

Sentencia T-338/12

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL Y PROTECCION POR MEDIO DE ACCION DE TUTELA-Reiteración de Jurisprudencia

SEGURIDAD SOCIAL-Derecho irrenunciable

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Bloque de constitucionalidad

ACCION DE TUTELA-Procedencia como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable

ACCION DE TUTELA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL-Procedencia

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL-Indemnización sustitutiva y devolución de saldos de personas que cotizaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100/93

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES-Indemnización sustitutiva en régimen de prima media

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES-Devolución de saldos en régimen de ahorro individual

PENSION DE VEJEZ, INVALIDEZ Y SOBREVIVIENTES-Imprescriptibilidad de derechos pensionales

INDEMNIZACION SUSTITUTIVA Y DEVOLUCION DE SALDOS-Naturaleza imprescriptible

DERECHO DE PETICION EN MATERIA PENSIONAL-Término para resolver no podrá ser superior a cuatro meses

PENSION DE VEJEZ E INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE SERVIDOR PUBLICO-Computo de cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en pensiones o prestación de servicios antes de entrar en vigencia la Ley 100/93

ACCION DE TUTELA DE ADULTO MAYOR CONTRA CAJANAL EN LIQUIDACION-Reconocimiento de indemnización sustitutiva de pensión de vejez de acuerdo a semanas cotizadas

ACCION DE TUTELA DE SERVIDOR PUBLICO CONTRA CAJANAL EN LIQUIDACION-Reconocimiento de indemnización sustitutiva de acuerdo con el tiempo de servicios por cuanto empleador no efectuó cotizaciones para pensión de vejez

Referencia: expedientes T-3.283.730, T-3.288.227 y T-3.293.817 (acumulados)

Acción de Tutela de Martha Beatriz Torres de Lora contra CAJANAL; Jorge Enrique Lora Cuellar contra el Municipio de Cali y Reinaldo Bautista Montealegre contra CAJANAL.

Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C., diez (10) de mayo de dos mil doce (2012)

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

Dentro de los procesos de revisión de los fallos de tutela T-3.283.7301, T-3.288.2272 y T-3.293.8173, los cuales fueron acumulados y serán fallados en una sola sentencia, en virtud de la figura de la unidad de materia.

### I. ANTECEDENTES

Mediante auto de fecha 14 de diciembre de 2011, la Sala de Selección Número 12 seleccionó y acumuló los expedientes T-3.283.730, T-3.288.227 y T-3.293.817, por presentar unidad de materia relativa a la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, para que fueran decididos en una misma providencia.

El pasado dieciséis (16) de septiembre de dos mil once (2011), la ciudadana Martha Beatriz Torres de Lora interpuso acción de tutela a fin de solicitar el amparo de sus derechos fundamentales a la igualdad, mínimo vital, seguridad social, los cuales, en su opinión, fueron vulnerados por CAJANAL EICE, Patrimonio Autónomo BuenFuturo. De acuerdo con la solicitud de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, el accionante sustenta su pretensión en los siguientes

### Hechos

1. Martha Beatriz Torres de Lora, de 64 años de edad<sup>4</sup>, laboró en la Unidad Especial de Aeronáutica Civil desde el veintiséis (26) de febrero de 1984 hasta el treinta y uno (31) de julio de 19905, acreditando un total de 2.315 días laborados, correspondientes a 330 semanas.

2. En ejercicio del derecho de petición, el veinticuatro (24) de junio de 2010, la señora Torres de Lora solicitó ante CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN -Patrimonio Autónomo Buenfuturo- el

reconocimiento y pago de una indemnización sustitutiva de pensión de vejez.

3. Mediante Resolución número PAP0173556 del doce (12) de octubre de 2010, la entidad demandada negó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez por considerar que, conforme a las disposiciones constitucionales 151 y 283, a los artículos 37 de la ley 100 de 1993 y 9 de la ley 797 de 2003 y a los elementos probatorios aportados por el peticionario, se observa que “el(la) interesado(a) no acredita cotizaciones al Sistema General de Pensiones con posterioridad a su vigencia, no siendo viable reconocer la prestación solicitada.”<sup>7</sup>

4. Luego a través de Oficio PABF CDP-4407-20118 del 9 de marzo de 2011, la Coordinadora de derechos de petición del Patrimonio Autónomo Buenfuturo, Raquel Perea Vega, comunicó a la peticionaria que no le asistía el derecho a la indemnización sustitutiva por considerar que “para hacerse acreedor al beneficio de la indemnización sustitutiva, es necesario que la persona se hubiere encontrado afiliada al Régimen General de Pensiones al momento de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, esto es al primero (1) de abril de 1994, para el caso de los servidores públicos del orden nacional afiliados a Cajanal, y para el momento en que lo haya determinado las autoridades administrativas y en todo caso, a más tardar el 30 de junio de 1995 (para los servidores del orden municipal, departamental o distrital) y que con posterioridad a esta fecha se retiren o manifiesten su imposibilidad de seguir cotizando. Para el caso de los servidores públicos es importante indicar que las normas pensionales que regían con anterioridad a la ley 100 de 1993, tales como el Decreto 1848 de 1964, Ley 33 de 1985 y la Ley 71 de 1988, no establecía la figura de la indemnización sustitutiva en el sector público.”<sup>9</sup>

Fundamentos jurídicos de la solicitud de tutela

Afirma la accionante que de los anteriores hechos se desprende que le han sido vulnerados sus derechos a la seguridad social, igualdad y al mínimo vital. Solicita que se ordene a la entidad demandada reconocer y pagar el derecho que le asiste a la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, tal como lo establece la sentencia T-180 de 2009 de la Corte Constitucional.

Intervención de la entidad demandada

Durante el término concedido por la autoridad judicial, la demandada CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN - Patrimonio Autónomo Buenfuturo, no se pronunció respecto de los derechos reclamados por la accionante en la presente acción de tutela.<sup>10</sup>

Actuaciones procesales

Única instancia

El Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento, mediante sentencia del treinta (30) de septiembre de 2011, negó la acción de tutela por improcedente al considerar que la peticionaria cuenta con otro mecanismo judicial de defensa y que no existió inmediatez para instaurarla.

Al respecto, indicó que la accionante (...), “contó con los medios ordinarios de impugnación para atacar el acto administrativo aludido y buscar restablecer los derechos que, según estima, le están siendo vulnerados; restablecimiento que no puede ser procurado, de buenas a primeras, con un mecanismo de carácter subsidiario y excepcional como lo es la acción de tutela, menos aún cuando aquella todavía cuenta con la acción ordinaria laboral para procurar ese efecto.” <sup>11</sup>

De igual manera, estimó que “el postulado de inmediatez de que debe estar precedida toda acción de esta estirpe no se satisface”, toda vez que sólo interpuso la acción de tutela un año después de que el demandado emitiera la resolución mediante la cual le negó la indemnización sustitutiva de pensión de vejez.

Pruebas que obran en el expediente

-Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Martha Beatriz Torres de Lora (Folio 5 del cuaderno 1)

-Copia del Oficio PABF CDP -4407-2011 expedido por Buenfuturo Patrimonio Autónomo (Folios 6 a 8 del cuaderno 1)

-Copia de los certificados de haberes años 1984 a 1990, expedidos por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil a favor de la señora Martha Beatriz Torres de Lora (Folios 9 a 11 del cuaderno 1)

-Copia de la Resolución No. 38708 - PAP017355 del doce (12) de octubre de 2010 expedida por CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN mediante la cual se niega el derecho a la indemnización sustitutiva de la señora Martha Beatriz Torres de Lora. (Folio 20 a 22 del cuaderno 2)

#### B. Expediente T- 3.288.227

El pasado diecisiete (17) de marzo de dos mil diez (2010), el ciudadano Jorge Enrique Lorza Cuellar, interpuso acción de tutela a fin de solicitar el amparo de sus derechos fundamentales a la igualdad, mínimo vital, seguridad social, los cuales, en su opinión, fueron vulnerados por el Municipio de Cali - Valle (Dirección de desarrollo administrativo y Grupo de seguridad social). De acuerdo con la solicitud de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, el accionante sustenta su pretensión en los siguientes

#### Hechos

1. Jorge Enrique Lorza Cuellar, de 77 años de edad<sup>12</sup>, trabajó en la Secretaría de Obras Públicas Municipales y en el Departamento de Relaciones Laborales del Municipio de Santiago de Cali entre el 8 de septiembre de 1955 y el 5 de julio de 1968 (12 años y 9 meses)<sup>13</sup>.

2. El veintiocho (28) de septiembre de 2009, solicitó al Municipio de Santiago de Cali la expedición de certificación laboral y salarial para Bono Pensional tipo B, por el tiempo laborado.<sup>14</sup>

3. El ocho (8) de octubre de 2008, la entidad demandada le hizo envío de Certificado de Bono Pensional No. 5424, "correspondiente al periodo laborado en el Municipio de Cali que no fue cotizado en pensiones en razón de que el Municipio no se encontraba afiliado a ninguna entidad"<sup>15</sup>

5. Mediante Oficio 4122-1-10-012 de 18 de enero de 2010<sup>17</sup>, la Dirección de Desarrollo Administrativo- Grupo Seguridad Social del Municipio de Cali, no accedió a la solicitud del accionante bajo el argumento de que "de conformidad con el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 el Municipio de Santiago de Cali, no tiene la calidad de entidad administradora de pensiones". Además, manifestó que "no es procedente pues el Municipio de Cali no le

descontó en nomina para pensión, ni se encontraba afiliado a ninguna entidad en pensiones. El régimen anterior aplicable a los servidores públicos para estos casos sería la ley 33 de 1985 o la ley 6° de 1945, mediante el cual usted podría ser derecho de las prestaciones económicas allí establecidas, las cuales en ningún momento contemplan la figura de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez”

#### Fundamentos jurídicos de la solicitud de tutela

Con fundamento en los hechos narrados, el ciudadano Jorge Enrique Lorza Cuellar solicitó la protección de los derechos fundamentales a la igualdad, mínimo vital y seguridad social, los cuales considera están siendo vulnerados por el Municipio de Santiago de Cali - Valle al no reconocerle y pagarle la correspondiente indemnización sustitutiva de pensión de vejez.

#### Intervención de la entidad demandada

Durante el término concedido por el juez de primera instancia, la Subdirectora Administrativa de Recurso Humano de la Dirección de Desarrollo Administrativo del Municipio de Santiago de Cali, Mónica Alexandra Perlaza Ochoa, dio respuesta al recurso de amparo y expuso que “la norma que regulaba el beneficio pensional de los servidores públicos en el país, para la época en que el petente prestó sus servicios, era la Ley 6ª de 1945, la cual consagraba el derecho de pensión de jubilación con el cumplimiento de veinte (20) años de servicios como servidores públicos, continuos o discontinuos en una o varias entidades del Estado y 50 años de edad, fuera hombre o mujer”<sup>18</sup>, y no contemplaba la figura de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez que contempla la Ley 100 de 1993.

Indicó que “los tiempos laborados por un servidor público en cualquier entidad del estado, y en cualquier tiempo, solo se podían acumular para el beneficio de la pensión de jubilación al cumplimiento de los requisitos señalados en la ley 6 de 1945, decreto 3135 de 1968, decreto 1848 de 1969 y ley 33 de 1985.” Asimismo, manifestó que el Municipio de Cali, sólo hasta el 30 de junio de 1995 “asumió sus propias pensiones con cargo a su presupuesto, pues antes de ello no tenía Caja o Fondo de Previsión Social, motivo por el cual nunca les descontó aportes para pensiones a sus servidores y tampoco el Municipio los hizo a ninguna entidad de previsión social, pues esa posibilidad de hacer aportes no era obligatoria sino potestativa.”

Agregó que sólo desde el primero (1) de julio de 1995 y con base en los decretos 1068 de

1995 y 700 de 1995, el municipio de Cali se acogió al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones por primera vez, surgiendo así la obligación tanto para el empleador, como para el trabajador de efectuar aportes al sistema de seguridad social en pensiones. Aseguró que como la figura de la indemnización sustitutiva esta consagrada en el artículo 37 de la ley 100 de 1993, los servidores públicos del Municipio de Cali sólo podrán tener derecho a la misma a partir del primero (1) de julio de 1995.

Afirmó que las personas que antes del 30 de junio de 1995 prestaron sus servicios al Municipio “no tienen aportes que generen prestación diferente a pensión de jubilación o bono pensional”. En este sentido, reiteró que el Municipio “por no ser caja o fondo de previsión social, no es administrador de régimen de prima media y en consecuencia no está obligado a pagar indemnización sustitutiva de ninguna índole de sus ex servidores.”

Sostuvo que la única obligación que tenían las entidades del Estado antes de la ley 100 de 1993 era la de “reconocer la pensión de jubilación al servidor público que cumpliera con los requisitos exigidos por la normatividad vigente en ese momento, o de concurrir con cuotas partes, por los tiempos servidos por sus funcionarios, ante la entidad estatal que asumiera el pago de dicha pensión, con acumulación de tiempos públicos en diferentes entidades estatales.”. Desde el treinta (30) de junio de 1995, las entidades territoriales como el Municipio de Cali, “solo tienen la obligación de pagar el Bono Pensional Tipo B a la entidad administradora del régimen de prima media a la cual se encuentre afiliado el solicitante, o el Bono Tipo A, si el solicitante se encuentra afiliado al régimen de ahorro individual (...) para lo cual se expiden las certificaciones laborales respectivas (...) tal como lo hizo el Municipio cuando lo solicitó el accionante (...) el bono pensional convalida el tiempo laborado o servido y no cotizado.”

Finalmente, reconoció que el Municipio de Cali tiene la obligación de pagar el bono pensional por el tiempo laborado por el Sr. Lorza Cuellar, “valor que aseguran está disponible en el momento que la entidad administradora de pensiones – ya sea del régimen de prima media o de ahorro individual a la cual se afilie o este afiliado el solicitante – nos lo requiera. Termina diciendo que no existe norma o reglamentación que permita a esta entidad o a otra que se encuentre en estas circunstancias, pagar indemnización sustitutiva, pues la ley solo les permite el pago de Bono Pensional.

Actuaciones procesales

Única instancia

De igual manera, adujo que basándose en la documentación aportada a la presente acción, no existe inmediatez en la petición de amparo pues el actor esperó aproximadamente cuarenta y un (41) años para reclamar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva.

Pruebas que obran en el expediente

-Copia de Certificación de información laboral, certificación de periodos de vinculación para pensiones y bonos pensionales (Folios 5 a 16 del cuaderno 1).

-Copia del Folio 4122-1-10-012 del 18 de enero de 2010 expedido por la Dirección de Desarrollo Administrativo, Grupo Seguridad Social del Municipio de Cali (Folios 1 y 2 del cuaderno 1).

-Copia de la Cédula de Ciudadanía del señor Jorge Enrique Lorza Cuellar (Folio 17 del cuaderno 1).

-Copia de la partida de bautismo del señor Jorge Enrique Lorza Cuellar, registrada por la Diócesis de Buga - Parroquia Santa María Magdalena del Municipio de Riofrio Valle del Cauca, de fecha 22 de octubre de 2009. (Folio 18 del cuaderno 1).

-Copia del escrito de contestación de la demanda de tutela por parte del Municipio de Cali - Dirección de Desarrollo Administrativo, de fecha 26 de marzo de 2010 (Folios 27 a 30 del cuaderno 1).

C. Expediente T- 3.293.817

El pasado dieciocho (18) de noviembre de dos mil diez (2010), el ciudadano Reinaldo Bautista Montealegre interpuso acción de tutela a fin de solicitar el amparo de sus derechos fundamentales a la igualdad, mínimo vital, seguridad social, los cuales, en su opinión, fueron vulnerados por CAJANAL, EICE EN LIQUIDACIÓN -Patrimonio Autónomo BuenFuturo-. De acuerdo con la solicitud de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, el accionante

sustenta su pretensión en los siguientes

## Hechos

1. Reinaldo Bautista Montealegre, de 62 años de edad<sup>21</sup>, laboró en el Instituto Nacional de Salud- Seccional Caquetá, en el cargo de Operario Calificado Grado 07, desde el 01 de junio de 1974 hasta el 14 de octubre de 1982, acreditando un total de 2.984 días laborados, correspondientes a 426 semanas.<sup>22</sup>

2. El dieciocho (18) de mayo de 2009, radicó solicitud ante CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN para reclamar el reconocimiento y pago de indemnización sustitutiva de pensión de vejez, manifestando que se encontraba imposibilitado para continuar cotizando.<sup>23</sup>

3. Mediante Resolución PAP 021748 del 26 de octubre de 2010<sup>24</sup>, CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN -Patrimonio Autónomo Buenfuturo-, negó la indemnización sustitutiva de pensión de vejez<sup>25</sup> aduciendo que “para ser acreedor al beneficio de la indemnización sustitutiva, es necesario que la persona se hubiere encontrado afiliada al Régimen General de Pensiones al momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es al 1º de abril de 1994, para el caso de los servidores públicos del orden nacional afiliados a CAJANAL ó para el momento en que lo haya determinado las autoridades administrativas y en todo caso a mas tardar el 30 de junio de 1995 (...)”, requisito que no cumple el actor, puesto que “los tiempos de servicio a los que hace referencia sucedieron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993”.<sup>26</sup>

## Fundamentos jurídicos de la solicitud de tutela

El demandante advierte que la decisión de CAJANAL EICE EN LIQUIDACION - Patrimonio Autónomo Buenfuturo, vulnera sus derechos fundamentales de la igualdad, mínimo vital, seguridad social y la protección reforzada constitucional de que gozan las personas de la tercera edad.

Considera que se debe tener en cuenta el precedente jurisprudencial constitucional de las Sentencias T-1088 de 2007 y T-597 de 2009<sup>27</sup>, en las que se indica que el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, lejos de consagrar una exigencia adicional para acceder a la indemnización

sustitutiva de pensión, en realidad se limita a establecer de manera expresa los dos requisitos necesarios para adquirir el derecho a esta prestación, estos son (i) que el afiliado cumpla la edad necesaria para acceder a la pensión y (ii) haberse retirado del servicio sin contar con el número mínimo de semanas cotizadas exigido para tener derecho a la pensión de vejez.

Por último, solicitó que se ordene al CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN y al Patrimonio Autónomo Buenfuturo el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez de conformidad con lo ordenado en las numerosas sentencias de la Corte Constitucional.

#### Intervención de la entidad demandada

Durante el término concedido por el a quo, la apoderada general de CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN, Liliana Urueta López, mediante comunicación del primero (1) de diciembre de 2010, solicitó la declaratoria de improcedencia de la acción de tutela por falta de subsidiariedad en la interposición de la acción siendo que existe otro mecanismo judicial de defensa y en el caso concreto, no se verifica un perjuicio irremediable.

Concretamente indicó que “el accionante en su oportunidad no hizo uso de los recursos de la vía gubernativa contra la determinación supuestamente vulneradora de sus derechos fundamentales”.

Así mismo, manifestó que el actor aún cuenta con otro mecanismo judicial de defensa ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa y que por tal razón “la acción de la referencia se decanta improcedente, atendiendo a la naturaleza residual y subsidiaria del mecanismo constitucional empleado y la total ausencia de un eventual perjuicio irremediable”

#### Actuaciones procesales

##### Primera instancia

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Florencia Caquetá, mediante sentencia del ocho (8) de abril de 201128, tuteló el derecho a la seguridad social del ciudadano Reinaldo Bautista Montealegre, dejando sin efectos la Resolución PAP 021748 del 26 de octubre de

2010, en virtud de la cual CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN había negado la indemnización sustitutiva de pensión de vejez al actor. Por consiguiente, ordenó a la demandada la expedición de un nuevo acto administrativo de reconocimiento de la prestación solicitada al Sr. Montealegre.

Consideró el juez de instancia que de acuerdo con el artículo 37 y 151 de la Ley 100 de 1993, al tutelante le asiste el derecho de indemnización sustitutiva, toda vez que “tiene la edad requerida para tal efecto, y admite que no ha cotizado el mínimo de semanas exigidas”.

La Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL EICE EN LIQUIDACION, en fecha 15 de abril de 2011, a través de la apoderada general para contestar acciones de tutela, Liliana Urueta López, impugnó la anterior decisión<sup>29</sup>.

Argumentó que debido a la existencia de un problema estructural por parte de CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN, reconocido por la Corte Constitucional mediante sentencia T-068 de 1998 y ratificado por la Sala Cuarta de Revisión de este mismo Tribunal mediante Auto 243 de 2010 por el cual se configura un estado de cosas inconstitucional en la entidad, ésta no puede “(...) resolver la petición del accionante en términos perentorios que no son de recibo dada la actualidad fáctica y jurídica que enfrenta”.

En consecuencia, solicitó se revoque el fallo impugnado e instó al juzgador a contemplar el procedimiento que la entidad ha adoptado para dar respuesta a cada una de las peticiones, programado para finales del mes de noviembre del año 2011.

## Segunda instancia

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia, mediante fallo del once (11) de julio de 2011<sup>30</sup>, revocó la providencia impugnada proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Florencia Caquetá de fecha ocho (8) de abril de 2011 y en su lugar negó por improcedente la acción de tutela.

Adujo el juzgador que el accionante cuenta con otro mecanismo de defensa y que además no demostró la existencia de perjuicio irremediable alguno. Al respecto indicó que “(...) el señor Bautista Montealegre no hizo uso de los recursos de Ley contra el acto administrativo mediante el cual la Caja Nacional de Previsión Social- CAJANAL EICE en liquidación, negó su

derecho a la indemnización sustitutiva.” En igual sentido advirtió que el accionante “no probó que los hechos que afirma son vulneratorios de sus derechos fundamentales (...) y que al no encontrarse acreditada la existencia de un perjuicio irremediable por afectación del derecho al mínimo vital, es claro que el tutelante cuenta con otros medios de defensa judicial para hacer efectiva su reclamación pensional”.

Pruebas que obran en el expediente

-Copia de Cédula de Ciudadanía del señor Reinaldo Bautista Montealegre. (Folio 28 del cuaderno 1)

-Copia de constancia laboral expedida por el Coordinador del Grupo de Recursos Humanos del Instituto Nacional de Salud, de fecha 15 de enero de 2009. (Folio 14 del cuaderno 1)

-Copia del Certificado de Servicios prestados a la Nación, expedido por el Coordinador del Grupo de Recursos Humanos del Instituto Nacional de Salud, de fecha 13 de enero de 2009. (Folios 17 y 18 del cuaderno 1)

-Copia del Certificado de salarios devengados entre el primero (1) de junio de 1974 y el catorce (14) de octubre de 1982, expedido por el Coordinador del Grupo de Recursos Humanos del Instituto Nacional de Salud, de fecha 13 de enero de 2009. (Folios 19 a 27 del cuaderno 1)

-Copia de derecho de petición de fecha 18 de mayo de 2009. (Folios 12 y 13 del cuaderno 1)

-Copia de la Resolución PAP 021748 del 26 de octubre de 2010, expedida por CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN, mediante la cual niega el derecho de indemnización sustitutiva de pensión de vejez. (Folios del 8 al 11 del cuaderno 1)

## II. ACTUACIONES SURTIDAS EN SEDE DE REVISIÓN

Mediante auto del diecisiete (16) de marzo de dos mil doce (2012), con base en lo dispuesto en el artículo 57 del Acuerdo 05 de 1992 y los artículos 179 y 180 del CPC, el magistrado sustanciador ordenó la práctica de ciertas pruebas, así:

Primero. ORDENAR que por Secretaría General de esta Corporación se oficie a CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN PATRIMONIO AUTÓNOMO BUENFUTURO, para que, dentro del término de los tres (3) días siguientes a la recepción de la presente comunicación, remita a este despacho: (i) fotocopia de la Resolución número PAP017355 del 15 de octubre de 2010 mediante la cual le negó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez a la Sra. Martha Beatriz Torres de Lora (Exp. T—3.283.730), (ii) fotocopia de historia laboral donde conste el número de semanas cotizadas por la Sra. Martha Beatriz Torres de Lora (Exp. T—3.283.730), y (iii) fotocopia de historia laboral donde conste el número de semanas cotizadas por el Sr. Reinaldo Bautista Montealegre. (Exp. T-3.293.817).

Segundo. ORDENAR que por Secretaría General de esta Corporación se oficie a la Sra. Martha Beatriz Torres de Lora<sup>31</sup> (Exp.T—3.283.730), al Sr. Jorge Enrique Lorza Cuellar<sup>32</sup> (Exp. T—3.288.227), y al Sr. Reinaldo Bautista Montealegre<sup>33</sup> (Exp. T—3.293.817), para que dentro del término de los tres (3) días siguientes a la recepción de la presente comunicación, remitan a este despacho certificado donde declaren su imposibilidad de continuar cotizando al sistema de seguridad social en pensiones.

De acuerdo con los oficios OPTB 190/191/192/193 del once (11) de abril de dos mil doce (2012) de la Secretaría de esta Corporación, las entidades oficiadas respondieron al comunicado allegando las pruebas solicitadas.<sup>34</sup>

### III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

#### Competencia

1.-Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

#### Presentación del caso y planteamiento del asunto objeto de revisión

2.-En atención a lo expuesto, esta Sala de Revisión debe determinar si en los tres casos que conoce, los demandados (CAJANAL IECE - BUEN FUTURO patrimonio autónomo y el Municipio de Santiago de Cali) vulneraron el derecho fundamental a la seguridad social, a la igualdad y

al mínimo vital de los actores al negarles el reconocimiento de una indemnización sustitutiva.

De un lado, en los expedientes T-3.283.730 y T-3.293.817, con fundamento en que los afiliados realizaron las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993. De otro, en el expediente T-3.288.227, en razón a que el régimen anterior a la ley 100 de 1993, aplicable a los servidores públicos (leyes 6 de 1945 y 33 de 1985), no contemplaba la figura de la indemnización sustitutiva.

3.-A fin de resolver el asunto, la Sala se pronunciará sobre los siguientes tópicos: (i) la seguridad social como derecho constitucional fundamental y su protección por medio de la acción de tutela. Reiteración de Jurisprudencia; (ii) la indemnización sustitutiva y la devolución de saldos en el Sistema de Seguridad Social Integral. El caso de las personas que cotizaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y finalmente procederá al (iii) examen del caso concreto.

La seguridad social como derecho constitucional fundamental y su protección por medio de la acción de tutela. Reiteración de Jurisprudencia.

4.-La seguridad social se erige en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho constitucional a cuyo cumplimiento se compromete el Estado, según se sigue de la lectura del artículo 48 superior, el cual prescribe lo siguiente: “Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social”<sup>35</sup>.

5.-La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho a la seguridad social se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional pues son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social<sup>36</sup>. El artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona afirma que:

“Artículo XVI. 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”.

Así mismo se encuentra estipulado en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales:

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.

De manera similar, el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prescribe:

“Artículo 9. Derecho a la Seguridad Social. 1. 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”.

En el mismo sentido el Código Iberoamericano de la Seguridad Social, aprobado por la ley 516 de 1999, en su artículo 1, establece:

“El Código reconoce a la Seguridad Social como un derecho inalienable del ser humano”.

De la lectura de las normas transcritas se deduce que el derecho a la seguridad social protege a las personas que están en imposibilidad física o mental para obtener los medios de subsistencia que le permitan llevar una vida digna a causa de la vejez, del desempleo o de una enfermedad o incapacidad laboral.

6.-Como se puede apreciar, el derecho a la seguridad social demanda el diseño de una estructura básica que, en primer lugar, establezca las instituciones encargadas de la prestación del servicio y precise, además, los procedimientos bajo los cuales éste debe discurrir. En segundo término, debe definir el sistema a tener en cuenta para asegurar la provisión de fondos que garanticen su buen funcionamiento. En este punto cobra especial importancia la labor del Estado, el cual, por medio de asignaciones de sus recursos fiscales, tiene la obligación constitucional de brindar las condiciones necesarias para asegurar el goce del derecho irrenunciable a la seguridad social<sup>37</sup>.

7.-De acuerdo a la clasificación ampliamente difundida en la doctrina que se ha ocupado de los derechos fundamentales, la cual toma como base el proceso histórico de surgimiento de estas garantías como parámetro de consulta para establecer la naturaleza de tales derechos, la seguridad social es un derecho que se inscribe en la categoría de los derechos de segunda

generación –igualmente conocidos como derechos sociales o de contenido económico, social y cultural-.

8.-En el ordenamiento jurídico colombiano y, durante un amplio lapso, la doctrina constitucional – incluida la jurisprudencia de la Corte Constitucional -, acogió la distinción teórica entre derechos civiles y políticos, de una parte, y derechos sociales, económicos y culturales, de otra. Los primeros generadores de obligaciones negativas o de abstención y por ello reconocidos en su calidad de derechos fundamentales y susceptibles de protección directa por vía de tutela. Los segundos, desprovistos de carácter fundamental por ser fuente de prestaciones u obligaciones positivas, frente a los cuales, por ésta misma razón, la acción de tutela resultaba, en principio, improcedente.

Sin embargo, desde muy temprano, el Tribunal Constitucional colombiano admitió que los derechos sociales, económicos y culturales, llamados también de segunda generación, podían ser amparados por vía de tutela cuando se lograba demostrar un nexo inescindible entre estos derechos de orden prestacional y un derecho fundamental, lo que se denominó “tesis de la conexidad” 38.

Otra corriente doctrinal ha mostrado, entretanto, que los derechos civiles y políticos así como los derechos sociales, económicos y culturales son derechos fundamentales que implican obligaciones de carácter negativo como de índole positiva<sup>39</sup>. El Estado ha de abstenerse de realizar acciones orientadas a desconocer estos derechos (deberes negativos del Estado) y con el fin de lograr la plena realización en la práctica de todos estos derechos – políticos, civiles, sociales, económicos y culturales – es preciso, también, que el Estado adopte un conjunto de medidas y despliegue actividades que implican exigencias de orden prestacional (deberes positivos del Estado).

Según esta óptica, la implementación práctica de todos los derechos constitucionales fundamentales siempre dependerá de una mayor o menor erogación presupuestaria, de forma tal que despojar a los derechos sociales – como el derecho a la salud, a la educación, a la vivienda, al acceso al agua potable entre otros – de su carácter de derechos fundamentales por ésta razón resultaría no sólo confuso sino contradictorio.

9.-Es por ello que en pronunciamientos más recientes esta Corte ha señalado que todos los derechos constitucionales son fundamentales<sup>40</sup> pues se conectan de manera directa con los

valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención). Significan, de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho, no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios – económicos y educativos – indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar. De ahí el matiz activo del papel del Estado en la consecución de un mayor grado de libertad, en especial, a favor de aquellas personas ubicadas en un situación de desventaja social, económica y educativa. Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter positivo o de acción).

10.-Ahora bien, una cosa es la fundamentalidad de los derechos y otra muy distinta, la posibilidad de hacerlos efectivos a través de la acción de tutela. Existen facetas prestacionales de los derechos fundamentales sean éstos civiles, políticos, económicos, sociales o culturales, como el derecho a la pensión de vejez, cuya implementación política, legislativa, económica y técnica es más exigente que la de otras y depende de fuertes erogaciones económicas en un contexto de escasez de recursos. Esto supone que algunas veces sea necesario adoptar políticas legislativas y/o reglamentarias para determinar específicamente las prestaciones exigibles y las condiciones para acceder a las mismas, las instituciones obligadas a brindarlas y su forma de financiación, teniendo en cuenta que se debe atender, de modo prioritario, a quienes más lo necesitan. Sobra decir que, en esta tarea, el legislador y la administración deben respetar los mandatos constitucionales y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad, para lo cual deben tener en cuenta las interpretaciones que los órganos autorizados han hecho sobre el alcance de los derechos que reconocen estas normas<sup>41</sup>.

En este sentido, la Corte ha señalado que sólo una vez adoptadas las medidas de orden legislativo y reglamentario, si se cumplen los requisitos previstos en estos escenarios, las personas pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de estos derechos fundamentales cuando quiera que éste se encuentre amenazado de vulneración o

haya sido conculcado<sup>42</sup>, previo análisis de los requisitos de procedibilidad de este mecanismo constitucional.

11.-La anterior regla tiene una excepción, pues también ha indicado la Corte que ante la renuencia de las instancias políticas y administrativas competentes en adoptar e implementar medidas orientadas a realizar estos derechos fundamentales en la práctica, los jueces pueden hacer efectivo su ejercicio por vía de tutela cuando la omisión de las autoridades públicas termina por desconocer por entero la conexión existente entre la falta de protección de los derechos fundamentales y la posibilidad de llevar una vida digna y de calidad, especialmente de sujetos de especial protección o, en general, de personas colocadas en situación evidente de indefensión<sup>43</sup>.

12.-De otra parte, de acuerdo con el postulado de subsidiariedad destacado en el inciso 3° del artículo 86 superior, en principio no corresponde al juez de tutela resolver este tipo de controversias en la medida en que el ordenamiento jurídico ha dispuesto un cauce procedimental específico para la composición de esta suerte de litigios. Así las cosas, la Jurisdicción laboral y de la seguridad social es la encargada de dar aplicación a dicha normatividad y, en consecuencia, ha recibido el alto encargo de garantizar protección a esta garantía iusfundamental.

13.-Sin embargo, en aplicación del mismo principio de subsidiariedad, el cual establece una excepción a tales recursos ordinarios de amparo, la jurisprudencia constitucional ha reparado en eventos específicos en los que, a pesar de la existencia de un medio de protección, resulta imperiosa la necesidad de intervención por parte del juez de tutela con el objetivo de conjurar la materialización de un perjuicio irremediable, circunstancia que indica la falta de idoneidad de los instrumentos habituales en el caso concreto para garantizar la protección del derecho fundamental amenazado.

14.-De acuerdo con el principio en mención, la pretensión de amparo del derecho a la seguridad social por vía de tutela resulta admisible a condición de satisfacer los requisitos de procedibilidad de la acción. Así las cosas, en este tipo de pretensiones es menester que se acredite el cumplimiento de las siguientes condiciones: (i) en primer lugar, es necesario que la controversia planteada suponga un problema de relevancia constitucional, conclusión a la que arriba el juez de tutela no sólo a partir del análisis del conjunto de condiciones objetivas

en las que se encuentre el accionante, sino al adelantar un examen de la cuestión a partir de un prisma constitucional, el cual le permite inferir la necesidad de realizar un pronunciamiento para efectos de garantizar la aplicación de los principios superiores en el caso concreto<sup>44</sup>. (ii) En segundo término, es preciso que el problema constitucional planteado aparezca probado de manera tal que la verificación de la vulneración del derecho fundamental no requiera un esfuerzo probatorio que desborde las facultades y competencias del juez de amparo<sup>45</sup>. (iii) Para terminar, es necesario demostrar que el mecanismo judicial ordinario dispuesto por el ordenamiento resulta insuficiente para proteger, en el caso concreto, la garantía a la seguridad social como instrumento de materialización de la dignidad humana.

Establecido el alcance del derecho a la seguridad social a la luz del texto constitucional y el bloque de constitucionalidad, procede la Sala a examinar el contenido y los elementos de las prestaciones de indemnización sustitutiva y devolución de saldos en el sistema de seguridad social.

La indemnización sustitutiva y la devolución de saldos en el Sistema de Seguridad Social Integral. El caso de las personas que cotizaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

15.-En abundante jurisprudencia<sup>46</sup> la Corte Constitucional se ha ocupado de establecer los elementos y los fundamentos sobre los que descansan las prestaciones que, mediante su establecimiento en el sistema general de seguridad social, pretenden aliviar la situación en la que se encuentran las personas que no logran cotizar la totalidad de las semanas exigidas por la Ley o el capital requerido para el reconocimiento de las pensiones de vejez, invalidez o de sobrevivientes, según sea el caso.

16.-De acuerdo con la organización general del sistema en materia de pensiones, se observa que en el régimen de prima media con prestación definida dicha figura encuentra desarrollo en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 bajo el nombre de indemnización sustitutiva. La aludida disposición establece lo siguiente para el caso específico del cubrimiento de la contingencia 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”

17.-Por su parte, en lo atinente al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el artículo 66 de la misma ley se encuentra la siguiente previsión para aquellos eventos en los que el cotizante no reúna los requisitos establecidos para el reconocimiento del derecho pensional:

“Quienes a las edades previstas en el artículo anterior<sup>47</sup> no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a este hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho.”

18.-Como se sigue de las disposiciones transcritas, se observa que tanto la indemnización sustitutiva como la devolución de saldos son prestaciones que actúan como sucedáneas de la pensión de vejez en aquellos eventos en los cuales, a pesar de alcanzar un determinado requisito de edad, la persona no satisface a plenitud las exigencias establecidas por la ley de seguridad social para obtener el reconocimiento y pago de la mesada pensional<sup>48</sup>, bien porque el número de semanas cotizadas no alcanza el total requerido por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 en el régimen de prima media, o debido a que el capital ahorrado no resulta suficiente en el caso del régimen de ahorro individual<sup>49</sup>.

19.-Según fue puesto de presente por el Congreso de la República en el literal p) del artículo 2° de la Ley 797 de 2003 “Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales”, el establecimiento de estas prestaciones constituye una de las características esenciales del sistema de seguridad social en materia de pensiones. Sobre el particular, es preciso anotar que esta disposición fue sometida a control constitucional por parte de esta Corporación en sentencia C-375 de 2004, oportunidad en la que la Sala Plena examinó tres cargos de inconstitucionalidad formulados con fundamento en la supuesta infracción de lo dispuesto en los artículos 13, 16 y 48 del texto constitucional. En

la providencia en mención, luego de adelantar un análisis general a propósito del estatuto de los derechos pensionales en nuestro ordenamiento, la Corte declaró la exequibilidad de la disposición censurada bajo el entendido según el cual “dicho literal no ordena el retiro del trabajador, sino que le confiere la facultad de solicitar la cancelación de la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos o continuar cotizando hasta alcanzar el monto requerido para acceder a la pensión mensual vitalicia de jubilación”.

20.-Según fue indicado en sentencia T-981 de 2003, estas prestaciones se encuentran orientadas a ofrecer a las personas que están cotizando al sistema de seguridad social una suerte de “compensación” en cuya virtud se restituye el capital aportado de acuerdo con las fórmulas designadas en la ley y en los reglamentos correspondientes<sup>50</sup>. En sentido análogo, en sentencia T-750 de 2006 la Corte manifestó de manera expresa que por esta vía se reconoce una auténtica acreencia que le permite al cotizante “recuperar los aportes efectuados durante el período laboral, ante la imposibilidad de obtener la pensión”

21.-Ahora bien, en sentencia T-546 de 2008 la Corte resolvió el interrogante a propósito de la eventual prescripción de estos derechos. Sobre el particular, reiterando el precedente consignado en la sentencia C-230 de 1997, indicó que el punto de partida desde el cual ha de iniciar esta indagación se encuentra en el principio de la imprescriptibilidad de los derechos pensionales que se encuentra consagrado en el texto constitucional en los artículos 1°, 46 y 48. De manera puntual, en la providencia en comento la Sala indicó lo siguiente:

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

22.-A lo anterior es preciso agregar que la naturaleza imprescriptible de la indemnización sustitutiva y de la devolución de saldos no sólo se sigue de la caracterización de estas

prestaciones como derechos pensionales. Tal determinación es, adicionalmente, impuesta por el talante de los bienes jurídicos cuya protección pretenden garantizar, pues en ambos casos persiguen la satisfacción de los derechos a la conservación del mínimo vital, a la vida digna, y muy particularmente del derecho fundamental a la seguridad social<sup>51</sup>.

23.-De otro lado, según fue indicado en sentencia T-746 de 2004, la referida conclusión relativa al carácter imprescriptible de las prestaciones objeto de análisis encuentra particular significado en la medida en que, como regla general, las personas que persiguen su reconocimiento son sujetos de especial protección debido a su edad avanzada, a la considerable pérdida de su capacidad laboral, o al estado de indefensión en que se hallan debido a la pérdida de la persona encargada de garantizar su manutención.

24.-Interesa resaltar ahora que en sentencia C-375 de 2004 la Sala Plena precisó que la inclusión de estas prestaciones en el sistema de seguridad social no impone a los cotizantes que cumplen el supuesto de hecho de las disposiciones anteriormente transcritas, la obligación de continuar realizando aportes al sistema hasta tanto no cumplan los requisitos establecidos. En esta misma dirección, la Corte detalló que el establecimiento de dichas prestaciones tampoco sugiere que las personas se encuentren llamadas a declinar forzosamente la expectativa de obtener la pensión de vejez para en su lugar recibir la indemnización sustitutiva o el saldo correspondiente, pues los interesados se encuentran autorizados para proseguir llevando a cabo las cotizaciones correspondientes.

25.-Ahora bien, en cuanto al término del que disponen las entidades encargadas de realizar el reconocimiento y pago de estas prestaciones, en sentencia T-513 de 2007 la Corte manifestó que dicho lapso seguía la regla general aplicable a las solicitudes interpuestas en ejercicio del derecho reconocido en el artículo 23 de la Constitución Nacional. No obstante, añadió que, dada la complejidad de la materia, cuando el término de quince días resultase insuficiente para emitir una decisión definitiva respecto de la prosperidad de la reclamación, aquéllas deberán manifestar al ciudadano dicha situación y, adicionalmente, habrán de informarle la fecha en la que tendrá lugar la efectiva respuesta a su petición. Empero, de acuerdo con lo establecido en sentencia T-981 de 2003 y en la providencia en comento, en ningún caso el plazo indicado por la entidad podrá ser superior a cuatro meses.

26.-Por último, para concluir la presentación del panorama normativo y jurisprudencial que

habrá de ser empleado para la solución de la controversia planteada a la Sala, es menester establecer si las disposiciones que hasta ahora han sido analizadas resultan aplicables para todos los habitantes del territorio nacional sin importar el momento en que fueron realizadas las correspondientes cotizaciones. Se trata de determinar si la circunstancia de haber llevado a cabo dichas cotizaciones con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -texto legal que creó las prestaciones objeto de análisis- constituye un obstáculo para su reconocimiento dado que aquélla no se encontraba en rigor en dichos períodos.

Este interrogante ha sido abordado con detalle por esta Corporación en las sentencias T-972 de 2006 y T-1088 de 2007. En estos pronunciamientos, que han sido objeto de posterior reiteración, la Corte indicó que las disposiciones en las que se encuentra la regulación legal de la indemnización sustitutiva y la devolución de saldos son de perentorio cumplimiento y su ejecución debe ser asegurada en “todas aquellas situaciones que al momento de su expedición no se hubieren consolidado”. Así las cosas, el margen de aplicación de estos derechos prestacionales no se restringe a los supuestos de hecho que se originen y perfeccionen con posterioridad a la promulgación de la Ley 100 de 1993 pues, en sentido contrario, aquel se extiende hasta alcanzar los casos en los que el período de cotización fue realizado antes de la adopción del texto legal. Así lo imponen no sólo las razones que pasan a ser objeto de reiteración de los pronunciamientos judiciales en comento, sino también la prohibición de discriminación en materia de seguridad social (Vid supra) pues una restricción tal supondría un tratamiento desigual que, al mismo tiempo que afecta a un sector de la población particularmente vulnerable -toda vez que si la cotización fue realizada en ese entonces, se trata de personas considerablemente mayores a los beneficiarios de la prestación establecida-, no cuenta con una razón constitucionalmente atendible que lo justifique.

En las sentencias indicadas la Corte señaló que estas disposiciones que en esencia recogen dispositivos de protección legal a favor de personas que no se encuentran en condiciones para continuar realizando las cotizaciones exigidas para efectos de conseguir el reconocimiento de su derecho pensional- son aplicables para personas que hubiesen llevado a cabo la cotización exigida por la ley antes de la aprobación del texto enunciado por las tres siguientes razones: (i) Los contenidos normativos objeto de análisis hacen parte de la Ley de seguridad social, la cual a su turno enriquece el contenido del corpus del derecho laboral. En ese sentido, es menester tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 16 del Código Sustantivo

del Trabajo a propósito de la aplicación de estas normas, las que “por ser de orden público, producen efecto general inmediato”. En esta misma dirección, se halla lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 100 de 1993: “El sistema general de pensiones, con las excepciones previstas en el artículo 279 de la presente Ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional”.

(ii) Para efectos de asegurar la satisfacción de los principios de eficiencia y continuidad del servicio, en la Ley que en nuestro ordenamiento inauguró el Sistema de Seguridad Social Integral se dispuso el reconocimiento de los períodos cotizados con antelación a su entrada en vigencia para efectos de determinar el cumplimiento de los requisitos establecidos para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes. De manera puntual, el literal f) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 señala que “para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente Ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio”. Más aun, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 2° del Decreto 1730 de 2001, al momento de realizar la estimación pecuniaria del monto de la indemnización sustitutiva reclamada es preciso tomar en consideración la totalidad de las semanas cotizadas, “aún las anteriores a la Ley 100 de 1993”.

(iii) Finalmente, en atención a que las disposiciones legales encargadas de regular el alcance y la aplicación de estas prestaciones no establecieron limitación alguna en lo relativo a eventuales exclusiones por razón del momento en que fueron realizadas las cotizaciones, debe aplicarse la regla general anteriormente indicada -art. 16 C. S. T.- sobre la ejecución inmediata de la ley laboral dado su talante de orden público.

27.-Con fundamento en las razones que hasta ahora han sido presentadas, en la sentencia T-1088 de 2007 la Corte concluyó lo siguiente:

“las normas que regulan lo referente a la indemnización sustitutiva también tienen aplicación en relación con aquellas personas que cotizaron bajo la vigencia de la anterior normatividad y cuya situación jurídica no se consolidó en aplicación de normas precedentes, lo que exige que su definición se efectúe bajo el imperio de la Ley 100 de 1993. En consecuencia, las

entidades encargadas de su reconocimiento no pueden oponerse a éste bajo el argumento de que las cotizaciones de hayan realizado con anterioridad a la Ley 100 de 1993 y que, en consecuencia, no son las aplicables las disposiciones normativas de dicha Ley, ya que, tal como se estableció, las normas establecidas en la Ley 100 de 1993 son de orden público, lo que implica que ellas son de inmediato y obligatorio cumplimiento y, por tanto, afectan situaciones no consolidadas que se encuentren en curso”.

28.-Ahora bien, cabe resaltar que en estas dos sentencias la Corte se pronunció en sede de revisión sobre sendas acciones de tutela que habían sido interpuestas por ciudadanos a quienes, una de las entidades que también fue demandada en esta oportunidad (CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN) negó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva alegando que los requisitos establecidos en la ley habían sido cumplidos con anterioridad a la promulgación de la Ley 100 de 1993. Así, en aplicación de las consideraciones objeto de reiteración, la Sala Quinta ordenó el reconocimiento de la prestación demandada como medio de protección de los derechos fundamentales conculcados. En esta misma dirección, en sentencia T-099 de 2008 la Sala Segunda de Revisión ordenó al Departamento de Cundinamarca reconocer y sufragar la indemnización sustitutiva que había sido negada a una persona por las mismas razones que han sido materia de consideración.

El examen del caso concreto

A. Expediente T-3.283.730

29.-La ciudadana Martha Beatriz Torres de Lora, quien actualmente tiene 64 años de edad, dirigió la solicitud de amparo en contra de CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN por cuanto dicha entidad rechazó la petición de reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en atención a que los períodos de cotización con fundamento en los que se apoya la pretensión del accionante ocurrieron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

30.-Según se encuentra acreditado en el expediente, de manera puntual CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN se opuso a dicha exigencia en los siguientes términos: “para hacerse acreedor al beneficio de la indemnización sustitutiva, es necesario que la persona se hubiere encontrado afiliada al Régimen General de Pensiones al momento de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, esto es al primero (1) de abril de 1994, para el caso de los servidores

públicos del orden nacional afiliados a Cajanal, y para el momento en que lo haya determinado las autoridades administrativas y en todo caso, a más tardar el 30 de junio de 1995 (para los servidores del orden municipal, departamental o distrital) y que con posterioridad a esta fecha se retiren o manifiesten su imposibilidad de seguir cotizando. Para el caso de los servidores públicos es importante indicar que las normas pensionales que regían con anterioridad a la ley 100 de 1993, tales como el Decreto 1848 de 1964, Ley 33 de 1985 y la Ley 71 de 1988, no establecía la figura de la indemnización sustitutiva en el sector público.” (Negrilla fuera del texto original)

31.-Para efectos de establecer si la oposición manifestada por la entidad demandada constituye una infracción del derecho fundamental a la seguridad social del accionante cuyo amparo pueda ser exigido por vía de tutela, es menester tener en cuenta las tres exigencias destacadas el fundamento jurídico No. 14 de esta providencia, para así determinar si en esta oportunidad se satisface el principio de subsidiariedad de la acción:

(i) En primer lugar, advierte la Sala que la controversia planteada supone un problema de relevancia constitucional en la medida en que la decisión cuestionada por esta vía, obliga al análisis de la definición de la seguridad social contenida en el texto constitucional como “derecho irrenunciable” a favor de “todos los habitantes”, toda vez que la entidad demandada estaría estableciendo requisitos que no sólo son ajenos a la Ley sino que, adicionalmente, controvierten la Constitución Nacional dada la universalidad que debe caracterizar al sistema, según lo dispuesto en el artículo 48 superior. En ese sentido, la Sala observa que el asunto objeto de discusión no orbita sobre un punto de definición meramente legal pues de su decisión depende la conservación del mínimo vital del accionante en la medida en que, de acuerdo con el desarrollo legal ofrecido a la indemnización sustitutiva, su reconocimiento pretende ofrecer alguna alternativa económica que permita resolver la ausencia de una mesada pensional y la imposibilidad de continuar cotizando al sistema. (ii) En segundo lugar, el problema constitucional planteado, es decir, los elementos necesarios para determinar si hubo o no vulneración del derecho fundamental se encuentran debidamente acreditados. (iii) En tercer lugar, a juicio de la Sala, debido a la avanzada edad avanzada de la Sra. Torres de Lora, esta debe ser considerada como un sujeto de especial protección constitucional<sup>52</sup> por pertenecer a la categoría de los adultos mayores, conforme al artículo 7° de la Ley 1276 de 2007<sup>53</sup>, según el cual ostentan dicha calidad quienes tengan 60 años o más de edad.<sup>54</sup>

Esto, en razón a que la accionante, (a) no tiene una vida laboral activa y por lo tanto, no cuenta con otros medios de subsistencia distintos al derecho reclamado lo que constituye una amenaza de su mínimo vital; (b) debido a su avanzada edad, no tiene mayores posibilidades de acceder al mercado laboral y por lo tanto de seguir cotizando al sistema de seguridad social integral, y que como consecuencia de lo anterior (c) las acciones ordinarias no constituyen un medio idóneo para reclamar tal derecho ya que la solución de la controversia podría superar la expectativa de vida de la accionante<sup>55</sup>.

32.-Los anteriores argumentos hacen que no sea razonable y proporcionado someter a la actora a acudir a la jurisdicción contencioso administrativa o a la jurisdicción ordinaria laboral para lograr el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Por estas razones, la Sala considera que el reconocimiento de la prestación solicitada por la Sra. Martha Beatriz Torres de Lora resulta procedente por vía de tutela.

33.-Ahora bien, luego de haber acreditado la procedencia del amparo es preciso recordar lo dispuesto por el artículo 37 de la ley 100 de 1993, disposición que desarrolla la figura de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida, y así mismo insistir en lo que ha entendido este Tribunal luego de analizar la mencionada disposición.

“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 (...)”

Respecto a la anterior disposición, como se vio, la jurisprudencia ha establecido que la circunstancia de haber llevado a cabo las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones o haber prestado los servicios con antelación a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, no puede constituir, en ningún caso, un obstáculo para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva.<sup>56</sup>

34.-Esta postura tiene sustento en diversos principios superiores y normas infra-constitucionales que permiten al operador jurídico efectuar una interpretación completa de la Ley en materia laboral que sea respetuosa de la figura de Estado Social de Derecho. Así, se consideró que una interpretación diferente a la efectuada por este Tribunal Constitucional, (i) Desconoce la prohibición de discriminación en materia de seguridad social, pues crear

restricciones a las personas que cotizaron o laboraron antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, como en este caso, para acceder al reconocimiento de la indemnización sustitutiva, supondría un tratamiento desigual respecto de los demás cotizantes o trabajadores y al mismo tiempo afectaría a un sector de la población particularmente vulnerable “toda vez que si la cotización fue realizada en ese entonces, se trata de personas considerablemente mayores a los beneficiarios de la prestación establecida”. (ii) Constituye un “enriquecimiento sin justa causa de la entidad a la cual efectuó aportes” 57 o para la cual trabajó, siendo que la entidad a la cual se prestaron los servicios o el fondo o caja a la cual se realizaron los aportes, no tiene porque beneficiarse injustificadamente de las reservas o cotizaciones efectuadas para el reconocimiento de derechos pensionales de sus trabajadores o afiliados. Y (iii) transgrede el principio de hermenéutica laboral in dubio pro operario, que es en si mismo, la estricta aplicación del principio constitucional de la favorabilidad en materia laboral (Artículo 53 C.P.).

Además, la interpretación de la normatividad en este materia, se ha fundamentado en que (iv) las normas que componen el corpus del derecho laboral, son normas de orden público, razón por la cual producen efecto general inmediato (artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo), y se aplican a todos los habitantes del territorio nacional (Artículo 11 de la Ley 100 de 1993). (v) Igualmente, la misma Ley 100 en su artículo 13 literal f), dispuso expresamente el reconocimiento de los períodos cotizados con antelación a su entrada en vigencia para efectos de determinar el cumplimiento de los requisitos establecidos para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes.<sup>58</sup> Finalmente, se atendió al hecho de que (vi) la normatividad que regula la materia no establece limitación alguna en lo relativo a eventuales exclusiones por razón del momento en que fueron realizadas las cotizaciones.

35.-En esta misma línea, la Corte determinó que las normas que regulan la indemnización sustitutiva son de perentorio cumplimiento y su ejecución debe asegurarse “en todas aquellas situaciones que al momento de su expedición no se hubieren consolidado”. Lo anterior quiere decir que ese derecho prestacional no se puede restringir únicamente a los supuestos de hecho perfeccionados después de la Ley 100 de 1993.

36.-De manera que una lectura de las normas legales que honre el principio de interpretación conforme a la Constitución no puede desconocer, para efectos de determinar la existencia del derecho a la indemnización sustitutiva, las semanas cotizadas o laboradas antes de la

entrada en vigencia de la ley 100 de 1993. Una posición que se niegue a contar dichas semanas desconocería la postura trazada en una línea jurisprudencial reiterada y constante, de manifestación actual y de aplicación a casos análogos al ahora resuelto por la Corte.

37.-En consecuencia, en atención a que se encuentra acreditado que la accionante laboró en la Unidad Especial de Aeronáutica Civil por un periodo total de 2.315 días (330 semanas) y que aunado a lo anterior, la indemnización sustitutiva correspondiente fue negada con fundamento en el hecho indicado, la Sala procederá a revocar la decisión de instancia y, en su lugar, concederá el amparo del derecho fundamental a la seguridad social del demandante. Por consiguiente, se ordenará a CAJANAL IECE -Patrimonio Autónomo Buen Futuro, que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas contado a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a reconocer y sufragar el valor correspondiente a la indemnización sustitutiva de la ciudadana Martha Beatriz Torres de Lora, de acuerdo con las semanas de cotización que han sido debidamente acreditadas.

38.-Finalmente, esta Sala considera pertinente advertir que, dado que la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, en este caso, (i) es un derecho cierto constituido por una prestación única, no discutido por la demandada y por el contrario certificado por la misma en el expediente al reconocer que el trabajador acreditó un total de 2.315 días laborados (330 semanas), y en razón a que (ii) se trata de una prestación que no esta llamada a ser tasada por el juez ordinario laboral, sino que por el contrario debe ser reconocida, tasada y sufragada por la entidad misma o por el fondo o caja de pensiones a la cual ésta realizó las cotizaciones, el reconocimiento de la misma tendrá efectos definitivos.

#### C. Expediente T-3.293.817

39.-Este asunto comparte los supuestos fácticos que motivaron la interposición de la acción de tutela en el caso A, por lo cual, dado que las consideraciones precedentes son igualmente aplicables en el presente caso, éste se analizará en segundo lugar para efectos metodológicos.

40.-El ciudadano Reinaldo Bautista Montealegre, quien actualmente tiene 62 años de edad, dirigió la solicitud de amparo en contra de CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN por cuanto dicha entidad rechazó la petición de reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en atención a que, como lo dijo en caso precedente, sus períodos de cotización

ocurrieron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

41.-La demandada - CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN - en este caso también se opuso a esta pretensión aduciendo que para proceder a dicho reconocimiento, el actor debía haber estado afiliado al Régimen General de Pensiones al momento de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993. Además, manifestó que las normas pensionales que regían con anterioridad a la ley 100 de 1993 no establecían la figura de la indemnización sustitutiva en el sector público.

42.-Ahora bien, esta Sala con el fin de determinar si se satisface el principio de subsidiariedad de la acción en el asunto sub examine, verificó como en el caso anterior (i) que la controversia constituye un asunto de relevancia constitucional, (ii) que el problema constitucional planteado se encuentra debidamente acreditado en el expediente, y finalmente (iii) que debido a la avanzada edad avanzada del Sr. Reinaldo Bautista, éste debe ser considerado como un sujeto de especial protección constitucional<sup>59</sup> por pertenecer a la categoría de los adultos mayores, conforme al artículo 7° de la Ley 1276 de 2007<sup>60</sup>, según el cual ostentan dicha calidad quienes tengan 60 años o más de edad.<sup>61</sup> Lo anterior, como se dijo para el caso anterior, dado que el actor (a) no tiene una vida laboral activa y por lo tanto, no cuenta con otros medios de subsistencia; (b) no tiene mayores posibilidades de acceder al mercado laboral y de seguir cotizando y en consecuencia, para éste (c) las acciones ordinarias no constituyen un medio idóneo para reclamar tal derecho ya que la solución de la controversia podría superar su expectativa de vida. Por estas razones, la Sala considera que el reconocimiento de la prestación solicitada por el actor resulta procedente por vía de tutela.

43.-Luego de haber confirmado la procedencia del amparo es preciso recordar lo dispuesto por ésta Corte al determinar el alcance del artículo 37 de la ley 100 de 1993 que desarrolla la figura de la indemnización sustitutiva. Esta Corte ha considerado, entonces, de forma reiterada que la circunstancia de haber llevado a cabo las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones o haber prestado los servicios con antelación a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, no puede constituir, en ningún caso, un obstáculo para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva.<sup>62</sup>

44.-Lo anterior, como se ha dicho, en razón a que el no reconocimiento de esta prestación a estos servidores públicos: (i) Desconoce la prohibición de discriminación en materia de

seguridad social. (ii) Constituye un “enriquecimiento sin justa causa de la entidad para la cual trabajó el actor. (iii) Transgrede el principio constitucional de la favorabilidad en materia laboral. (iv) No responde al carácter de orden público del corpus del derecho laboral, ni a su efecto general inmediato y aplicación universal. (v) Equivale a contemplar una limitación del derecho que no establece la normatividad.

45.-De manera que una lectura de las normas legales que honre el principio de interpretación conforme a la Constitución no puede desconocer, para efectos de determinar la existencia del derecho a la indemnización sustitutiva, las semanas cotizadas antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993. Una posición que se niegue a contar dichas semanas desconocería, como ya lo hemos dicho, una postura trazada en una línea jurisprudencial reiterada y constante de este Tribunal.

46.-Por tal razón, en atención a que se encuentra acreditado que el Sr. Montealegre laboró en el Instituto Nacional de Salud - Seccional Caquetá - por un periodo total de 2.984 días (426 semanas)<sup>63</sup> y que la indemnización sustitutiva fue negada por no haber estado el actor afiliado al Régimen General de Pensiones al momento de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, contrariando abiertamente la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, la Sala procederá a revocar la decisión de segunda instancia y, en su lugar, concederá el amparo del derecho fundamental a la seguridad social del demandante. Por consiguiente, se ordenará a CAJANAL IECE -Patrimonio Autónomo Buen Futuro, que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas contado a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a reconocer y sufragar el valor correspondiente a la indemnización sustitutiva del Sr. Reinaldo Bautista Montealegre de acuerdo con las semanas de cotización que han sido debidamente acreditadas.

47.-Por último, como quedó establecido para el caso anterior, el juez de tutela procederá al reconocimiento de esta prestación de forma definitiva en la medida en que el objeto de la pretensión es un derecho cierto constituido por una prestación única, no discutido por la demandada, y que no está llamado a ser definido por el juez ordinario laboral.

B. Expediente T-3.288.227

48.-El accionante, Sr. Jorge Enrique Lorza Cuellar de 77 años de edad, dirigió solicitud de amparo en contra del Municipio de Santiago de Cali por cuanto dicha entidad rechazó la

petición de reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez aduciendo que “el Municipio de Santiago de Cali, no tiene la calidad de entidad administradora de pensiones” y que por tal razón, “no le descontó en nómina para pensión [al actor], ni se encontraba afiliado a ninguna entidad en pensiones.” Además, adujo que el régimen anterior aplicable a los servidores públicos eran las leyes 33 de 1985 y ley 6° de 1945, las cuales no contemplaron la figura de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, razón por la cual, no se hallaban obligados a su reconocimiento.

49.-Esta Sala con el fin de determinar si se satisface el principio de subsidiariedad de la acción en el asunto sub examine, verificó, como en los dos asuntos previos, (i) que la controversia constituye un asunto de relevancia constitucional, (ii) que el problema constitucional planteado se encuentra debidamente acreditado en el expediente, y (iii) en tercer lugar, que debido a la avanzada edad avanzada del Sr. Lorza Cuellar, éste debe ser considerado como un sujeto de especial protección constitucional<sup>64</sup> por pertenecer a la categoría de los adultos mayores, conforme al artículo 7° de la Ley 1276 de 2007<sup>65</sup>, según el cual ostentan dicha calidad quienes tengan 60 años o más de edad.<sup>66</sup> Lo anterior, como se ha alegado en los anteriores supuestos, en razón a que el actor (a) no tiene una vida laboral activa y por lo tanto, no cuenta con otros medios de subsistencia; (b) no tiene mayores posibilidades de acceder al mercado laboral y de seguir cotizando y, en consecuencia, para éste (c) las acciones ordinarias no constituyen un medio idóneo para reclamar tal derecho ya que la solución de la controversia podría superar su expectativa de vida<sup>67</sup>.

50.-Las anteriores razones hacen que no sea razonable y proporcionado someter al actor a acudir los medios ordinarios de protección para lograr el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, por lo cual la Sala considera que su solicitud es procedente por vía de tutela.

51.-Luego de haber acreditado la procedencia del amparo, esta Sala deberá preguntarse si en estos casos particulares – donde el empleador no efectuó cotizaciones para efectos de reconocer el derecho a la indemnización sustitutiva de un trabajador – las reglas jurisprudenciales anteriormente descritas sobre el alcance del derecho a la indemnización sustitutiva pueden ser aplicadas por analogía.

52.-Pues bien, para efectos de dar respuesta a este interrogante ésta Sala considera pertinente reiterar que, según la línea decantada por esta Corte, las cotizaciones al sistema

de seguridad social en pensiones o la prestación de servicios efectuada con antelación a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, deben computarse para efectos del reconocimiento de la indemnización sustitutiva en razón a que las normas que regulan la materia son de perentorio cumplimiento y su ejecución debe asegurarse en todas aquellas situaciones que al momento de su expedición no se hubieren consolidado.

53.-Lo anterior tiene sustento en la misma normatividad que orienta la materia. Así, el literal f) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993: “para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente Ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio”.

Así pues, la sentencia C-1024 de 2004 declaró exequible la anterior disposición que establece que no se tendrá en cuenta, para efectos de calcular el número de semanas que dan derecho a la pensión de vejez, el tiempo de servicios prestados gratuitamente por un servidor público, en el entendido de que la esencia de la exclusión que hace la norma de esta categoría de servidores pretende asegurar la sostenibilidad financiera del sistema.

De tal suerte que, respecto de los servidores públicos que hayan prestado sus servicios de forma remunerada, deberá entenderse que los mismos tienen derecho a que se les tenga en cuenta dicho tiempo de servicios para efectos del reconocimiento de su derecho a la pensión de vejez o de otras prestaciones especiales que amparen la vejez.

55.-Con base en lo anterior, esta Sala colige que al igual que en los restantes casos examinados, en este asunto el Sr. Lorza Cuellar también tiene derecho al cómputo del tiempo de servicio como servidor público para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, así el mismo haya sido prestado con anterioridad a la vigencia de la ley 100 de 1993.

56.-Un elemento adicional en el presente caso es que el empleador – Municipio de Santiago de Cali – no efectuó cotizaciones para efectos del reconocimiento de pensión de vejez del demandante. Considera la Sala que por diversas razones, esta situación no puede constituirse en un obstáculo para el reconocimiento efectivo del derecho a la indemnización sustitutiva del actor.

57.-Por consiguiente, para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva en este caso, deberá aplicarse el mismo principio de decisión que respalda la obligación contenida en el inciso 1º del párrafo 1º del artículo 33 de la ley 100 de 1993, según la cual los empleadores, para acreditar el tiempo de servicios prestados de forma remunerada, deberán trasladar a la entidad administradora de pensiones la suma correspondiente representada en un bono pensional.

Lo anterior, en razón a que estando el Municipio de Santiago de Cali obligado a transferir a la entidad administradora de pensiones el valor correspondiente al tiempo de servicios de cualquiera de sus antiguos trabajadores, cuando quiera que sea necesario a efectos de elaborar el bono pensional para el reconocimiento del derecho de pensión de vejez, tal como lo manifiesta en la contestación a la acción de tutela, se debe presumir que el mismo está igualmente obligado, en este momento, a sufragar el valor correspondiente a la indemnización sustitutiva de forma directa y automática, de acuerdo con el tiempo de servicios que se acredite.

58.-A la conclusión anterior se llega en razón a que, antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 ya existía para las entidades públicas y para las entidades territoriales la obligación de (i) reconocer y pagar la pensión de vejez de sus trabajadores, previa verificación de los requisitos exigidos por la normatividad anterior (Ley 33 de 1985 y Decreto 1848 de 1969), y en este sentido de (ii) efectuar las cotizaciones de sus trabajadores en un fondo o caja de pensiones o reservar, mediante cálculo actuarial, el capital que sería necesario para el reconocimiento de dichas prestaciones.

59.- En este sentido, la sentencia T-059 de 2011 conoció el caso de una mujer de 73 años de edad que había prestado sus servicios de forma remunerada, como servidora pública, al municipio de Córdoba durante 6 años, a quien se le había negado el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez por el municipio demandado con el argumento de que “antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en estricto sentido, no existían cotizaciones para pensión sino que el Estado a través de la Nación, Departamentos o Municipios asumía la pensión por los años de servicio prestados (...)”. En esta ocasión, la Corte Constitucional amparó el derecho fundamental a la seguridad social de la actora, a pesar de no existir cotizaciones efectivas por parte del empleador, y ordenó al municipio de Córdoba la expedición de un nuevo acto administrativo en el que reconociera y

pagara la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez de acuerdo con las semanas de cotización o los tiempos de servicio que se encontraran debidamente acreditados.

60.-Esto nos permite inferir razonadamente que, conforme al principio de no discriminación en materia de seguridad social, la protección constitucional brindada al trabajador cuyo empleador no efectuó cotizaciones para el reconocimiento de derechos pensionales, no puede ser distinta de aquella que se da a los trabajadores cuyos empleadores sí las efectuaron. Por tal razón, la Sala considera que en el presente caso deberá aplicarse, de forma analógica, la misma línea jurisprudencial anteriormente decantada y reconocerse la indemnización sustitutiva del Sr. Lorza Cuellar de acuerdo con el tiempo de servicio debidamente acreditado.

61.-Considera la Sala que una solución contraria: (i) Constituye un “enriquecimiento sin justa causa” de la entidad territorial para la cual trabajó el actor. (ii) Transgrede el principio constitucional de la favorabilidad en materia laboral. (iii) No responde al carácter de orden público del corpus del derecho laboral, ni a su efecto general inmediato y aplicación universal. (iv) Equivale a contemplar una limitación del derecho que no establece la normatividad.

62.-En conclusión, habiéndose acreditado que el Sr. Lorza Cuellar acreditó trabajó en la Secretaría de Obras Públicas Municipales y en el Departamento de Relaciones Laborales del Municipio de Santiago de Cali entre el 8 de septiembre de 1955 y el 5 de julio de 1968 por un periodo total de aproximadamente 12 años y 9 meses<sup>68</sup>, esta Sala procederá a revocar la decisión de instancia y, en su lugar, concederá el amparo del derecho fundamental a la seguridad social del demandante. Por consiguiente, se ordenará al Municipio de Santiago de Cali que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas contado a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a reconocer y sufragar el valor correspondiente a la indemnización sustitutiva del Sr. Jorge Enrique Lorza Cuellar de acuerdo con el tiempo de servicios que ha sido debidamente acreditado.

63.-Por último, como quedó establecido para los dos casos previos, el juez de tutela procederá al reconocimiento de esta prestación de forma definitiva en la medida en que el objeto de la pretensión es un derecho cierto constituido por una prestación única, no discutido por la demandada, y que no está llamado a ser definido por el juez ordinario

laboral.

#### IV. DECISION

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,

#### RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Barranquilla, el treinta (30) de septiembre de 2011 y en consecuencia CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales de la señora Martha Beatriz Torres de Lora.

Segundo.- REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia, el once (11) de julio de 2011, y en su lugar CONFIRMAR la providencia dictada por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Florencia el ocho (8) de abril de 2011. En consecuencia CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales del señor Reinaldo Bautista Montealegre.

Cuarto.- ORDENAR a la Caja Nacional de Previsión Social hoy CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN Patrimonio Autónomo Buen Futuro, que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas contado a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a reconocer y sufragar el valor correspondiente a la indemnización sustitutiva de la ciudadana Martha Beatriz Torres de Lora, de acuerdo con las semanas de cotización que han sido debidamente acreditadas.

Quinto.- ORDENAR a la Caja Nacional de Previsión Social hoy CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN Patrimonio Autónomo Buen Futuro, que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas contado a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a reconocer y sufragar el valor correspondiente a la indemnización sustitutiva del señor Reinaldo Bautista Montealegre, de acuerdo con las semanas de cotización que han sido debidamente acreditadas.

Sexto.- ORDENAR al Municipio de Santiago de Cali, que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas contado a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a reconocer y sufragar el valor correspondiente a la indemnización sustitutiva del Sr. Jorge

Enrique Lorza Cuellar de acuerdo con el tiempo de servicios que ha sido debidamente acreditado.

Séptimo.-Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Revisión del fallo dictado por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Barranquilla el 30 de septiembre de 2001, dentro del proceso de acción de tutela instaurado por la ciudadana Martha Beatriz Torres de Lora contra CAJANAL

2 Revisión del fallo dictado por el Juzgado Primero Civil Municipal de Cali el 6 de abril de 2010, dentro del proceso de acción de tutela instaurado por Jorge Enrique Lora Cuellar contra el Municipio de Cali.

3 Revisión de los fallos dictados por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Florencia Caquetá el 8 de abril de 2011, en primera instancia y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia Caquetá el 11 de julio de 2011, en segunda instancia, dentro del proceso de acción de tutela instaurado por Reinaldo Bautista Montealegre contra CAJANAL.

4 La accionante nació el 10 de enero de 1948. Ver folio 5 del cuaderno 1.

5 Ver folios 9, 10 y 11 del cuaderno 1.

6 Ver folio 20 del cuaderno 2.

7 Ver folio 21 del cuaderno 2.

8 Ver folios 6, 7 y 8 del cuaderno 1.

9 Ver folio 7 del cuaderno 1.

10 Ver folios 16 y 17 del cuaderno 1.

12 Ver folio 74 del cuaderno 1.

13 Ver folios 5 a 16 del cuaderno 1.

14 Ver folio 3 del cuaderno 1.

15 Ver folio 4 del cuaderno 1.

16 Ver folio 1 del cuaderno 1.

17 Ver folios 1 y 2 del cuaderno 1.

18 Ver folios 27 a 30 del cuaderno 1.

19 Ver folios 39 a 42 del cuaderno 1.

20 Ver folio 40 del cuaderno 1.

21 Ver folio 28 del cuaderno 1.

22 Ver folio 9 del cuaderno 1.

23 Ver folio 12 del cuaderno 1.

24 Ver folios 8 a 11 del cuaderno 1.

25 Ver folios 12 y 13 del cuaderno 1.

26 Ver folio 2 del cuaderno 1.

27 Ver folios 2 a 5 del cuaderno 1.

28 Ver folios 101 a 108 del cuaderno 1.

29 Ver folios 113 a 118 del cuaderno 1.

30 Ver folios del 4 al 10 del cuaderno 3.

31 Carrera 3C No.51C-27 Barrio Carrizal - Barranquilla.

32 Carrera 57 No. 13-75, Apto.202-A, Unidad Residencial Oasis de Guadalupe, Santiago de Cali.

33 Carrera 14 B No. 11-36 Barrio Las Torres, Florencia, Caquetá.

35 Sobre el alcance de la seguridad social como derecho protegido a la luz del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en su observación general número XX el Comité hizo las siguientes precisiones: “26. El artículo 9 del Pacto prevé de manera general que los Estados Partes “reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso el seguro social”, sin precisar la índole ni el nivel de la protección que debe garantizarse. Sin embargo, en el término “seguro social” quedan incluidos de forma implícita todos los riesgos que ocasionen la pérdida de los medios de subsistencia por circunstancias ajenas a la voluntad de las personas. 27.De conformidad con el artículo 9 del Pacto y con las disposiciones de aplicación de los Convenios de la OIT sobre seguridad social -Convenio Nº 102, relativo a la norma mínima de la seguridad social (1952) y Convenio Nº 128 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes (1967)- los Estados Partes deben tomar las medidas adecuadas para establecer, con carácter general, sistemas de seguros de vejez obligatorios, a percibir a partir de una edad determinada, prescrita por las legislaciones nacionales” (...) 30. Finalmente, para dar pleno cumplimiento al mandato del artículo 9 del Pacto, como ya se ha señalado en los párrafos 20 y 22, los Estados Partes deberán establecer, dentro de los recursos disponibles, prestaciones de vejez no contributivas u otras ayudas, para todas las personas mayores que, al cumplir la edad prescrita fijada en la

legislación nacional, por no haber trabajado o no tener cubiertos los períodos mínimos de cotización exigidos, no tengan derecho a disfrutar de una pensión de vejez o de otra ayuda o prestación de la seguridad social y carezcan de cualquier otra fuente de ingresos”.

36 (i) artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Artículo 22. 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”; (ii) artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “Artículo 9 Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”; (iii) artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona: “Artículo XVI. 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”; (iv) artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “Artículo 9. Derecho a la Seguridad Social. 1. 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”; y (v) el artículo 11, numeral 1, literal “e” de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: Artículo 11 || 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular: e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas;

37 Sentencia C-623 de 2004

38 Posición planteada desde la sentencia T-406 de 1992.

39 Víctor Abramovich, Christian Courtis, Los derechos sociales como derechos exigibles,

Editorial Trotta, Madrid, 2002.

40 Ver las sentencias T-016-07 sobre el derecho a la salud, T-585-08 sobre el derecho a la vivienda y T-580-07 sobre el derecho a la seguridad social.

41 Al respecto ver las Sentencias C-616 de 2001, C-130 de 2002, C-791 de 2002 y SU-623 de 2001

42 Sentencia T-016-07.

43 *Ibíd.*

44 Al respecto, sentencia T-335 de 2000: “La definición de asuntos meramente legales o reglamentarios que no tengan una relación directa con los derechos fundamentales de las partes o que no revistan un interés constitucional claro, no puede ser planteada ante la jurisdicción constitucional”

45 Sentencias T-079 de 1995, T-638 de 1996, T-373 de 1998, T-335 de 2000

46 Sentencias T-286 de 2008, T-513 de 2007, T-1049 de 2006, C-375 de 2004, T-495 de 2003, T-259 de 2003, T-609 de 2002, T-972 de 2006, T-746 de 2004, C-262 de 2001, C-624 de 2003, T-099 de 2008, T-750 de 2006, entre otras.

47 La disposición hace alusión al artículo 65 de la ley 100 de 1993, el cual se encuentra dedicado a la regulación de la pensión mínima y establece, para tal efecto, el requisito de edad consistente en contar 62 años en el caso de los hombres y 57 años respecto de las mujeres.

48 Al respecto, en la sentencia T-1088 de 2007 se encuentra la siguiente caracterización de las prestaciones ahora analizadas: “En esos términos, es claro entonces que la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos, son beneficios pensionales que se otorgan a las personas que cumplen parcialmente con los requisitos para acceder de manera definitiva a la pensión de vejez, esto es, que si bien tienen el requisito de la edad no han cotizado el número de semanas exigidas por la Ley -en el régimen de prima media- o que no tienen el capital requerido para acceder al derecho a la pensión -en el régimen de ahorro individual-”.

49 A lo anterior es preciso agregar que esta prestación no se encuentra circunscrita de manera exclusiva al caso de la pensión de vejez, pues resulta igualmente exigible en los casos de invalidez o supervivencia en los dos regímenes anteriormente referidos. Sobre el particular, consultar artículos 42 y 49 de la Ley 100 de 1993.

50 En el caso de la indemnización sustitutiva es preciso remitirse a lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto 1730 de 2001, mientras que en la hipótesis de la devolución de saldos es menester acudir a lo dispuesto en el artículo 66 de la ley 100 de 1993.

51 Sobre este punto específico se pronunció la Corte en sentencia T-513 de 2007, providencia en la que manifestó que “el reconocimiento de la pensión de invalidez, o en su defecto de la indemnización sustitutiva, se encuentra en conexidad con el derecho a la vida, la integridad física, el trabajo y la igualdad, entre otros, por cuanto a través de dicha prestación, lo que pretende el Estado es dar cumplimiento al mandato constitucional que impone como deber el de garantizar a todos los habitantes “el derecho irrenunciable a la seguridad social”.

52 Ver la sentencia T-838 de 2010 donde se concede el amparo y se reconoce la indemnización sustitutiva en estos términos “En este sentido se destaca que la señora Julia Pastora Guzmán de Alfonso cuenta con 60 años de edad, situación que la ubica dentro del grupo de sujetos de especial protección constitucional, por tanto en su caso, el juicio de procedibilidad de la acción de tutela se torna menos riguroso habida cuenta de sus especiales circunstancias.” Postura reiterada en la sentencia T-059 de 2011, entre otras.

53 El artículo 7º de la Ley 1276 de 2009, dispone: “DEFINICIONES. Para fines de la presente ley, se adoptan las siguientes definiciones: b) Adulto Mayor. Es aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más. A criterio de los especialistas de los centros de vida, una persona podrá ser clasificada dentro de este rango, siendo menor de 60 años y mayor de 55, cuando sus condiciones de desgaste físico, vital y psicológico así lo determinen”.

54 La Corte Constitucional ha declarado procedente el amparo, con base lo dispuesto por el artículo 7º de la Ley 1276 de 2007, en sentencias T-829 de 2011, T-578A de 2010, T-478 de 2010, T-235 de 2010 y T-838 de 2010.

55 Ver la sentencia T-829 de 2011

56 Ver, entre otras, las sentencias T-539 de 2009, T-960 de 2010, T-957 de 2010, T-478 de 2010, T-235 de 2010, T- 578 A de 2010, T-505 de 2011, T-164 de 2011, T-829 de 2011.

57 Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección A, número, 4109-04 del 26 de octubre de 2006, Consejero Ponente: Jaime Moreno García.

59 Ver la sentencia T-838 de 2010 donde se concede el amparo y se reconoce la indemnización sustitutiva en estos términos “En este sentido se destaca que la señora Julia Pastora Guzmán de Alfonso cuenta con 60 años de edad, situación que la ubica dentro del grupo de sujetos de especial protección constitucional, por tanto en su caso, el juicio de procedibilidad de la acción de tutela se torna menos riguroso habida cuenta de sus especiales circunstancias.” Postura reiterada en la sentencia T-059 de 2011, entre otras.

60 El artículo 7º de la Ley 1276 de 2009, dispone: “DEFINICIONES. Para fines de la presente ley, se adoptan las siguientes definiciones: b) Adulto Mayor. Es aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más. A criterio de los especialistas de los centros de vida, una persona podrá ser clasificada dentro de este rango, siendo menor de 60 años y mayor de 55, cuando sus condiciones de desgaste físico, vital y psicológico así lo determinen”.

61 La Corte Constitucional ha declarado procedente el amparo, con base lo dispuesto por el artículo 7º de la Ley 1276 de 2007, en sentencias T-829 de 2011, T-578A de 2010, T-478 de 2010, T-235 de 2010 y T-838 de 2010.

62 Ver, entre otras, las sentencias T-539 de 2009, T-960 de 2010, T-957 de 2010, T-478 de 2010, T-235 de 2010, T- 578 A de 2010, T-505 de 2011, T-164 de 2011, T-829 de 2011.

63 Ver folio 9 del cuaderno 1.

64 Ver la sentencia T-838 de 2010 donde se concede el amparo y se reconoce la indemnización sustitutiva en estos términos “En este sentido se destaca que la señora Julia Pastora Guzmán de Alfonso cuenta con 60 años de edad, situación que la ubica dentro del grupo de sujetos de especial protección constitucional, por tanto en su caso, el juicio de procedibilidad de la acción de tutela se torna menos riguroso habida cuenta de sus especiales circunstancias.” Postura reiterada en la sentencia T-059 de 2011, entre otras.

65 El artículo 7º de la Ley 1276 de 2009, dispone: “DEFINICIONES. Para fines de la presente

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

66 La Corte Constitucional ha declarado procedente el amparo, con base lo dispuesto por el artículo 7° de la Ley 1276 de 2007, en sentencias T-829 de 2011, T-578A de 2010, T-478 de 2010, T-235 de 2010 y T-838 de 2010.

67 Ver la sentencia T-829 de 2011

68 Ver folios 5 a 16 del cuaderno 1.