del Decreto 1848 de 1969[50], en los casos en los cuales el empleado oficial no estuviere afiliado a ninguna entidad de previsión social, el reconocimiento de la prestación corre por cuenta de la última entidad o empresa social empleadora.

Por lo anterior, es claro que el Municipio de Sopetrán en este caso debe responder por la indemnización sustitutiva de la cual es acreedor el señor Piedrahita, por el tiempo en el que le prestó servicios.

31. Respecto del tiempo que el accionante prestó el servicio militar, se entiende que el Ministerio de Defensa debe responder por éste para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva. Al respecto en los fundamentos jurídicos 25 al 26 de la esta providencia, se determinó que para tal fin la legislación ha creado la figura de la cuota parte”.

Con sustento en lo anterior, la Sala que conoció el asunto revocó la sentencia de instancia que había negado el amparo y, en su lugar, concedió la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, a la dignidad humana, a la vida, a la igualdad, y a la protección y asistencia a las personas de la tercera edad. Ordenó a la Alcaldía Municipal de Sopetrán, en el evento en que no lo hubiese hecho, expedir un nuevo acto administrativo en el que reconociera y decretara el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, de acuerdo con los tiempos de servicio que se encontraran debidamente acreditados, respecto de los cuales no se hubiere hecho restitución alguna y teniendo en cuenta el tiempo durante el cual el accionante prestó servicio militar. En esa orden, la Corte precisó que la prestación se debía liquidar de acuerdo con las reglas contenidas en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes, y que para el reconocimiento de la cuota parte correspondiente al Ministerio de Defensa, se debería surtir el procedimiento enunciado previamente en el aparte 6.1.

7. Procedencia de la prueba supletoria para el reconocimiento de derechos pensionales

7.1 Para obtener el reconocimiento de un derecho pensional, la persona interesada debe iniciar el trámite correspondiente ante la autoridad competente, la cual tendrá que desarrollar, entre otras actuaciones, la debida valoración probatoria que le permita definir la procedencia de la reclamación. Para ello, la solicitud debe estar acompañada de los documentos que acrediten el lleno de los requisitos legales, dentro de ellos, las certificaciones en las que conste el tiempo de servicio prestado.

Esta Corporación ha sostenido que ante la falta de elementos probatorios para acreditar la condición de pensionado, se pueden allegar otros sucedáneos para comprobar tal circunstancia; en otras palabras, a falta de prueba principal, se podrá reemplazar con las denominadas pruebas supletorias[51].

Puntualmente, en relación con la acreditación del tiempo de servicio prestado por un empleado a una entidad a través de una prueba supletoria, la Ley 50 de 1886[52] estableció el procedimiento pertinente para ello:

“ARTÍCULO 80. En el caso de que se pruebe que los archivos donde han debido reposar las pruebas preestablecidas de los hechos que deben comprobarse con arreglo a esta ley o al Código Militar, han desaparecido, el interesado debe recurrir a aquellos documentos que

pueden reemplazar los perdidos o hacer verosímil la existencia de éstos, ocurriendo para ello a las otras oficinas o archivos donde pueden hallarse estas pruebas. La prueba testimonial no es admisible sino en caso de falta absoluta bien justificada de prueba[s] preestablecidas y escritas; dicha prueba testimonial debe llenar, además de las condiciones generales, las que se especifican en el artículo siguiente. La prueba supletoria es también admisible cuando se acredite de un modo satisfactorio que no se pudo establecer oportunamente prueba escrita y las razones por las cuales esto sucedió.

ARTÍCULO 9o. En todo caso en que conforme a esta Ley, al Código Militar o a cualquiera otra disposición hayan de presentarse a cualquiera autoridad o empleado pruebas testimoniales relativas a hechos que funden derecho a obtener pensión, dichas pruebas serán desestimadas cuando no contengan, además de las condiciones generales de todo testimonio, las siguientes:

1a. Que el testigo dé razón clara y precisa de su dicho o sea que exprese de qué modo tuvo conocimiento de los hechos sobre que declara; y que de esta expresión resulte que el testigo declara de sus propias y directas percepciones, de forma que lo que él afirma sea lo que vio, oyó o en general percibió directamente; 2a. Respecto de los hechos crónicos que el testigo afirme, debe asimismo expresar si estuvo presente [en] todos los hechos que racionalmente dejan establecida la cualidad de crónicos de los hechos sobre que declara; 3a. Que el funcionario que recibe la declaración haga constar que el mismo la recibió personalmente oyéndola del testigo y haciendo a éste todas las preguntas conducentes a establecer el convencimiento de su veracidad y de su pleno conocimiento de los hechos que declara y distintamente afirma.

(a). La negligencia del funcionario en hacer que la declaración llene las condiciones que aquí se exigen y las demás generales de todo testimonio, vicia la declaración.

(b). Los funcionarios que en cualquier caso deban apreciar pruebas testimoniales en los asuntos de que trata esta ley o el Código Militar, para el efecto de conceder pensiones o recompensas a cargo de la Nación, tienen el deber de examinar por sí mismos los testigos cuantas veces sea útil o necesario, cuando éstos se hallen en el mismo lugar que aquellos funcionarios, o en caso contrario, comisionar a la más alta autoridad judicial o política del lugar de la residencia de los testigos. El examen en este y en todo caso, no debe limitarse a

las preguntas que hagan los interesados, sino que debe extenderse a todos los hechos y circunstancias que hagan conocer toda la verdad en la materia de que se trata, y respecto de las condiciones intelectuales y morales del testigo.

(c). En todo caso estará presente al acto de las declaraciones el respectivo Agente del Ministerio Público para que pueda hacer las preguntas que estime convenientes y para que vigile que el testimonio sea recibido con todas las formalidades y requisitos legales.” (Resaltado fuera de texto).

El artículo 264 del Código Sustantivo del Trabajo también prevé la posibilidad de acudir a la prueba supletoria a efectos de reemplazar la certificación del tiempo laborado, en los siguientes términos:

“Archivos de las empresas. 1. Las empresas obligadas al pago de la jubilación deben conservar en sus archivos los datos que permitan establecer de manera precisa el tiempo de servicio de sus trabajadores y los salarios devengados.

2. Cuando los archivos hayan desaparecido o cuando no sea posible probar con ellos el tiempo de servicio o el salario, es admisible para probarlos cualquiera otra prueba reconocida por la ley, la que debe producirse ante el juez del trabajo competente, a solicitud escrita del interesado y con intervención de la empresa respectiva.” (Resaltado fuera de texto).

7.2 Según ha sido interpretado por este Tribunal, lo anterior significa que “la entidad que deba expedir certificaciones de tiempo servido por sus ex funcionarios y no lo puedan hacer debido a que sus archivos se incineraron o extraviaron, está obligada a certificar tal circunstancia a fin de que el interesado acredite esa eventualidad y le acepten otros medios de prueba”[53], de modo que pueda proceder a realizar el trámite señalado en la Ley 50 de 1886. Bajo ese entendido, en la medida en que una de las entidades no puede expedir la certificación del tiempo servido, debido a que los documentos que reposaban en sus archivos desaparecieron, la entidad deberá hacer constar tal hecho[54].

Con los elementos de juicio explicados en los capítulos precedentes, entrará la Sala Octava de Revisión a evaluar el caso concreto.

III. CASO CONCRETO

1. Presentación del asunto

1.1 El 24 de febrero de 2005 el señor Tirso Rubio Vanegas solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez ante el Fondo Territorial de Pensiones Públicas del Municipio de Ibagué, entidad que mediante la Resolución 025 de 2005 negó la pensión reclamada, arguyendo que no cumplía con los requisitos establecidos en la Ley 33 de 1985, es decir, acreditar 55 años de edad y haber cotizado como empleado público o trabajador oficial durante 20 años en la misma entidad, caja o fondo público.

1.2 El mentado fondo trasladó la solicitud al Fondo Territorial de Pensiones de la Gobernación del Tolima, entidad que de igual manera negó la mentada prestación económica.

1.3 Instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Fondo Territorial de Pensiones del Departamento del Tolima, por considerar que acreditaba el cumplimiento de los requisitos contenidos en la Ley 33 de 1985. En primera instancia, el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Ibagué negó las pretensiones de la demanda al considerar que los tiempos de servicio certificados arrojaban un total de 6003 días, que corresponden a 16 años, 8 meses y 3 días, esto es, inferior a los 20 años que exige la norma. Esta decisión fue confirmada en segunda instancia por el Tribunal Administrativo del Tolima.

1.4 En mayo de 2017 realizó nuevamente la solicitud de reconocimiento de pensión vitalicia de jubilación ante el Fondo Territorial de Pensiones Públicas del Municipio de Ibagué, esta vez, teniendo como fundamento los artículos 12, 17, 29 y 36 de la Ley 6ª de 1945[55]. El fondo aludido le indicó que esa solicitud había sido denegada con anterioridad en la Resolución 025 de 2005 y que dicho acto administrativo gozaba de presunción de legalidad, quedando de ese modo agotada la vía gubernativa.

1.5 Con sustento en lo anterior, solicitó suspender los efectos de la Resolución 025 de abril de 2005 y ordenar a la accionada: i) dar trámite a la nueva solicitud de reconocimiento de pensión vitalicia de jubilación; ii) que como consecuencia de ello, se reconozca el pago de la prestación económica solicitada y demás acreencias laborales

derivadas; y iii) afiliarlo a él y a su cónyuge al sistema de salud. Además, pidió al juez de tutela i) proferir un fallo extra y ultra petita en caso de hallar más derechos fundamentales vulnerados no mencionados en la demanda, y ii) señalar expresamente en la sentencia que los efectos de la misma perdurarán hasta tanto el juez administrativo no dirima el objeto de la controversia.

1.6 El Secretario de Hacienda Municipal de Ibagué indicó que esa entidad no ha participado en la vulneración del derecho fundamental que el actor alega como quebrantado, razón por la cual remitió el traslado de la demanda a la Secretaría Administrativa del Municipio de Ibagué.

1.7 La Secretaria Administrativa del Municipio de Ibagué, actuando como representante legal del Fondo Territorial de Pensiones de ese municipio, adujo que no podía reconocer y pagar la pensión que el señor Tirso Rubio Vanegas reclamaba, pues cuando se trata de computo de aportes públicos y privados como sucede en el caso del demandante, la competencia la tiene la Administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

1.8 El Juzgado Primero Civil Municipal de Ibagué negó la protección invocada al considerar que el demandante no acreditó el requisito de inmediatez de la acción, toda vez que habían pasado 12 años desde que se expidió la resolución mediante la cual le fue negada la aludida prestación económica. Por otro lado, indicó que no se acreditaron los requisitos de ley para acceder a la pensión solicitada. Esta decisión fue confirmada por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Ibagué con sustento en las mismas razones.

1.9 El magistrado sustanciador dispuso vincular al Fondo Territorial de Pensiones de la Gobernación del Tolima y a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-. Sin embargo, las partes guardaron silencio.

1.10 Posteriormente, el señor Tirso Rubio Vanegas allegó un escrito donde manifestó que su última cotización al sistema de pensiones fue el 30 de octubre de 1994 estando al servicio del Municipio de Ibagué. Precisó que los años de servicio prestados en la ciudad de Armero en la Contraloría Departamental, esto es, de 1950 a 1953, se vio en la necesidad de acreditarlos a través de declaraciones extra juicio, porque no existía un registro oficial de su vinculación en tanto esta se dio mediante un contrato verbal. Manifestó que desde

entonces no ocupó ningún cargo público o privado, razón por la cual no siguió efectuando cotizaciones, circunstancia ajena a su voluntad debido a su avanzada edad y su condición de salud. Aclaró que para su sostenimiento y el de su esposa Gloria Romero de Rubio, también de la tercera edad, dependen de la ayuda de sus hijos.

1.11 La Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- indicó que revisado el expediente del señor Tirso Rubio Vanegas se advierte que en su historia laboral tan solo se registran 66.43 semanas de cotización entre 1981 y 1983 ante el Instituto de Seguros Sociales. Luego de hacer un recuento de las semanas que el accionante afirma haber cotizado, la entidad concluyó que el actor cuenta con 20.325 de servicio. Luego de lo anterior, indicó que el régimen que beneficia en mayor medida al accionante es la Ley 71 de 1988, pues en su opinión cumple con los requisitos establecidos en esa normatividad para acceder a la pensión de vejez. Por otro lado, puso de presente que ante la poca densidad de semanas recogidas por el actor ante el régimen de prima media con prestación definida, Colpensiones no estaría legitimada para estudiar, reconocer y pagar la prestación solicitada. Lo anterior, porque el señor Rubio cuenta con mayores aportes a otros fondos como sucede con el Fondo de Pensiones Públicas del Municipio de Ibagué, quien fue su último empleador.

2. Análisis de la procedencia de la acción de tutela en el caso concreto

2.1 Sobre el requisito de subsidiariedad, la Sala debe recordar que si bien el derecho a la seguridad social ostenta un carácter fundamental esa particularidad no puede ser confundida con la posibilidad de hacerlo efectivo, en todos los casos, a través de la acción de tutela, en tanto para ello el legislador previó otros mecanismos de defensa judicial.

No obstante, por medio del mecanismo constitucional puede ser utilizado excepcionalmente para el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, siempre y cuando se acredite que el agotamiento de los medios ordinarios supone una carga excesiva para quien solicita la protección de sus derechos, o porque se encuentra ante la inminente ocurrencia de un perjuicio irremediable.

De ese modo, la procedencia de la acción de tutela dependerá de los siguientes elementos: i) que la falta de pago de la prestación genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital; ii) que el accionante haya

desplegado cierta actividad administrativa y judicial con el objetivo de que le sea reconocida la prestación reclamada; iii) que se acredite siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados; iv) y que exista una mediana certeza sobre el cumplimiento de los requisitos de reconocimiento del derecho reclamado[56].

En el caso sub examine encuentra la Sala que el estudio de la acción de tutela instaurada por el señor Tirso Rubio Vanegas es procedente por las razones que se pasan a exponer:

(i) Según fue manifestado por el accionante, desde 1994 no ha ocupado ningún cargo público o privado, razón por la cual no siguió efectuando cotizaciones, circunstancia que era ajena a su voluntad debido a que por su avanzada edad (81 años) y su condición de salud no podía seguir laborando. Así mismo, aclaró que para su sostenimiento y el de su esposa Gloria Romero de Rubio, dependen de la ayuda de sus hijos. Lo expuesto permite evidenciar que la falta de pago de la prestación solicitada ha generado una afectación del derecho fundamental al mínimo vital del actor, en la medida que para su subsistencia y la de su esposa ha dependido durante muchos años de la ayuda de terceras personas, teniendo presuntamente la posibilidad de asumirlo por cuenta propia.

(ii) El señor Rubio Vanegas ha desplegado la actividad administrativa y judicial necesaria para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de vejez. En febrero de 2005 radicó una solicitud ante el Fondo Territorial de Pensiones Públicas del Municipio de Ibagué, entidad que negó la pensión reclamada, arguyendo que no cumplía con los requisitos establecidos en la Ley 33 de 1985, y en el mismo sentido se pronunció el Fondo Territorial de Pensiones de la Gobernación del Tolima. Posteriormente, inició un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que negaron la prestación solicitada, proceso que culminó en septiembre de 2011 y en el cual se negaron las pretensiones de la demanda. Más adelante, en mayo de 2017 realizó una nueva solicitud ante el Fondo Territorial de Pensiones Públicas del Municipio de Ibagué, esta vez, con sustento en otra normatividad, recibiendo como respuesta que ya existía un pronunciamiento sobre el particular y, por lo tanto, se entendía agotada la vía gubernativa.

(iii) Debido a la avanzada edad del accionante, pues actualmente tiene 81 años, y que en razón de ello es un sujeto de especial protección constitucional, resulta desproporcionado exigirle acudir nuevamente a la vía gubernativa, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo o a la ordinaria laboral, para que en tales instancias se defina el derecho pensional solicitado con sustento en una norma distinta a la inicialmente solicitada. Lo anterior aunado a que, como se expuso, el actor ya ha desplegado cierta actividad administrativa y judicial para hacerse acreedor de la pensión de vejez.

(iv) De acuerdo con lo expuesto en los hechos del escrito de tutela y de las pruebas aportadas en el expediente, para la Sala existe una mediana certeza sobre el cumplimiento de los requisitos de reconocimiento del derecho reclamado, en tanto prestó sus servicios y cotizó por un periodo cercano a 20 años. Bajo ese entendido, es plausible ahondar en el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión solicitada.

2.2 En cuanto al requisito de inmediatez, es preciso señalar que si bien el Decreto Estatutario 2591 de 1991 establece que la acción de tutela puede ser interpuesta en cualquier tiempo, ello debe suceder en un tiempo razonable, contado desde que acaecieron los hechos causantes de la trasgresión o desde que la persona sienta amenazados sus derechos.[57] La importancia de esta exigencia radica en que: i) garantiza una protección urgente de los derechos fundamentales presuntamente amenazados o vulnerados; ii) evita una lesión desproporcionada a atribuciones jurídicas de terceros; iii) resguarda la seguridad jurídica; y iv) desestima las solicitudes negligentes[58].

Bajo ese entendido, para esta Corporación no existe un término de caducidad para acudir a este amparo constitucional. Cada caso concreto debe ser analizado bajo sus propias particularidades, teniendo en cuenta todos los matices y circunstancias que puedan presentarse en el curso del acontecimiento de los hechos.

Esta Corporación ha explicado además que es aceptable un extenso espacio de tiempo transcurrido entre el hecho que genera la vulneración y la presentación de la acción de tutela, bajo dos circunstancias específicas[59]: “(i) que se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual, (ii) que la especial situación

de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros”[60].

3. Análisis de la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital

3.1 De conformidad con las pruebas que obran en el expediente, se demostró que el señor Tirso Rubio Vanegas laboró en diferentes entidades públicas y privadas, según se expone a continuación:

Entidad

Tiempo laborado

Agente de tránsito municipal de Armero, Tolima[61]

- 10 de noviembre a 31 de diciembre de 1955
- 1 de febrero al 11 de septiembre de 1956

Operario de ICASA[62]

- 18 de mayo de 1959 a 22 de mayo de 1961

Perito de pases municipales de Armero, Tolima[63]

- 7 de marzo a 31 de diciembre de 1963

Jefe de la sección de automotores de la Dirección de Tránsito Departamental[64]

- 16 de enero a 31 de diciembre de 1964
- 1 de enero a 31 de diciembre de 1965
- 1 de enero a 31 de diciembre de 1966

- 1 de enero a 31 de diciembre de 1967
- 1 de enero a 31 de diciembre de 1968
- 1 de enero a 10 de agosto, y 5 al 18 de noviembre de 1969

Perito Instituto Departamental de Tránsito[65]

- 7 de febrero a 31 de diciembre de 1974
- 1 de enero a 31 de diciembre de 1975
- 1 de enero a 30 de mayo de 1976

Operario de latonería en Auto Fusa Ltda[66].

- 21 de noviembre de 1981 a 28 de febrero de 1983

Almacenista de la Secretaría de Obras Públicas del Municipio de Ibagué[67]

- 22 de junio de 1990 a 9 de septiembre de 1991
- 11 de septiembre a 10 de diciembre de 1991

Jefe de División Administrativa de la Secretaría de Obras Públicas del Municipio de Ibagué[68]

- 5 de junio a 30 de septiembre de 1992

Secretario General - Jefe de Personal de la Caja de Previsión Social Municipal de Ibagué[69]

- 1 de octubre de 1992 a 31 de octubre de 1994

3.2 De los tiempos reseñados se tiene que el señor Tirso Rubio Vanegas prestó sus servicios en entidades públicas y privadas por 6.003 días, correspondientes a 16 años, 8 meses y 3 días, esto es, 840.42 semanas

Ahora bien, el actor allegó las declaraciones extraprocesales de los señores Eduardo Portela y José Ariel Osorio, rendidas el 27 de marzo de 1995 ante la Notaría Segunda del Círculo de Ibagué, y de los señores Gustavo Cardoso, rendida el 3 de febrero de 2016 y Dagoberto Vanegas, rendida el 11 de febrero de 2016, ante la misma Notaría.

De la primera, se destaca lo siguiente: “Conozco de vista, trato, comunicación y directamente al señor Tirso Rubio Vanegas, tal conocimiento tiene más de 45 años. (...) El señor Rubio Vanegas trabajaba en el municipio [Armero], concretamente en menesteres del Acueducto. Esto sucedió en el periodo comprendido de todo el mes de marzo de 1950 hasta octubre de 1953 (...)”[70].

De lo afirmado por el señor Gustavo Cardoso se resalta: “conozco de trato, vista y comunicación al señor Tirso Rubio Vanegas desde mediados del año 1963. (...) Yo indagué particularmente sobre la historia laboral de don Tirso, por cuanto pude comprobar sobre su conocimiento, responsabilidad y capacidad laboral administrativa, así como en el peritaje en el ramo de automotores, motivación que me condujo a proponerlo como candidato para que me sucediera en el cargo de Jefe de Automotores de la Dirección Departamental aquí en Ibagué”. Sobre el estado de salud del accionante manifestó lo siguiente: “es un adulto mayor de 80 años, por su avanzada edad y quebrantos de salud no tiene ocupación alguna, viven en una casa que no es propia, su situación económica es de extrema pobreza”[72].

En la última, el señor Dagoberto Vanegas expone: “De buena fe me consta que mi primo y compadre Tirso comienza a trabajar siendo aún menor de edad a los 14 años, por allá en el año 1950, como ayudante del fontanero del Acueducto del Municipio, Gregorio Páez Cruz”. Por otro lado, se destaca: “Ni Tirso ni su esposa gloria tienen bienes de fortuna ni pensión jubilatoria, la condición económica que sobrellevan es de extrema pobreza, para el sustento diario dependen del auxilio que prodigan sus hijos, la salud de Tirso es muy crítica en razón de que hace unos diez años le sobrevino un infarto, quedándole una secuela crónica en la aorta o aneurisma”[73].

3.3 Visto lo anterior, el señor Tirso Rubio Vanegas prestó sus servicios en entidades públicas y privadas por 6.003 días, correspondientes a 16 años, 8 meses y 3 días. En cuanto al periodo comprendido entre 1950 y 1953, el accionante indicó que se vio en la necesidad de acreditarlos a través de las declaraciones extra juicio previamente citadas, porque para

esa época las vinculaciones de los obreros se hacían a través de contrato verbal o escrito y el salario era pagado semanalmente a través de planillas de jornales. Explicó que en su caso no existía un registro oficial porque fue vinculado mediante un contrato verbal. Al respecto, es necesario hacer las siguientes precisiones:

(i) El accionante allegó una copia de la exposición de motivos presentada por el Gobernador del Tolima ante la Asamblea Departamental, donde puso de presente que resultaba conveniente fijar a Guayabal como la sede del Gobierno Municipal de Armero, en razón la destrucción total de esta ciudad como consecuencia de la tragedia ocurrida el 13 de noviembre de 1985. Así mismo, allegó la copia de un escrito presentado por el Gobernador del Tolima ante la Asamblea Departamental, mediante el cual solicitó que se designara el corregimiento de Guayabal como cabecera municipal del Municipio de Armero. Por último, anexó la copia de la Ordenanza No. 15 de 1986, por medio de la cual la Asamblea del Tolima designa a Guayabal como cabecera municipal de Armero.

(ii) Si bien es de público conocimiento la destrucción de la ciudad de Armero y que a raíz de ello desaparecieron una gran cantidad de archivos de las diferentes entidades de ese municipio, en el asunto objeto de revisión no existe una conexidad entre lo mencionado y la falta de acreditación de los tiempos laborados por el accionante entre el 5 de marzo de 1950 y el 28 de octubre de 1953.

El actor mencionó que no existen registros sobre su vinculación verbal como ayudante de fontanero, pero no adujo, en las solicitudes radicadas ante las entidades accionadas, en los recursos interpuestos contra los actos administrativos que las resolvieron, ni en la acción de tutela que ahora se revisa, que dicha ausencia correspondiera a la pérdida de los registros con ocasión de los hechos ocurridos en 1985. De los documentos que se mencionaron en el ítem anterior y de lo expuesto en las declaraciones extraprocesales previamente citadas tampoco se deduce que la falta de los comprobantes de la vinculación sean consecuencia de la destrucción de Armero, pues en los primeros solo se hace referencia al cambio de cabecera municipal, y en las segundas, no se menciona nada al respecto.

(iii) La Ley 50 de 1886, estableció el procedimiento para la acreditación del tiempo de servicio prestado por un empleado a una entidad a través de una prueba supletoria, en los

siguientes términos:

“ARTÍCULO 8. En el caso de que se pruebe que los archivos donde han debido reposar las pruebas preestablecidas de los hechos que deben comprobarse con arreglo a esta ley o al Código Militar, han desaparecido, el interesado debe recurrir a aquellos documentos que pueden reemplazar los perdidos o hacer verosímil la existencia de éstos, ocurriendo para ello a las otras oficinas o archivos donde pueden hallarse estas pruebas. La prueba testimonial no es admisible sino en caso de falta absoluta bien justificada de prueba[s] preestablecidas y escritas; dicha prueba testimonial debe llenar, además de las condiciones generales, las que se especifican en el artículo siguiente. La prueba supletoria es también admisible cuando se acredite de un modo satisfactorio que no se pudo establecer oportunamente prueba escrita y las razones por las cuales esto sucedió.”

A su vez, el artículo 264 del Código Sustantivo del Trabajo también indica la procedencia de la prueba supletoria cuando se trate de reemplazar la certificación del tiempo laborado, a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión de jubilación, así: “Archivos de las empresas. 1. Las empresas obligadas al pago de la jubilación deben conservar en sus archivos los datos que permitan establecer de manera precisa el tiempo de servicio de sus trabajadores y los salarios devengados. 2. Cuando los archivos hayan desaparecido o cuando no sea posible probar con ellos el tiempo de servicio o el salario, es admisible para probarlos cualquiera otra prueba reconocida por la ley, la que debe producirse ante el juez del trabajo competente, a solicitud escrita del interesado y con intervención de la empresa respectiva”.

Esta Corporación ha sostenido que para ser acreedor de una pensión se requiere que la solicitud se acompañe de los documentos que acrediten el lleno de los requisitos legales por el petitionerio, entre otras, las certificaciones en las que conste el tiempo de servicio prestado. En caso de que una de las entidades no puede expedirla debido a que los documentos que reposaban en sus archivos desaparecieron o se incendiaron, la entidad deberá hacer constar tal hecho y, en consecuencia, se deberá tener en cuenta que a falta de prueba principal, se podrá reemplazar con las denominadas pruebas supletorias, cuales son las sucedáneas para comprobar el hecho[74].

El Juzgado Noveno Administrativo de Ibagué negó las pretensiones de la demanda,

mediante sentencia del 12 de agosto de 2010, al considerar que los tiempos de servicio certificados arrojaban un término inferior a los 20 años que exige la Ley 33 de 1985. Sobre el tiempo restante, el juzgado planteó como problema jurídico la prueba supletoria para su acreditación. Sobre el particular expuso lo siguiente:

“En principio se tiene claro que la prueba por excelencia para demostrar que el tiempo de servicio lo es la documental, esto es, los actos administrativos de vinculación y desvinculación. (...)

Desde el año de 1886 la ley 50 previó la posibilidad de emplear las pruebas testimoniales relativas a hechos que funden derecho a obtener pensión, pero esta prueba testimonial no es admisible para comprobar hechos que deben constar en documentos o por pruebas preestablecidas por las leyes; [es decir] dichas pruebas testimoniales, y al no existir ninguna circunstancia que impidiera el aporte de la prueba documental, que es lo que permite la existencia de esta prueba como supletoria de la prueba documental, no serán tenidas en cuenta como prueba válida para demostrar el tiempo de servicio pretendido. (...)

En el caso sub examine, la parte demandante, no probó que los archivos donde han debido reposar las pruebas preestablecidas de los hechos que deben comprobarse, han desaparecido, siendo que la prueba testimonial es admisible solo en caso de falta absoluta, bien justificada de las pruebas preestablecidas y escritas”[75].

Esta decisión fue confirmada por el Tribunal Administrativo del Tolima en sentencia del 23 de septiembre de 2011, en los siguientes términos:

“[El artículo 8 de la Ley 50 de 1886] dice: ‘la prueba supletoria es también admisible cuando se acredite de un modo satisfactorio que no se pudo establecer oportunamente prueba escrita y las razones por las cuales esto sucedió’; lo de lo cual no aparece prueba de la desaparición de los archivos de la Contraloría, entidad que más sin embargo sí certifica tiempos laborados por el actor, pero no en la época que él afirma; es decir, en los archivos de la Contraloría Departamental reposa información sobre el señor Rubio Vanegas pero a partir de 1955, pero no extrañamente para los años 1950 a 1953.

Denota la Sala al estudiar dichas declaraciones, que ellas dan cuenta que el señor Rubio

para el año 1950, era auxiliar de fontanero en propiedad, circunstancia que resulta inexplicable por cuanto quiere decir que el demandante desempeñó dicho cargo a los 14 años de edad, puesto que nació en el año de 1936, situación contraria a la ley ya que era menor de edad, máxime que la mayoría se adquiría a los 21 años para dicha época.

Así las cosas, la Sala desestima la prueba supletoria testimonial obrante en el proceso, no solo por la circunstancia señalada anteriormente, sino además porque no indican las condiciones de su vinculación con dicho ente territorial de manera clara y precisa; por el contrario, deja la percepción que Tirso Rubio, niño para la época, trabajó bajo las órdenes del fontanero, sin que se sepa si hacía parte de la planta de personal del Municipio de Armero"[76].

Bajo ese entendido, la prueba supletoria, que en este caso son las declaraciones extraprocesales, sería admisible cuando exista falta absoluta de las pruebas documentales, por ejemplo, por la desaparición de los archivos. En el asunto bajo estudio, como se mencionó anteriormente, la ausencia del registro no está relacionada con ocasión de la desaparición de Armero u otra circunstancia. Por esa razón, la Sala considera que el tiempo laborado entre 1950 y 1953 no puede ser tenido en cuenta como un periodo efectivamente laborado para efectos de la verificación del cumplimiento de los requisitos para obtener la pensión de vejez.

3.4 Teniendo en cuenta lo expuesto procederá la Sala a estudiar el cumplimiento de los requisitos para la pensión de vejez.

El señor Tirso Rubio Vanegas es beneficiario del régimen de transición, en tanto para el momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, el 1 de abril de 1994, tenía 58 años de edad.

Dentro de los regímenes pensionales que regulaban el reconocimiento de la pensión de vejez antes de regir la Ley 100 de 1993, se encuentran: i) la Ley 33 de 1985 que dispuso la pensión para los servidores públicos que cumplieran el requisito de haber laborado durante veinte años o más para entidades del Estado; ii) la Ley 71 de 1988, que permitía la acumulación de tiempos laborados en entidades públicas así como las sufragadas al ISS por parte de empleadores privados; y iii) el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, que reglaba las prestaciones sociales de los trabajadores privados, cuyos patronos

trasladaron los riesgos de vejez, invalidez y muerte al Instituto de los Seguros Sociales y reconocía las prestaciones a los trabajadores que cotizaron a dicho régimen en calidad de independientes[77].

3.4.1 El artículo 17, literal b) de la Ley 6 de 1945 estableció como requisitos para acceder a la pensión de jubilación, haber cumplido 50 años de edad y prestado 20 años de servicio continuo o discontinuo. La edad de jubilación fue modificada por la Ley 33 de 1985, que la fijó en 55 años. No obstante, estableció una transición ante el cambio legislativo, señalando que a los empleados oficiales que a partir de la fecha de vigencia de la ley hubieran cumplido quince años continuos o discontinuos de servicios, se les continuarían aplicando las disposiciones relativas a la edad de jubilación que regían con anterioridad a la misma.

Para la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985 el señor Triso Rubio Vanegas no acreditaba 15 años de servicio para ser beneficiario del régimen anterior, esto es, la Ley 6 de 1945, por cuanto acreditaba para ese momento 4.560 días, lo que corresponde a 651 semanas de cotización o 12 años y medio de servicios.

3.4.2 Ahora bien, el régimen contenido en la Ley 33 de 1985[78] estipulaba en el artículo 1° que el empleado oficial que hubiere servido 20 años continuos o discontinuos y llegara a la edad de 55 años, tanto para hombres como para mujeres, tendría derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pagara una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. Revisados los tiempos laborados por el accionante como empleado oficial, se encuentra que estos corresponden a 13 años y 5 meses, aproximadamente (descontando el tiempo laborado con empleadores privados, esto es, Auto Fusa Ltda., e ICASA).

3.4.3 Lo mismo sucede con la Ley 71 de 1988[79] en virtud de la cual los empleados oficiales y públicos y los trabajadores particulares que acreditaran 55 años de edad para las mujeres y 60 para los hombres, y 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo en una o varias entidades de previsión social o de las que hagan sus veces, con los efectuados ante el Instituto de Seguros Sociales, tendrían derecho a acceder a la prestación jubilatoria mediante la acumulación de aportes y cotizaciones derivados de la relación contractual particular u oficial y la legal y reglamentaria[80]. Como se mencionó, el actor prestó sus

servicios en entidades públicas y privadas por 6.003 días, correspondientes a 16 años, 8 meses y 3 días.

3.4.3 El Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante el Decreto 758 de ese año, consagró en el artículo 12 las exigencias para acceder a la pensión de vejez, así: i) 60 años o más de edad si se es varón, o 55 años o más años de edad, si es mujer; y ii) un mínimo de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas o haber acreditado un número de 1000 semanas de cotización sufragadas en cualquier tiempo.

Si bien esa normatividad reglaba las prestaciones sociales de los trabajadores privados, cuyos patronos trasladaron los riesgos de vejez, invalidez y muerte al Instituto de los Seguros Sociales y reconocía las prestaciones a los trabajadores que cotizaron a dicho régimen en calidad de independientes, también es posible analizar el cumplimiento de los requisitos en ella contenidos acumulando los tiempos cotizados en entidades públicas. Así, en gracia de discusión, la Sala evaluará si el accionante los cumple.

El señor Tirso Rubio Vanegas acredita la edad, en tanto actualmente tiene 81 años. No obstante, en cuanto a las semanas de cotización esta Corporación encuentra que, teniendo en cuenta que cumplió los 60 años el 26 de marzo de 1996 y que solamente deben contabilizarse las semanas laboradas o cotizadas dentro de los 20 años anteriores a esa fecha -esto es, entre el 26 de marzo de 1976 y el 26 de marzo de 1996-, resulta un total de 260 semanas de cotización aproximadamente, por lo que no alcanza a las 500 que exige la ley. De igual forma, el total laborado por el accionante es de 840.42 semanas, por lo que tampoco se acreditan las 1000 semanas de cotización en cualquier tiempo.

3.5 A pesar de todo el tiempo cotizado, de estar próximo a pensionarse y del esfuerzo que ello implica físicamente para el actor, no reúne los requisitos establecidos en la normatividad para acceder a la pensión de vejez.

Como se expuso previamente, cuando una persona no logra reunir las exigencias dispuestas por el Legislador para acceder a la pensión de vejez, puede optar por el reconocimiento de la indemnización sustitutiva consagrada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, en virtud del cual: “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”. Lo anterior, encuentra fundamento en que las entidades a las que se le realizaron los aportes incurren en un enriquecimiento sin causa al retener los recursos que constituyen un ahorro del trabajador, pues es este a quien le correspondería, en primer lugar, disfrutarlos.

Sobre el particular, es preciso mencionar que las entidades accionadas, particularmente el Fondo Territorial de Pensiones del Municipio de Ibagué y el Fondo Territorial de Pensiones de la Gobernación del Tolima, al constatar que el accionante no acreditaba los requisitos para acceder a la prestación solicitada, debieron evaluar la posibilidad de otorgarle la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, o por lo menos, informarle sobre esa opción para que decidiera lo que en su parecer era lo más conveniente, de tal forma que obtuviera la devolución de los descuentos que se hicieron a los distintos fondos. Esto, máxime si se tiene en cuenta que el actor ha manifestado su imposibilidad de continuar cotizando debido a su avanzada edad, su estado de salud y su difícil situación económica que lo ha llevado a depender de sus hijos para proveerse los medios de subsistencia.

Bajo ese entendido, estima la Sala que las mencionadas entidades vulneraron los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del señor Tirso Rubio Vanegas al no evaluar la posibilidad de otorgarle la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, o por lo menos, informarle sobre la opción de obtener el reconocimiento de esa compensación económica.

4. Conclusiones

4.1 En esta oportunidad a la Sala Octava de Revisión le correspondió estudiar el caso de una persona que solicitó el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes, en aplicación del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, la cual fue negada por los Fondos Territoriales de Pensiones de Ibagué y de la Gobernación del Tolima, por no acreditar los requisitos establecidos en la Ley 33 de 1985. Según el accionante, las entidades no tuvieron en cuenta el tiempo laborado en el Municipio de Armero como ayudante de fontanero, con el cual completaba más de 20 años de servicio. Los jueces de

instancia negaron el amparo invocado al considerar que no se acató el presupuesto de inmediatez.

4.2 El derecho a la seguridad social busca proteger al trabajador cuando por algún evento o contingencia que mengua su salud, calidad de vida o capacidad económica, requiere de la ayuda del Estado y de la comunidad para proveerse los medios mínimos que le garanticen una subsistencia en condiciones dignas. La procedencia de la acción de tutela para obtener la protección del derecho a esta garantía constitucional es excepcional y depende de las circunstancias propias de cada asunto, debiendo el juez evaluar criterios como la edad, el estado de salud, la composición del núcleo familiar, la situación económica, así como cualquier aspecto que permita identificar por qué este debe ser el mecanismo principal o transitorio de protección.

4.3 La pensión de vejez fue instituida como un mecanismo de protección para aquellos trabajadores que durante su vida laboral ahorraron con el fin de obtener, llegado el momento, un ingreso que les permitiera suplir sus necesidades básicas. Sin embargo, cuando una persona no logra acreditar el mínimo de semanas de cotización exigidos en el sistema general de pensiones o en alguno de los regímenes anteriores a su entrada en vigencia puede optar por la indemnización sustitutiva como una herramienta compensatoria. Esta prestación tiene fundamento en que es el trabajador quien debe disfrutar de sus ahorros, razón por la cual estos no pueden ser retenidos por los empleadores, so pena de incurrir en un enriquecimiento sin justa causa.

4.4 Analizados los requisitos establecidos en cada uno de los regímenes anteriores a la Ley 100 de 1993 para acceder a la pensión de jubilación, la Sala encontró que el accionante no acreditó el cumplimiento en ninguno de ellos. Sin embargo, concluyó que el Fondo Territorial de Pensiones del Municipio de Ibagué y el Fondo Territorial de Pensiones de la Gobernación del Tolima, vulneraron los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del señor Tirso Rubio Vanegas, pues a pesar de constatar que este no acreditaba los requisitos para acceder a la prestación solicitada, omitieron evaluar la posibilidad de otorgarle la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, o por lo menos, informarle sobre esa opción para que decidiera lo que en su parecer era lo más conveniente.

5. Órdenes a impartir

En virtud de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión procederá a revocar las decisiones proferidas en sede de tutela por el Juzgado Primero Civil Municipal de Ibagué y el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de la misma ciudad. En su lugar, concederá el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del señor Tirso Rubio Vanegas, en los términos expuestos en la parte considerativa de esta providencia

En consecuencia, ordenará al Fondo Territorial de Pensiones Públicas del Municipio de Ibagué, como última entidad de previsión social a la cual se hicieron los aportes en virtud de la vinculación el accionante con el mencionado municipio, que expida un proyecto de acto administrativo mediante el cual reconozca la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a que tiene derecho el señor Tirso Rubio Vanegas de acuerdo con los tiempos de servicio que se encuentren debidamente acreditados, respecto de los cuales no se hubiere hecho restitución alguna, incluido el tiempo durante el cual cotizó a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-. Dicha prestación se deberá liquidar de acuerdo con las reglas contenidas en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes. Luego de surtido el procedimiento para el reconocimiento de la cuota parte, en un término no mayor a un mes deberá expedir la resolución que reconozca la indemnización sustitutiva y efectuar el respectivo pago.

IV. DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida el 15 de agosto de 2017 por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Ibagué, que a su vez confirmó la emitida el 5 de julio de 2017 por el Juzgado Primero Civil Municipal de Ibagué. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del señor Tirso Rubio Vanegas, en los términos expuestos en esta providencia.

Segundo.- En consecuencia, ORDENAR al Fondo Territorial de Pensiones Públicas del

Municipio de Ibagué, como última entidad de previsión social a la cual se hicieron los aportes en virtud de la vinculación el accionante con el mencionado municipio, que dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de este fallo expida un proyecto de acto administrativo mediante el cual reconozca la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a que tiene derecho el señor Tirso Rubio Vanegas de acuerdo con los tiempos de servicio que se encuentren debidamente acreditados, respecto de los cuales no se hubiere hecho restitución alguna, incluido el tiempo durante el cual cotizó a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-. Dicha prestación se deberá liquidar de acuerdo con las reglas contenidas en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes. Luego de surtido el procedimiento para el reconocimiento de la cuota parte, según lo expuesto en el acápite número 6 de esta providencia, en un término no mayor a un mes deberá expedir la resolución que reconozca la indemnización sustitutiva y efectuar el respectivo pago.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

En comisión

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Con el fin de dar mayor claridad a los hechos descritos por el accionante en el escrito de la tutela, la Sala hará una complementación de los mismos de acuerdo con lo evidenciado en el expediente.

[2] Según consta en la cédula de ciudadanía, el accionante nació el 26 de marzo de 1936. Ver cuaderno de primera instancia, folio 66.

[3] “Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público”.

[4] “Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968”. Este último “por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”.

[5] “Por medio del cual se reglamentan los artículos 36 y 52 de la Ley 100 de 1993, parcialmente el artículo 17 de la Ley 549 de 1999 y se dictan otras disposiciones”.

[6] “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo”.

[7] El Decreto 2591 de 1991 no prevé la posibilidad de proponer excepciones en ningún caso dentro del trámite de la acción de tutela; no obstante, la Corte acoge los argumentos expuestos por el actor en dicho memorial como adición a su solicitud.

[8] Conformada por los magistrados Alberto Rojas Ríos y Alejandro Linares Cantillo.

[9] La Sala de Selección de Tutelas Número Once ordenó su acumulación con el expediente T-6.416.859. Sin embargo, a través de Auto del 2 de febrero de 2018, el magistrado sustanciador decretó la separación procesal al considerar que no existía identidad de hechos ni unidad de materia.

[10] En ese auto se explicó que de las resoluciones mediante las cuales se negó el reconocimiento de la pensión de vejez al accionante se evidenciaba que la mayor parte del tiempo laborado por este en el sector público fue en la Gobernación del Tolima, donde cotizó 7 años, 11 meses y 3 días. En ese orden de ideas y teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 7 de Ley 71 de 1988, y los artículos 1 y 10 del Decreto 2709 de 1994, el asunto podría involucrar al Fondo Territorial de Pensiones de la Gobernación de ese departamento. Indicó además que lo mismo sucedía con Colpensiones pues del material probatorio que obra en el expediente se constató que una parte de las cotizaciones realizadas por el accionante lo fueron ante esa administradora de pensiones.

[11] Cuaderno de la Corte Constitucional. Folio 10.

[12] Ibíd. Folios 11 y 12.

[13] Ibíd. Folio 13 y 14.

[14] Ibíd. Folio 15.

[16] Ibíd. Folio 19 a 23 y 25 a 28

[17] Ibíd. Folio 18.

[18] Ibíd. Folios 29 a 36.

[19] Ibíd. Folios 37 al 70.

[20] Sobre el derecho a la seguridad social se pueden consultar, entre muchas otras, las sentencias T-628 de 2007, T-053 de 2010, T-295 de 2011, T-543 de 2012, T-164 de 2013, SU-918 de 2013, T-482 de 2015, T-173 de 2016, T-150 de 2017, T-379 de 2017.

[21] 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. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley”.

[22] Sentencia T-173 de 2016.

[23] Ibídem.

[24] Sentencia T-628 de 2007.

[25] Ver las sentencias T-164 de 2013 y SU-918 de 2013.

[26] Sentencia T-079 de 2016.

[27] Sobre la figura del perjuicio irremediable y sus características, la Corte, en sentencia

T-786 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda) expresó: “Dicho perjuicio se caracteriza, según la jurisprudencia, por lo siguiente: (i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.”. En un sentido semejante pueden consultarse las sentencias T-225/93 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), SU-544/01 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), T-1316/01 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes), T-983/01 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), entre otras.

[28] Sentencia T-079 de 2016.

[29] Ibídem.

[30] Sentencia T-482 de 2015.

[31] Sentencia T-379 de 2017.

[32] Ibídem.

[33] Sentencia C-546 de 1992.

[34] T-122 de 2016.

[35] Al respecto ver, entre muchas otras, las sentencias T-583 de 2010, T-334 de 2011, T-201 de 2012, T-360 de 2012 y T-408 de 2012, reiteradas en la sentencia SU-769 de 2014.

[36] Sentencia C-789 de 2002. Reiterada en la sentencia SU-769 de 2014.

[37] Sentencia T-979 de 2011.

[38] “Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público”.

[39] “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo,

asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo”.

[40] Artículo 17. “Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: (...) b) Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados, sin bajar de treinta pesos (\$ 30) ni exceder de doscientos pesos (\$ 200) en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión”.

[41] Cfr. Sentencia T-214 de 2015.

[42] “Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones”.

[43] Ver las sentencia C-623 de 1998 y C-786 de 2014.

[44] Sentencia T-122 de 2016. Ver además las sentencias T-850 de 2008, T-1075 de 2012, T-083 de 211, T-062 de 2012 y T-865 de 2013.

[45] Sentencia T-164 de 2017. Ver además las sentencias T-099 de 2008, T-850 de 2008, T-180 de 2009, T-059 de 2011, T-681 de 2013 y T-122 de 2016.

[46] Este acápite se fundamenta en las consideraciones expuestas en la sentencia T-149 de 2012.

[47] Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.

[48] Sentencia T-149 de 2012

[49] Folios 188-195, cuaderno 2.

[50] “Artículo 75. 1. La pensión de jubilación correspondiente se reconocerá y pagará al empleado oficial por la entidad de previsión social a la cual estuvo afiliado al tiempo de

cumplir el tiempo de servicios requerido por la ley, si para entonces se hubiere retirado del servicio oficial sin tener la edad exigida para tal fin, o por la entidad de previsión a que esté afiliado al tiempo del retiro, si entonces cumple los requisitos de tiempo de servicios y edad señalados para el goce de la pensión.

3. En los casos de acumulación de tiempo de servicios a que se refiere el Artículo 72, de este Decreto, la entidad o empresa a cuyo cargo esté el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, tiene derecho a repetir contra las entidades y empresas oficiales obligadas al reembolso de la cantidad proporcional que les corresponda, a prorrata del tiempo de servicios en cada una de aquéllas.

En este caso, se procederá con sujeción al procedimiento señalado al efecto en el Decreto 2921 de 1948 y, si transcurrido el término de quince (15) días del traslado a que se refiere el Artículo 3o del citado Decreto la entidad obligada a la cuota pensional no ha contestado, o lo ha hecho oponiéndose sin fundamento legal, se entenderá que acepta el proyecto y se procederá a expedir la resolución definitiva de reconocimiento de la pensión.

El expresado término comenzará a correr desde la fecha en que la entidad correspondiente reciba el proyecto de reconocimiento de la pensión”. (Negritas fuera del texto)

[51] Sentencia T-207 de 2011.

[52] “Que fija reglas generales sobre concesión de pensiones y jubilaciones” modificada por la Ley 49 de 1909.

[53] Sentencia T-207 de 2011. Cfr. Sentencia T-116 de 1997.

[54] Sentencia T-779 de 2014.

[55] “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo”. No es claro en el expediente por qué se solicita la pensión con sustento en dichas normas, ni los fundamentos para concluir que le son aplicables.

[56] Sentencia T-482 de 2015.

[57] Cfr. Sentencias SU-961 de 1999 y SU-339 de 2011.

[58] Sentencia SU-515 de 2013.

[59] En el pasado, la Corte ha considerado procedente la acción de tutela a pesar de la cantidad de tiempo transcurrido entre la presunta vulneración del derecho fundamental y la interposición de la acción de tutela; los casos más representativos de esta situación se encuentran en las tutelas en las que se ha solicitado el reconocimiento de prestaciones periódicas. Por ejemplo, en la sentencia T-1178 de 2004 la Corte resolvió de fondo un asunto laboral en el cual, entre la terminación de los contratos de trabajo y la fecha de interposición de la acción de tutela transcurrieron más de tres años, lapso que se consideró justificado teniendo en cuenta el riesgo en la integridad física que corrían los accionantes por la presentación de la tutela en oportunidad. En sentencia T-164 de 2011, la Corte declaró procedente la acción de tutela de un ciudadano que solicitaba el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, luego de diez años de haberle sido negada. En la sentencia SU-189 de 2012 la Corte concedió el amparo del derecho fundamental a la seguridad social, a pesar del transcurso de nueve meses desde que se profirió la resolución que negó el derecho pensional solicitado por el accionante. Por otro lado, en las sentencias T-109 de 2009, T-374 de 2012, T-463 de 2013 y T-488 de 2015, en las que se solicitó el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional, la Corte pasó por alto el paso del tiempo (7 meses, 6 años, 10 años, 25 años, respectivamente), al considerar que “por tratarse de un caso de indexación de la primera mesada pensional, debe señalarse que la violación iusfundamental que se plantea se extiende indefinidamente en el tiempo y es, por lo tanto, de carácter permanente”. Estas consideraciones han sido reiteradas en las sentencias SU-310 de 2017 y T-499 de 2017, sobre el incremento del 14% por cónyuge o compañero permanente a cargo, en las cuales se estimaron procedentes tutelas interpuestas contra procesos ordinarios laborales finalizados en 2011, 2014 y 2015.

[60] Sentencia T-158 de 2006.

[61] Certificación de la Secretaría Administrativa de la Gobernación del Tolima. Cuaderno de la Corte Constitucional, folio 29.

[62] Certificación del Director de Recursos Humanos de ICASA. Cuaderno de la Corte Constitucional, folio 31.

[63] Certificación de la Secretaría Administrativa de la Gobernación del Tolima. Cuaderno de la Corte Constitucional, folio 29.

[64] Certificación de la Secretaría Administrativa de la Gobernación del Tolima. Cuaderno de la Corte Constitucional, folio 29.

[65] Certificación de la Secretaría Administrativa de la Gobernación del Tolima. Cuaderno de la Corte Constitucional, folio 30.

[67] Certificación de Secretaria General de la Caja de Previsión Social de Ibagué. Cuaderno de la Corte Constitucional, folio 36.

[68] Certificación de Secretaria General de la Caja de Previsión Social de Ibagué. Cuaderno de la Corte Constitucional, folio 36.

[69] Certificación de Secretaria General de la Caja de Previsión Social de Ibagué. Cuaderno de la Corte Constitucional, folio 36.

[70] Declaración extraprocesal rendida el 27 de marzo de 1995 ante la Notaría Segunda del Círculo de Ibagué. Cuaderno de la Corte Constitucional. Folios 50 a 52.

[71] Declaración extraprocesal rendida el 27 de marzo de 1995 ante la Notaría Segunda del Círculo de Ibagué. Cuaderno de la Corte Constitucional. Folios 50 a 52.

[72] Declaración extraprocesal rendida el 3 de febrero de 2016 ante la Notaría Segunda del Círculo de Ibagué. Cuaderno de la Corte Constitucional. Folio 58 y 59.

[73] Declaración extraprocesal rendida el 11 de febrero de 2016 ante la Notaría Segunda del Círculo de Ibagué. Cuaderno de la Corte Constitucional. Folios 56 y 57.

[74] Ver sentencias T-918 de 2011 y T-779 de 2014.

[75] Cuaderno de la Corte Constitucional. Folios 81 a 93.

[76] Cuaderno de la Corte Constitucional. Folios 62 a 80.

[77] Sentencia T-979 de 2011.

[78] “Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público”.

[79] “Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones”.

[80] Ver las sentencia C-623 de 1998 y C-786 de 2014.