

SENTENCIA T-145/11

(Bogotá DC, 7 de marzo)

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Inexistencia por cuanto se presentan hechos nuevos

La Sala no encuentra que este asunto se trate de un caso de temeridad, toda vez que la expedición de la resolución sí constituye un hecho nuevo que justifica la intervención del juez de tutela. Adicionalmente, se evidencia que no existe identidad en las solicitudes hechas en las dos acciones de tutela.

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Reiteración de jurisprudencia

La Corte Constitucional ha reiterado en múltiples oportunidades que en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser, en principio, resueltos por las vías ordinarias, tanto jurisdiccionales y administrativas, y sólo es posible la procedencia de la acción de tutela cuando las mencionadas vías no existan o no resulten adecuadas para proteger los derechos del recurrente. Esta restricción no es caprichosa. En realidad, tiene el objetivo de salvaguardar las competencias atribuidas por la Constitución y la ley a las diferentes autoridades judiciales.

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO-Procedencia excepcional

Está jurisprudencialmente establecido que la acción de tutela sólo procede cuando no existen mecanismos judiciales alternos de defensa. Pero este principio tiene dos excepciones: la primera, se refiere a la necesidad de que la vía judicial ordinaria sea eficaz para la protección del derecho y la segunda, cuando existe la proximidad de un daño irremediable para el actor. Para el caso, la accionante se encuentra en un estado que le impide trabajar y, por tanto, es sujeto de especial protección constitucional. Adicional a su enfermedad, su edad de 67 años acentúa su imposibilidad de entrar al mercado laboral. Siendo esto así, se hace necesaria la intervención del juez de tutela para evitar la ocurrencia de un daño irremediable en los derechos de la accionante, toda vez que su imposibilidad de trabajar y su precario estado de salud hace presumir la vulneración al mínimo vital y la urgencia de la intervención del juez de tutela.

DERECHO A LA INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE PENSION DE VEJEZ-Se deben tener en cuenta las semanas cotizadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993

La Corte ha reiterado que para el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva las entidades del sistema deben tener en cuenta y contabilizar, incluso, las semanas cotizadas antes de la entrada en vigencia del régimen de la ley 100/93. Esta línea jurisprudencial apunta a proteger el derecho a la seguridad social de los afiliados al sistema. Conforme lo ha sostenido esta Corporación, si el sistema de pensiones de la ley 100 de 1993, tiene en cuenta los tiempos cotizados con anterioridad a su entrada en vigencia, para efecto del reconocimiento de las distintas modalidades de pensión, la misma regla debe aplicarse para el caso de la indemnización sustitutiva, pues tal indemnización es un derecho de orden pensional, con el que comparte la característica de constituirse a través de un ahorro forzoso destinado a cubrir el riesgo de vejez, invalidez o muerte, cuando la persona no cumple los requisitos para ser beneficiaria de la respectiva pensión.

DERECHO A LA INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE LA PENSION DE VEJEZ-Vulneración por inaplicación del artículo 37 de la Ley 100 de 1993 al presente caso

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

Referencia: Expediente T-2.821.299

Accionante: Gladis Cecilia Montua de Caicedo.

Accionado: Caja Nacional de Previsión Social -Cajanal- EICE en liquidación.

Tema:

Derechos fundamentales invocados: debido proceso administrativo, mínimo vital y seguridad social.

Pretensión: la accionante solicita que la Corte ordene el pago de la indemnización sustitutiva por parte de Cajanal.

Fallo objeto de revisión: Sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca del veinticuatro (24) de agosto de dos mil diez (2010) que confirmó el fallo del Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cali del dieciséis (16) de julio de dos mil diez (2010).

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Juan Carlos Henao Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Magistrado Ponente: MAURICIO GONZALEZ CUERVO.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda y pretensión.

1.1. Fundamento de la pretensión.

La señora Gladis Cecilia Montua de Caicedo presentó como fundamento de su pretensión las siguientes afirmaciones, hechos y medios de prueba:

1.1.1. La accionante nació el 1 de febrero de 19441 por lo cual tiene 67 años a la fecha.

1.1.2. La demandante prestó sus servicios a la Cámara de Representantes, desde el 1º de septiembre de 1975 hasta 1º de diciembre de 1991. En dicho periodo las cotizaciones al sistema pensional se hicieron de la siguiente forma:

a. Del 1º de septiembre de 1975 hasta el 19 de julio de 1982 a la Caja Nacional de Previsión Social EICE en liquidación -Cajanal en adelante-.

b. Del 20 de octubre de 1982 hasta el 1 de diciembre de 1991 en el Fondo de Previsión del Congreso de la República.

1.1.3. A partir del año 1992 la accionante “no pudo volver a trabajar ni a cotizar para la salud ni para la seguridad social”2.

1.1.4. Después de cinco años de quebrantos de salud, el 29 de enero de 2009 le fue declarada una incapacidad laboral de 50.16% “debido a una enfermedad de tipo común consistente en una NEUROPATÍA PERIFÉRICA MIXTA DE CARÁCTER SEVERO, agravado terriblemente por la diabetes mellitas tipo I, hipertensión arterial, discopatías lumbares

múltiples hipotiroidismo y litiasis renal”3.

1.1.5. Al no cumplir con los requisitos para acceder a una pensión de invalidez o de vejez, solicitó que se le reconociera la indemnización sustitutiva. En lo que atañe al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, éste pagó la indemnización sustitutiva en lo que le correspondía, en cumplimiento de un fallo de tutela proferido por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Santiago de Cali el 29 de abril de 20094.

1.1.6. El 15 de mayo de 2008 la accionante solicitó a Cajanal que le reconociera y pagara lo correspondiente a su indemnización sustitutiva por el monto de sus aportes a la institución.

1.1.7. La entidad accionada profirió la resolución No. 01007 del 20 de enero de 2009 en la cual le negaba la solicitud hecha. Esta decisión fue respuesta el 3 de febrero de 2009 y hasta la fecha de la interposición de esta acción de tutela no había sido resuelto el recurso.

1.1.8. Ante esta situación la accionante interpuso acción de tutela, que fue resuelta en sentencia 082 del 26 de mayo de 2009 del Juzgado Tercero Laboral de Cali, en la cual se resolvió “Primero: tutelar el Derecho Fundamental de Petición de la señora Gladis Cecilia Montua de Caicedo (...) Segundo: como consecuencia de lo anterior se ordena al Director de CAJANAL que en el término de cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de esta providencia proceda a resolver el recurso de REPOSICIÓN interpuesto en contra de lo decidido en la Resolución No. 01007 del 20 de enero de 2009 y lo notifique a la accionante o su apoderada y una vez cumplida esta orden, así lo haga saber al juzgado con el soporte que lo dicho y hecho”5.

1.1.9. La accionante señaló que la anterior acción de tutela nunca fue cumplida a pesar de algunas acciones que adelantó el juez de instancia.

1.1.10. Indicó que presentó nuevamente acción de tutela por cuanto las órdenes impartidas en la anterior nunca fueron cumplidas. Adicionalmente, señaló que existían tres hechos nuevos que ameritaban la interposición de esta nueva acción de tutela: (a) Cajanal no cumplió con la sentencia de tutela “que le ordenó resolver el recurso pendiente dentro de la vía gubernativa”6, (b) el decreto 2196 de junio 12 de 2009 que ordenó “un plazo perentorio de dos años para todo el proceso liquidatorio”7 de la entidad, y (c) “luego de la orden de liquidación de la entidad del gobierno nacional, la accionante sufrió un infarto del miocardio

inferior”⁸ hecho que agrava su condición.

2. Respuesta de la entidad accionada.

Liliana Urueta López en su calidad de apoderada general de Cajanal E.I.C.E en liquidación respondió la correspondiente acción de tutela con fundamento en los siguientes hechos, afirmaciones y medios de prueba:

2.1. Sostiene que la acción de tutela es un mecanismo judicial subsidiario, es decir, que sólo procede cuando no exista otro mecanismo en el ordenamiento jurídico para lograr la protección de los derechos invocados. De tal suerte, consideró que la presente acción resulta improcedente, por cuanto la accionante cuenta con todos los recursos de la jurisdicción contenciosa administrativa para la protección de su derecho.

2.2. Adicionalmente, afirmó que por regla general la tutela no procede para obtener el reconocimiento o reliquidación de prestaciones sociales.

2.3 Igualmente, sostuvo que en el expediente no se probó de ninguna manera la existencia de un daño irremediable, por lo cual, la acción de tutela resulta improcedente como mecanismo transitorio.

2.4. En el mismo sentido argumentó que “los hechos alegados en la demanda,...no fueron probados por la parte actora, en virtud del principio de la carga de la prueba. Además la mayoría de ellos, no son más que afirmaciones de tipo subjetivo, que también debieron ser demostradas”⁹.

2.5. Por todo lo anterior, solicitó al juez de instancia “rechazar por improcedente la presente acción de tutela, y denegar las pretensiones incoadas por la parte actora”¹⁰.

3. Fallos objeto de la revisión.

3.1 Sentencia de primera instancia proferida el 16 de julio de 2010 por el Juzgado Noveno Administrativo de Cali.

3.2. Impugnación de la sentencia de primera instancia.

El 28 de julio de 2009 la accionante impugnó el fallo de primera instancia al considerar que no existía temeridad en la presentación de la acción de tutela por cuanto no se podía predicar identidad en las pretensiones, toda vez que en la primera acción apuntaba a que se le protegiera el derecho a agotar la vía gubernativa, mientras que la segunda solicita que se le conceda de manera directa el derecho a la indemnización sustitutiva. Además, reiteró que han ocurrido los ya reseñados tres hechos nuevos que ameritan la imposición de una nueva acción de tutela.

3.3 Sentencia proferida el veinticuatro (24) de agosto de 2010 por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca.

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca consideró que las pretensiones entre la primera y segunda acción de tutela, efectivamente, resultaban de diversa naturaleza, por lo cual no podía predicarse la existencia de temeridad en la segunda acción. No obstante, no concedió el derecho solicitado, argumentando que la acción de tutela no es el mecanismo judicial adecuado para solicitar el pago de acreencias laborales. Confirmó por este motivo el fallo de instancia.

4. Actuación cumplida en la Corte Constitucional.

4.1. El 16 de septiembre de 2010 la accionante allegó un escrito en el cual reitera los argumentos anteriormente expuestos a favor de su derecho.¹³

4.2. El veinticuatro (24) de noviembre de 2010 la accionante envió a esta Corporación copia de la resolución No. 29302/2008 “por la cual se resuelve un recurso de reposición”, en la cual se resuelve “Confirmar en todas y cada una de sus partes la Resolución No. 011007 del 20 de enero de 2009, por medio de la cual negó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de vejez a la señora Montua de Caicedo Gladis Cecilia”¹⁴. Para lo anterior, la entidad argumentó “la interesada se retiró del servicio el 19 de julio de 1982 por terminación del periodo constitucional, según la Ley 52 de 1978, por lo tanto, habida cuenta que la indemnización sustitutiva fue creada por la ley 100 de 1993 la cual entró a regir a partir de 1º de abril de 1994 no es posible acceder a la solicitud incoada por la señora Montua de Caicedo Gladis, teniendo en cuenta que las normas no tienen efectos retroactivos”¹⁵.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

La Sala es competente para la revisión del presente caso, con fundamento en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento del Auto del 14 de octubre de 2010 de la Sala de Selección de Tutela Número Díez de la Corte Constitucional.

2. Cuestión de constitucionalidad.

Corresponde a esta Sala de Revisión determinar si los dos actos administrativos en los cuales se le niega el pago de indemnización sustitutiva a una accionante con el argumento de que todas sus cotizaciones se hicieron antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 viola o no algún derecho fundamental.

Para resolver el anterior problema jurídico, la Sala en su estudio deberá determinar preliminarmente si existe temeridad en la presentación de la actual acción de tutela, si ella es procedente a pesar de existir otros mecanismos de defensa judicial, la jurisprudencia en torno a si las semanas cotizadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 deben contabilizarse para el pago de la indemnización sustitutiva. Una vez resueltos estos puntos se resolverá el caso concreto.

3. Procedencia de la tutela. Reiteración Jurisprudencial.

3.1. Temeridad.

3.1.1. El artículo 38 del decreto 2591 de 1991¹⁶ señala que: “Cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes”.

En desarrollo de esta normatividad, la Corte ha reiterado en abundante jurisprudencia¹⁷ que no se puede pasar “por alto aquellas situaciones que contribuyan al abuso desmesurado y al desbordamiento de la tutela para el ejercicio indebido de la misma por parte de quienes con propósitos distintos a la eficaz protección de los derechos constitucionales fundamentales de

las personas la utilizan para fines lucrativos o para obtener pronunciamientos inadecuados, cuando existen otros medios idóneos de defensa judiciales. En estos eventos se deberán aplicar las sanciones previstas en la ley a quienes actúen contrariando los principios que encarnan dicha institución, obrando con temeridad o mala fe.. Solo así podrá garantizarse la eficacia de la acción de tutela y su naturaleza excepcional y extraordinaria”¹⁸.

De tal suerte, que no resulta procedente, de acuerdo con la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, tramitar una acción de tutela cuando se constata la existencia de un intento previo y, en los dos o más procesos, coinciden las mismas partes, la misma solicitud y las mismas razones¹⁹. Adicionalmente, para que el juez constitucional pueda declarar la existencia de temeridad debe evidenciarse la mala fe en el actuar de peticionario, esto es, que debe probarse una “actitud torticera, que ‘delata un propósito desleal de obtener la satisfacción del interés individual a toda costa’, que expresa un abuso del derecho porque ‘deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción’, o, finalmente que constituye “un asalto inescrupuloso a la buena fe de los administradores de justicia”²⁰.

En suma, si el juez constitucional encuentra que en el caso bajo estudio existe temeridad deberá declarar improcedente la acción de tutela.

En el caso que ocupa ahora a la Sala, se encuentra lo siguiente respecto de la identidad de hechos entre los dos trámites de tutela a comparar:

En primer lugar, si bien Cajanal no cumplió con la sentencia de tutela “que le ordenó resolver el recurso pendiente dentro de la vía gubernativa”²¹, esto no es un acontecimiento novedoso en la vulneración de sus derechos. Realmente es un hecho que se desprende de la interposición de la primera acción de tutela y lo que corresponde es que el juez competente inicie un incidente de desacato para perseguir el cumplimiento de la providencia.

En segundo lugar, la expedición del decreto 2196 de junio 12 de 2009 en que se dio “un plazo perentorio de dos años para todo el proceso liquidatorio”²² de Cajanal, no es un hecho que vulnere los derechos de la accionante, o siquiera los ponga en peligro. Se trata de un acto administrativo de carácter general, que antes de ser el origen de incumplimientos en los pagos en la entidad, persigue que ésta cumpla con sus obligaciones y los acreedores encuentren satisfacción de sus créditos en el proceso liquidatorio. Las motivaciones expuestas por la accionante no permiten siquiera afirmar con alta probabilidad la ocurrencia

de un daño irremediable. Evidentemente, la actora no ha podido demostrar que imponerle un límite temporal al proceso liquidatorio de Cajanal implica inequívocamente o, por lo menos con un grado importante de probabilidad, que su crédito no será satisfecho.

En tercer lugar, la ocurrencia de un infarto no cambia la condición de la accionante, toda vez que esta ya se encontraba en condición de incapacidad del 50.16%, y el infarto no cambia el hecho de que una sentencia previa ya le había protegido el derecho invocado.

No obstante, la Sala no encuentra que este asunto se trate de un caso de temeridad, toda vez que la expedición de la resolución No. 29302/200823 sí constituye un hecho nuevo que justifica la intervención del juez de tutela. En efecto, la expedición de este acto administrativo niega de manera definitiva la pensión de la accionante, haciendo que la solicitante vea negado su derecho.

Adicionalmente, se evidencia que no existe identidad en las solicitudes hechas en las dos acciones de tutela, toda vez que en la primera la accionante solicitaba que “Mediante la Acción Constitucional de Tutela (artículo 86 constitucional), actuando a través de su mandataria judicial, la señora GLADIS CECILIA MONTUA CAICEDO, pretende que se le ampare sus derechos fundamentales enunciados como DEBIDO PROCESO, SEGURIDAD SOCIAL, VIDA DIGNA, MÍNIMO VITAL Y SALUD EN CONEXIDAD CON LA VIDA, los que considera violados por la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN- CAJANAL EICE BOGOTÁ D.C. al no dar respuesta a su solicitud de la INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA”²⁴.

Por otra parte, en la acción de tutela que ocupa ahora a la Sala la accionante solicitó “Declarar que la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL CAJANAL-EICE hoy en liquidación, en resolución No. 01007 del 20 enero de 2009, así como al dejar de resolver el recurso de reposición interpuesto de manera oportuna contra dicha resolución contra dicha resolución, incurrió y viene incurriendo en vía de hecho. Segunda. Tutelar de manera inmediata y definitiva a la actora Gladis Cecilia Montua de Caicedo los derechos fundamentales al mínimo vital, al debido proceso, a la subsistencia digna (...) Como consecuencia de lo anterior ordénese a CAJANAL-EICE hoy en liquidación, representada por su gerente liquidador, Doctor Jairo Cortés Arias o por quien haga sus veces, que REVOQUE la resolución No. 1007 del 20 de enero de 2009 (...) y expida, en su lugar, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas una nueva resolución en que le reconozca y disponga el pago a su favor de la indemnización sustitutiva

....”²⁵

Como se puede observar, la primera acción de tutela apuntaba a que la entidad accionada diera respuesta al recurso de reposición interpuesto por la demandante, mientras que la segunda, pretende que el juez de tutela reconozca de manera directa el derecho que la accionante cree tener. De tal suerte, que las pretensiones en uno y otro proceso de tutela son diferentes, pues buscan proteger derechos diferentes, presuntamente vulnerados por hechos diversos.

Por todo lo anterior la Sala determina que no existe temeridad en la interposición de la presente acción de tutela y, por tanto, en lo que toca con este aspecto, es procedente su análisis de fondo.

3.2. Subsidiariedad de la tutela.

El artículo 86 de la Constitución prescribe sobre la acción de tutela que “(...) Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

Así las cosas, esta acción es de carácter excepcional y subsidiario. Esto es, únicamente procede cuando no se disponga de otro medio de defensa judicial o, en el evento en el cual, a pesar de existir el medio de defensa, este no resulte idóneo para la protección del derecho y se hace necesaria la adopción de una medida transitoria que evite la ocurrencia de un daño irremediable. En este sentido, la Corte Constitucional ha precisado en abundante jurisprudencia que “cuando el juez de tutela deba decidir en relación con la vulneración o amenaza de un derecho fundamental habrá de verificar si existe o no otro medio de defensa judicial ante el cual pueda ventilarse el conflicto.”²⁶

Este precepto constitucional ha sido desarrollado en el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991²⁷ en el cual se reitera la improcedencia de la tutela en aquellos casos en que existan otros medios de defensa judiciales de los cuales pueda hacer uso el accionante.²⁸ En este sentido, la Corte Constitucional ha reiterado en múltiples oportunidades que en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser, en principio, resueltos por las vías ordinarias, tanto jurisdiccionales y administrativas, y sólo es posible la procedencia de la acción de tutela

cuando las mencionadas vías no existan o no resulten adecuadas para proteger los derechos del recurrente.²⁹

Esta restricción no es caprichosa. En realidad, tiene el objetivo de salvaguardar las competencias atribuidas por la Constitución y la ley a las diferentes autoridades judiciales. De esta forma, se garantizan la independencia judicial y uno de los fundamentos del debido proceso como la aplicación de los procedimientos debido a cada caso concreto.

De manera específica, la jurisprudencia de la Corte ha hecho referencia a la procedibilidad de la tutela contra los actos administrativos. En este sentido, como regla general se ha señalado que no es la acción de tutela la adecuada para discutirlos. Son más apropiados los procedimientos de la jurisdicción contencioso administrativa.³⁰ En principio, es la jurisdicción contenciosa la llamada a estudiar y resolver los conflictos que se originen con ocasión de la expedición de un acto administrativo.

No obstante, esta Corporación ha indicado que este no resulta un principio absoluto y, por tanto, ha creado excepciones claras y específicas, en las cuales procede la tutela como mecanismo transitorio, a saber³¹:

(i) si las vías ordinarias no resultan eficaces para restablecer el derecho,

(ii) si se hace necesaria la intervención inmediata del juez constitucional para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable.

Así las cosas, de acuerdo con la primera, es posible la protección por vía de tutela cuando el mecanismo judicial alternativo no resulta eficaz para la protección de derechos. La Corte ha precisado esta regla manifestando que:

“La primera posibilidad es que las acciones ordinarias sean lo suficientemente amplias para proveer un remedio integral, pero que no sean lo suficientemente expeditas para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable. En este caso será procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria. La segunda posibilidad, es que las acciones comunes no sean susceptibles de resolver el problema de manera integral, en este caso, es procedente conceder la tutela de manera directa, como mecanismo eficaz e idóneo de protección de los derechos fundamentales”³².

La segunda excepción se refiere a los casos en que el accionante logra demostrar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual procede esta acción como mecanismo transitorio de protección³³. Sobre este punto la Corte ha indicado “(...) (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo”³⁴. Así, por ejemplo, puede proceder la tutela a pesar de existir vías judiciales alternas cuando se ve afectado el mínimo vital del accionante o sus condiciones físicas permiten pensar que se encuentra en un especial estado de indefensión y de no intervenir de inmediato el juez constitucional se produciría un daño irremediable.

De manera más específica aun, la Corte ha indicado que si bien normalmente la tutela no es el mecanismo idóneo para debatir el cobro de acreencias laborales, pues las vías laborales ordinarias resultan adecuadas para solucionar este tipo de problemas, ha considerado que excepcionalmente puede utilizarse la tutela para esos efectos “cuando quiera que el no pago de las mismas pone en peligro o atenta en contra de los derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital y a la subsistencia”³⁵ del beneficiario y su familia³⁶.

En suma, está jurisprudencialmente establecido que la acción de tutela sólo procede cuando no existen mecanismos judiciales alternos de defensa. Pero este principio tiene dos excepciones: la primera, se refiere a la necesidad de que la vía judicial ordinaria sea eficaz para la protección del derecho y, la segunda, cuando existe la proximidad de un daño irremediable para el actor³⁷.

La Sala observa que, en el caso concreto, la accionante tiene otros recursos para discutir la legalidad y constitucionalidad de los actos administrativos acusados, por ejemplo, todos los recursos de la vía contencioso administrativa, o, por tratarse de cuestiones laborales, la vía prevista en el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo. Sin embargo, también hay que indicar que la accionante fue calificada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, el 29 de enero de 2009, con una incapacidad de 50,16%. De tal suerte que la accionante se encuentra en un estado que le impide trabajar y, por tanto, es sujeto de

especial protección constitucional. Adicional a su enfermedad, su edad de 67 años acentúa su imposibilidad de entrar al mercado laboral. Siendo esto así, se hace necesaria la intervención del juez de tutela para evitar la ocurrencia de un daño irremediable en los derechos de la accionante, toda vez que su imposibilidad de trabajar y su precario estado de salud hace presumir la vulneración al mínimo vital y la urgencia de la intervención del juez de tutela. Siendo esto así, se cumple uno de los presupuestos de la jurisprudencia para la procedencia excepcional de la acción de tutela a pesar de la existencia de otros mecanismos de defensa judicial. Por tal motivo, la Sala, en contra de lo establecido en las instancias, procederá a su estudio de fondo.

4. La indemnización sustitutiva y las semanas cotizadas antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993.

La ley 100 de 1993 indica que el Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características, artículo 13: “características del sistema general de pensiones. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características: (...) f. Para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio”. Esto implica que las entidades encargadas de reconocer las pensiones y en general todas las prestaciones contempladas en la Ley 100 de 1993, se encuentran en la obligación de tener en cuenta las semanas cotizadas con anterioridad de la entrada en vigencia de la norma en mención. En este sentido la Corte ha reiterado³⁸ que “es claro que las entidades encargadas de reconocer las pensiones y prestaciones contempladas en la ley 100 de 1993, se encuentran en la obligación de tener en cuenta las semanas cotizadas con anterioridad a su entrada en vigencia”³⁹.

De lo anterior se desprende que la indemnización sustitutiva que contempla el artículo 37 de la ley 10040 entra en la hipótesis de la regla expuesta. En efecto, la indemnización sustitutiva es una de las prestaciones contempladas en la ley en mención, que su característica distintiva es la de ser una compensación para quienes no logran acreditar los requisitos para acceder a la pensión de vejez⁴¹. En tal sentido, es un derecho de carácter pensional, pues comparte la característica básica de ser un derecho que se constituye a

través de un ahorro forzoso, destinado a cubrir el riesgo de vejez. Al respecto la Corte se ha pronunciado⁴² en el sentido de que “La indemnización sustitutiva hace parte del Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, convirtiéndose en una especie de ahorro que pertenece al trabajador por los aportes efectuados durante un periodo de su vida laboral, razón por la cual se traduce en una garantía con que cuentan los afiliados a este sistema que no han podido cumplir con uno de los requisitos para adquirir su derecho a la pensión”⁴³. Por lo anterior, la Corte ha reiterado⁴⁴ que para el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva las entidades del sistema deben tener en cuenta y contabilizar, incluso, las semanas cotizadas antes de la entrada en vigencia del régimen de la ley 100⁴⁵. Esta línea jurisprudencial apunta a proteger el derecho a la seguridad social de los afiliados al sistema. En efecto, la obligación del reconocimiento de las semanas cotizadas antes y después de la entrada en vigencia de la ley 100 apunta a que se haga una interpretación favorable al afiliado al sistema que permite proteger su derecho a la seguridad social y al mínimo vital.

Conforme lo ha sostenido esta Corporación⁴⁶, si el sistema de pensiones de la Ley 100 de 1993, tiene en cuenta los tiempos cotizados con anterioridad a su entrada en vigencia, para efecto del reconocimiento de las distintas modalidades de pensión (art. 13, literal f), la misma regla debe aplicarse para el caso de la indemnización sustitutiva, pues, como ya se mencionó, tal indemnización es un derecho de orden pensional, con el que comparte la característica de constituirse a través de un ahorro forzoso destinado a cubrir el riesgo de vejez, invalidez o muerte, cuando la persona no cumple los requisitos para ser beneficiaria de la respectiva pensión. En ese sentido, quien ha hecho aportes forzosos al sistema de pensiones, antes o después de la Ley 100, tiene derecho a que los mismos le sean devueltos, en caso de que éstos sean insuficientes para acceder a una pensión.

4.2. Caso Concreto.

En el asunto bajo estudio, la Sala observa que los actos administrativos expedidos por Cajanal son violatorios de la regla jurisprudencial expuesta. Ciertamente, la resolución No 0100747 del 20 de enero de 2009⁴⁸ fundamentó su decisión en que “la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez fue creada para el servicio público por ley 100/93 y reglamentada por el decreto 1730 de 2001, no es posible ordenar el reconocimiento de esta

indemnización al (a) peticionario (a) toda vez que su retiro se efectuó con anterioridad a la vigencia de la ley 100 de 1993, pues de hacerlo se estaría concediendo a la ley efecto retroactivo, hecho que no está permitido por las normas legales vigentes, y además a la fecha de retiro no cumplió con el requisito de edad exigido, razón por la cual se niega la prestación solidaria”⁴⁹. Como se observa, la razón de la decisión radica en que todas las cotizaciones que la accionante hizo al sistema de pensiones fueron antes de la entrada en vigencia de la ley 100. Como se explicó en el numeral 4.1. es forzoso para las cajas de previsión social y para el Seguro Social tener en cuenta las semanas cotizadas, incluso, antes del 1 de abril de 1994.

Ahora, este argumento fue reiterado por Cajanal cuando resolvió el recurso de reposición en la resolución número 29302/200850 al señalar que “la interesada se retiró del servicio el 19 de julio de 1982 por terminación del periodo constitucional, según la Ley 52 de 1978, por lo tanto, habida cuenta que la indemnización sustitutiva fue creada por la ley 100 de 1993 la cual entró a regir a partir de 1º de abril de 1994 no es posible acceder a la solicitud incoada por la señora Montua de Caicedo Gladis, teniendo en cuenta que las normas no tienen efecto retroactivos”⁵¹.

No comparte la Sala el argumento expuesto por Cajanal en las dos resoluciones en mención, toda vez que resulta abiertamente contrario a la normatividad vigente y a la jurisprudencia de esta Corte. En efecto, tanto la jurisprudencia de esta Corte, como el artículo 13, f) de la ley 100 señalan que en lo concerniente al reconocimiento de las prestaciones contempladas en los dos regímenes, es decir, tanto en el de ahorro individual con solidaridad y, como en el presente asunto, en el régimen de prima media con prestación definida, se deben tener en cuenta las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la ley en referencia. Esta disposición aplica para cualquier caja de previsión social o fondo de ahorro individual. De tal suerte, no le es lícito a Cajanal negarle a la accionante el pago de su indemnización sustitutiva con el argumento de que sus cotizaciones fueron previas a la entrada en vigencia de la ley 100. La obligación de Cajanal radicaba en tramitar el pago de la indemnización sustitutiva, siempre que la accionante reuniera los demás requisitos, contabilizando todas las semanas cotizadas por la demandante sin importar si estas cotizaciones se hicieron antes o después de la vigencia de la ley 100.

Teniendo en cuenta que la naturaleza jurídica de la indemnización sustitutiva es reemplazar

la asignación pensional no alcanzada por no lograr las semanas requeridas, el no pago de la indemnización sustitutiva equivale a negarle al solicitante un derecho pensional y, en últimas, el medio de subsistencia. Esto sumado al hecho de que la accionante se encuentra calificada con un 50,16% de incapacidad, su edad de 67 años, hacen prever que el pago de la mencionada indemnización está fuertemente ligado a las posibilidades de cubrir el mínimo vital de la accionante, por tanto, negar el pago de la aludida prestación resulta en una afectación directa al mínimo vital de la demandante.

Por lo demás, aceptar la tesis de Cajanal, en el sentido de que las cotizaciones realizadas antes de 1994 no se tienen en cuenta para efectos de la indemnización sustitutiva, equivale a un enriquecimiento sin causa por parte de la entidad, pues quiere decir que las cotizaciones diligentemente realizadas por la persona al Sistema no sirven, ni para efectos de reconocimiento de la pensión, ni para efectos del mecanismo sustitutivo previsto en la Ley 52.

Por todo lo anteriormente expuesto, la Sala procederá a dejar sin efectos jurídicos las resoluciones No. 01007 del 20 de enero de 2009⁵³ “por la cual se niega la indemnización sustitutiva a la pensión de vejez y la identificada con el número No. 29302/2008 “por la cual se resuelve un recurso de reposición”⁵⁴ proferidas por Cajanal en el asunto concerniente a la solicitud de indemnización sustitutiva a favor de Gladis Cecilia Montua de Caicedo.

5. Razón de la decisión.

La Sala pudo determinar que en el presente caso no existía temeridad, toda vez que la pretensión era diferente y la expedición de la Resolución No. 01007 del 20 de enero de 2009 resultaba un hecho nuevo. Posteriormente, se verificó que el amparo constitucional resultaba procedente porque a pesar de existir otros medios de defensa judicial la accionante está calificada con un 50,16% de invalidez y sumado a esto, cuenta con 67 años de edad. En cuanto al análisis de fondo del caso, la Sala reiteró la jurisprudencia según la cual las entidades encargadas de reconocer la indemnización sustitutiva contempladas en la ley 100 de 1993, están obligadas a tener en cuenta las semanas cotizadas con anterioridad a su entrada en vigencia. Siendo esto así, resulta ilegítimo que la entidad se niegue a pagar la indemnización sustitutiva con base en que todas las cotizaciones de la accionante fueron antes de la entrada en vigencia de la ley 100.

Por todo lo anterior, la Sala dejará sin efectos jurídicos las resoluciones No. 01007 del 20 de enero de 2009⁵⁵ “por la cual se niega la indemnización sustitutiva a la pensión de vejez y la identificada con el No. 29302/2008 del 20 de octubre de 2010 “por la cual se resuelve un recurso de reposición”⁵⁶ proferidas por Cajanal en el asunto concerniente a la solicitud de indemnización sustitutiva a favor de Gladis Cecilia Montua de Caicedo.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero. REVOCAR la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca del veinticuatro (24) de agosto de dos mil diez (2010) que confirmó el fallo del Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cali del dieciséis (16) de julio de dos mil diez (2010) y en su lugar TUTELAR los derechos al debido proceso, a la igualdad y la seguridad social de la accionante Gladis Cecilia Montua de Caicedo.

Segundo. DEJAR sin efectos las resoluciones No. 01007 del 20 de enero de 2009⁵⁷ “por la cual se niega la indemnización sustitutiva a la pensión de vejez y la identificada con el No. 29302/2008 del 20 de octubre de 2010 “por la cual se resuelve un recurso de reposición”⁵⁸ proferidas por Cajanal en el asunto concerniente a la solicitud de indemnización sustitutiva a favor de Gladis Cecilia Montua de Caicedo

Tercero. ORDENAR a la Caja Nacional de Previsión Social EICE –en liquidación– (Cajanal) que en el término de 20 días a partir de la notificación de esta sentencia, expida un acto administrativo en el cual resuelva nuevamente la solicitud de indemnización sustitutiva de Gladis Cecilia Montua de Caicedo, en el sentido de reconocer dicha prestación, teniendo en cuenta todas las semanas cotizadas antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1994.

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

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

2 Ver folio 105 del cuaderno 1 del expediente

3 Ver folio 105 del cuaderno 1 del expediente.

4 A partir de esta fecha y hasta el 1º de diciembre de 1991 la cotización se hizo al Fondo de Previsión Social del Congreso.

5 Ver folio 62 del cuaderno 1 del expediente

6 Ver folio 105 del cuaderno 1 del expediente

7 Ver folio 105 del cuaderno 1 del expediente

8 Ver folio 105 del cuaderno 1 del expediente

9 Ver folio 158 del cuaderno 1 del expediente

10 Ver folio 158 del cuaderno 1 del expediente

11 Ver folio 233 del cuaderno 1 del expediente

12 Ver folio 233 del cuaderno 1 del expediente

13 Ver folios 9-82 del cuaderno principal.

14 Ver folios 87 del cuaderno principal.

15 Ver folios 87 del cuaderno principal.

16 “por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

17 Al respecto se puede consultar entre muchas otras: T-883/00, T-502/03, T-583/06, T-939/06, T-981/06, T-242/08, T-1103/08, T-1204/08, T-1233/08, T-759/08, T-560/09.

18 T-080/98.

19 Ver sentencia T-433/06 “Desde el punto de vista de los supuestos que el juez constitucional debe verificar para declarar la configuración de la temeridad, han de tenerse en cuenta tres requisitos determinantes. (i) Que exista identidad en los procesos, lo cual significa que el proceso fallado con antelación y el proceso propuesto al juez tienen una “triple identidad”, esto es, en ambos se identifican las mismas partes, la misma solicitud y las mismas razones de dicha solicitud. (ii) Que el caso no sea un caso excepcional explícitamente determinado por la ley y/o la jurisprudencia, como uno que no configura temeridad. Esto es, casos frente a los cuales se ha autorizado la procedencia del proceso propuesto a pesar del fallo anterior con el cual guarda identidad. Y (iii) que de presentarse una demanda de tutela que pretenda ser distinta a una anterior con la que guarda identidad, a partir de una argumentación diferente, se demuestre por parte del juez que el proceso propuesto y la tutela anterior se reducen a unas mismas partes, una misma solicitud y unas mismas razones”. Igualmente se pueden consultar, entre otras: T-919/03 y T-184/04

20 Ver T- 149/95 y T-433/06.

21 Ver folio 105 del cuaderno 1 del expediente

22 Ver folio 105 del cuaderno 1 del expediente

23 Ver folios 87 del cuaderno principal. “por la cual se resuelve un recurso de reposición”. En esta resolución se decidió “Confirmar en todas y cada una de sus partes la Resolución No. 011007 del 20 de enero de 2009, por medio de la cual negó el reconocimientos de la indemnización sustitutiva de vejes a la señora Montua de Caicedo Gladis Cecilia

24 Ver folio 89 del cuaderno 1 del expediente. Sentencia de la primera acción de tutela.

25 Ver folio 111 del cuaderno 1 del expediente. Escrito de tutela.

26 Ver T-432/02.

27 Decreto 2591 Art. 6o. Causales de improcedencia de la acción de tutela. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.

28 Con relación a la procedencia de la acción de tutela, previo el agotamiento de los recursos de defensa judicial extraordinarios, en la sentencia T-541 de 2006, la Corte sostuvo: “En un principio, la jurisprudencia de la Corte entendía que quedaban agotados los medios judiciales cuando el peticionario había interpuesto los recursos ordinarios (reposición, apelación, nulidad). Sin embargo, con el fin de reforzar el carácter subsidiario de la acción de tutela, así como el papel del juez ordinario como defensor de los derechos fundamentales, hace algunos años la Corte comenzó la elaboración de una doctrina, -hoy jurisprudencia consistente y reiterada-, en el sentido de exigir, como requisito de procedencia de la acción, el agotamiento de todos los mecanismos de defensa previstos, ya sean ordinarios o extraordinarios (Esta regla general cuenta con muy pocas excepciones referidas a la defensa de los derechos fundamentales de sujetos de especial protección que se encontraban absoluta y radicalmente imposibilitados para interponer oportunamente los recursos ordinarios de defensa y siempre que la afectación del derecho resulte desproporcionada respecto de la defensa de la importante garantía procesal que acá se comenta. Al respecto, pueden consultarse entre otras, las sentencias T-329/96; T-573/97; T-654/98; T-289/03.).”

29 SU-037/09, T-070/97, T-167/05, T-642/07, T-807/07, T-864/07, T-213/08, T-363/08, T-404/08, T-413/08, T-421/08, T-609/08, T-773/08, T-809/08, T-297/09, T-530/09, T-598/09, T-624/09, T-632/09, T-629/09, T-799/09, T-858/09, T-165/10

30 Ver entre otras T-600/02, T- 771/04 y T.199/08.

31 T-199/08 que reitera la T-467/06.

32 Véase, entre otras, las sentencias SU-961 de 1999 y T-033 de 2002.

33 C-1436/00

34 T-982/04, T-514/03. Ver también las sentencias T-596 /01, T-754/01, T-873/01, C-426/02 y T-418/03, entre otras.

35 T-229 de 2007

36 Sentencia T-1229/04 “Con todo, la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha considerado que por vía de tutela se podrá exigir el pago de aquellas obligaciones dejadas de cancelar, cuando el no pago de las mismas pone en peligro o atenta contra los derechos fundamentales a la vida digna y el mínimo vital; particularmente cuando las dejadas de cancelar se constituyen en la única fuente de recursos económicos para sufragar las necesidades básicas, tanto personales como familiares o se haya demostrado la afectación del mínimo vital del tutelante y de su familia, pues con dicha omisión, se está poniendo a tales personas en una situación de indefensión y subordinación respecto de la entidad encargada de pagarles la correspondiente acreencia laboral.”

37 Al respecto puede consultarse la T-514/03:“La Corte concluye (i) que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa; (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.”

38 Al respecto se pueden consultar entre otras las sentencias T-972/06, T-099/08 y T-180/09.

40 “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”.

41 Cfr. Sentencia T-746 de 2004 y C-624 de 2003.

42 Al respecto se pueden consultar entre otras las sentencias T-750 de 2006, -1046/07, T-546/08 y T-597/09

43 Sentencia T-981/03

44 Al respecto se puedes consultar entre otras las sentencias T-972/06, T-099/08 y T-180/09 la cual expresamente señala que: “Para la Sala no es viable exigir como presupuesto para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva consagrada en el artículo 37 de la ley 100 de 1993, el haber cotizado al sistema a partir de su vigencia, pues ello conllevaría a excluir a aquellas personas que se retiraron del servicio antes de que entrara a regir la citada Ley, vulnerándose así el principio constitucional de favorabilidad en materia laboral. Adicionalmente a lo expuesto, el artículo 13 de la ley tantas veces citada, establece que para el computo del derecho a la pensión de vejez se deben tener en cuenta las semanas cotizadas a cualquier caja del sector público o privado. De esta manera, es claro que las entidades encargadas de reconocer las pensiones y prestaciones contempladas en la ley 100 de 1993, se encuentran en la obligación de tener en cuenta las semanas cotizadas con anterioridad a su entrada en vigencia. De esta manera, el hecho de que el actor se hubiere retirado del servicio el 15 de septiembre de 1993, habiéndose efectuado los aportes al sistema con antelación a la vigencia del actual régimen general de pensiones, en nada afecta su derecho a que su situación pensional sea definida en aplicación de las normas vigentes”.

45 Sentencia T-099/08 “De esta forma, de acuerdo a las normas referidas, en materia del derecho a la indemnización sustitutiva, las entidades encargadas de su reconocimiento se encuentran en la obligación de tener en cuenta las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993”.

46 Sobre el particular se pueden consultar, entre otras, las Sentencias T-972 de 2006, T-099

de 2008 y T-180 de 2009, ya citadas.

47 Ver folios 79-81 del cuaderno principal.

48 Ver folio 81 del cuaderno 1 de expediente. “por la cual se niega la indemnización sustitutiva a la pensión de vejez” en la cual se resolvió “Negar la indemnización sustitutiva a la Pensión de Vejez solicitada por la señora Montua de Caicedo Gladis...”

49 Ver folio 81 del cuaderno 1 de expediente.

50 Ver folio 87 del cuaderno principal. “por la cual se resuelve un recurso de reposición”.En la misma se decidió “Confirmar en todas y cada una de sus partes la Resolución No. 011007 del 20 de enero de 2009, por medio de la cual negó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de vejez a la señora Montua de Caicedo Gladis Cecilia”

51 Ver folios 87 del cuaderno principal.

52 Como se señaló en otras providencias como T-972/06, T-099/08, T-180/09 y T-478/10.

53 Ver folios 79-81 del cuaderno principal.

54 Ver folio 87 del cuaderno principal.

55 Ver folios 79-81 del cuaderno principal.

56 Ver folio 87 del cuaderno principal.

57 Ver folios 79-81 del cuaderno principal.

58 Ver folio 87 del cuaderno principal.