

Sentencia T-538/13

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

Excepcionalmente esta corporación ha aceptado la viabilidad del amparo constitucional en aquellos eventos en los que otros medios de defensa judicial no son aptos ni expeditos para contrarrestar eficazmente la amenaza o vulneración de derechos fundamentales, resultando idóneo acudir a la acción de tutela para conseguir el amparo de quien está expuesto a dicha trasgresión. Significa entonces que en determinados casos, es admisible mediante acción de amparo reconocer, restablecer y ordenar el pago de derechos prestacionales cuando se corrobora que por situaciones particulares del peticionario, no le resulta idóneo acudir por la jurisdicción ordinaria. Es el caso, por ejemplo, de los sujetos de especial protección constitucional, como las personas de la tercera edad, los niños, los desplazados, las personas con capacidad diferencial, entre otros; que ante la omisión del reconocimiento de ese tipo de prestaciones sociales pueden ver afectado en alto grado su dignidad humana y mínimo vital. En el caso puntual de las personas de la tercera edad, por ejemplo, se ha señalado que es un exabrupto someterlas a un litigio laboral o contencioso con las tardanzas y complejidades propias de los procesos ordinarios, cuando por su expectativa de vida, salud o capacidad económica, puede verse gravemente impactados. se concluye que si bien la tutela en principio no es procedente para reclamar derechos prestacionales, puede serlo excepcionalmente en aquellos eventos en los que se trate de un sujeto de especial protección constitucional, como por ejemplo una persona de la tercera edad, que ante la falta del reconocimiento y pago de una prestación social pueda ver vulnerado o amenazado su mínimo vital y dignidad humana, trascendiendo el rango del conflicto meramente legal para adquirir relevancia ius-fundamental.

INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE PENSION DE VEJEZ-Evolución normativa y jurisprudencial cuando se efectúan las cotizaciones con anterioridad a la ley 100 de 1993

Es innegable que el capital abonado como cotización y que es reclamado bajo la figura de la indemnización sustitutiva de la pensión, es el resultado del esfuerzo del trabajador y por

ende, su reconocimiento es perentorio en cualquier momento. Esto en atención a que, dicha compensación fue ideada para aliviar las necesidades del adulto mayor que no alcanzó a cumplir las exigencias legales para hacerse acreedor a una pensión de vejez. Siendo así, es perfectamente viable conceder este tipo de prestación, reconociendo las semanas cotizadas aún con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, ya sea en el sector público o privado.

DERECHO A LA INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE LA PENSION DE VEJEZ-Se deben tener en cuenta las semanas cotizadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993/**INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE PENSION DE VEJEZ**-Régimen aplicable para los que cotizaron antes de la ley 100/93 pero que no cumplieron requisitos para disfrutar esta prestación

En atención a lo consignado en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, se dispone que una persona tiene derecho a recibir una indemnización sustitutiva cuando: Cumple con la edad para acceder a la pensión de vejez, no cuenta con el mínimo de semanas exigidas en la ley para ser beneficiario de dicha prestación y no tiene posibilidad de seguir aportando al sistema.

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

DERECHO A LA INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE LA PENSION DE VEJEZ-Orden a entidad accionada de reconocer y pagar indemnización sustitutiva de la pensión de vejez

Referencia: expediente T-3854022

Acción de tutela interpuesta por Obdulio Montoya Cortes[1] contra el Departamento de Risaralda, la Contraloría General de Risaralda, el Fondo Territorial de Pensiones del Departamento de Risaralda y como vinculados la Fiduprevisora como agente liquidador del ISS y Colpensiones.

Magistrado Ponente:

Bogotá, D.C., dos (2) de agosto de dos mil trece (2013).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio, quien la preside, Nilson Pinilla Pinilla y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 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 concordantes del Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo emitido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, que revocó el dictado por el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de la misma ciudad.

I. ANTECEDENTES.

El señor Obdulio Montoya Cortes promovió acción de tutela en contra del Departamento de Risaralda, la Contraloría General de Risaralda y el Fondo Territorial de Pensiones del Departamento de Risaralda por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la dignidad humana, vida, salud, igualdad, mínimo vital, protección al adulto mayor, seguridad social e integridad física y moral. Para fundamentar su solicitud de tutela el accionante relata los siguientes:

1. Hechos

1.1. Indica que nació el 17 de junio de 1938, por lo que a la fecha cuenta con 75 años de edad y padece de una discapacidad congénita en el miembro superior derecho que le impide laborar.

1.2. Manifiesta que no cuenta con ingresos económicos suficientes para suplir sus necesidades básicas y se encuentra afiliado al régimen subsidiado de salud en el nivel 2 del sisben desde el 1º de abril de 2003.

1.3. Informa que estuvo vinculado laboralmente al servicio del Departamento de Risaralda, desempeñándose como cotero en el Instituto de Bienestar Familiar, desde el 18 de junio de 1979 hasta el 31 de diciembre de 1982.

1.4. Acredita mediante certificación que desde el 19 de enero de 1984 hasta el 13 de

julio de 1987, laboró como “Revisor de la Acción Comunal”, al servicio de la Contraloría General del Departamento de Risaralda.

1.4. Expresa que durante su trayectoria laboral, sus empleadores realizaron los correspondientes aportes pensionales a la Caja de Previsión Social del Departamento de Risaralda CASERIS[2], tal como se constata en los certificados laborales expedidos por las entidades.

1.5. Relata que el 23 de julio de 2012 presentó sendos derechos de petición ante la Contraloría General y la Gobernación del Departamento de Risaralda, solicitando la expedición de los bonos pensionales con el propósito de hacer efectiva la indemnización sustitutiva de la pensión.

1.6. Alega que mediante resolución núm. 1037 del 10 de agosto de 2012, la Secretaría Administrativa del Departamento de Risaralda dió respuesta a su solicitud indicando que la indemnización sustitutiva había sido creada por la Ley 100 de 1993[3] y, por ende, dicha normatividad no le era aplicable en razón a que su retiro del ámbito laboral se había efectuado con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha normatividad.[4]

1.7. Comenta que se encuentra en estado de indefensión debido a su avanzada edad, su situación económica y su estado de salud. Por tanto, solicita la protección de los derechos fundamentales a la dignidad humana, vida, salud, igualdad, mínimo vital, seguridad social, protección al adulto mayor e integridad física y moral vulnerados, a su juicio, por las entidades demandadas, en razón a que las mismas se niegan a reconocer el pago de la indemnización sustitutiva pese a haber cotizado un total de siete años y siete días.

2. Trámite procesal en sede de tutela

2.1. El trámite de la acción de tutela le correspondió por reparto al Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Pereira, quien mediante providencia del 4 de octubre de 2012, declaró improcedente la acción de amparo aduciendo que el peticionario cuenta con otros medios de defensa judicial.[5]

2.2. El 17 de octubre de 2012 el señor Obdulio Montoya Cortes impugnó la decisión de primera instancia y por ende fue remitida al Tribunal Superior del Distrito Judicial de

Pereira (Risaralda), quien mediante providencia del 26 de noviembre de 2012 declaró la nulidad de todo lo actuado, argumentando que se omitió la vinculación del Seguro Social como entidad que asumió la carga pensional de la entidad territorial, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

2.3. Mediante auto del 28 de noviembre de 2012 se vinculó a la Fiduprevisora como agente liquidador del ISS y a Colpensiones, dándose nuevamente inicio al trámite de tutela en primera instancia.

3. Respuesta de las entidades demandadas

3.1. Contraloría General del Departamento de Risaralda

Manifestó que no ha vulnerado ningún derecho fundamental al señor Obdulio Montoya, y que por el contrario le ha entregado toda la información requerida mediante derecho de petición, expidiendo la correspondiente certificación laboral.

Indica que en este caso no tiene legitimación por pasiva en razón a que no es la entidad competente para emitir bonos pensionales, ni mucho menos para reconocer la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que reclama el accionante.

3.2. Departamento de Risaralda

Mediante oficio radicado el 26 de septiembre de 2012, la Secretaría Administrativa del Departamento indicó que de acuerdo con lo consignado en los artículos 37, 151 y 238 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 1º del Decreto 1730 de 2001, no es procedente en este caso reconocer la indemnización sustitutiva a favor del señor Montoya Cortes, en la medida en que esta es una figura propia del régimen de solidaridad que no se encontraba vigente cuando el peticionario laboraba al servicio del Departamento de Risaralda.

Precisa que la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez es reconocida únicamente por el Seguro Social con fundamento en los aportes realizados a partir del 1º de abril de 1994, y considera que en este caso la acción de tutela no es procedente para obtener una decisión sobre el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva a la cual cree tener derecho el peticionario.[6]

3.3. Fiduprevisora como entidad liquidadora del ISS y Colpensiones

Durante el trámite procesal de tutela guardaron silencio.

4. Decisión judicial objeto de revisión

4.1. Fallo de primera instancia

El Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Pereira, mediante proveído del 12 de diciembre de 2012, concedió la protección de los derechos fundamentales invocados por el accionante y ordenó al representante legal del Departamento de Risaralda emitir el bono pensional correspondiente a la cuota parte del señor Obdulio Montoya, con el objeto de remitirlo a Colpensiones para que sea esta última entidad la encargada del pago de la indemnización sustitutiva.

4.2. Impugnación

- Departamento de Risaralda

El 11 de enero de 2013, la Secretaría Administrativa del Departamento de Risaralda impugna la decisión del a quo y solicita que se revoque la sentencia de primera instancia aduciendo que la Ley 100 de 1993 no es retroactiva y por ende no le es aplicable al peticionario.

De igual manera precisa que la Caja de Previsión Social del Departamento de Risaralda CASERIS, fue liquidada mediante la Ordenanza núm. 010 del 29 de noviembre de 1994; que posteriormente, mediante Ordenanza núm. 017 del 9 de marzo de 1995, se creó el Fondo Territorial del Departamento de Risaralda y que, en cumplimiento de las normas pensionales del momento, mediante Decreto núm. 207 de 1995 la entidad territorial, en calidad de empleadora, trasladó todos los funcionarios activos laboralmente al Instituto de los Seguros Sociales y a las Administradoras de Fondos de Pensiones privados, quedando dichas entidades con la carga pensional desde el primero de abril de 1994.

Por último, indica que la acción de tutela no es el medio idóneo para obtener la decisión sobre el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva.

- Colpensiones

Mediante escrito radicado el 23 de enero de 2013, la Gerente Nacional de Defensa Judicial (E) de Colpensiones indica que no aparece dentro de su base de datos referencia alguna sobre el peticionario, toda vez que el Instituto de los Seguros Sociales no ha hecho entrega de su historia pensional. Por tanto, solicita que se le desvincule de la presente acción de amparo y se ordene al Instituto de los Seguros Sociales el correspondiente envío de la historia laboral y cotizaciones del peticionario.

4.3. Fallo de segunda instancia

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, mediante providencia emitida el 26 de febrero de 2013, revocó la decisión del a quo aduciendo que concurre la causal de improcedencia contemplada en el artículo 6º, numeral 1º, del Decreto 2591 de 1991, debido a que lo que pretende el accionante es que se ordene el pago de su indemnización sustitutiva, desbordando así la órbita restringida y excepcional de la acción de tutela.

De igual manera, indica que el actor cuenta con otro medio de defensa judicial, toda vez que sus pretensiones implican la existencia de un conflicto jurídico que no puede ser dilucidado por el juez de tutela, teniendo en cuenta que su labor se circumscribe a la protección de los derechos fundamentales y no a los de rango estrictamente legal.

Finalmente expresa que no se evidencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

5. Pruebas relevantes que obran dentro de este expediente.

- Certificación emitida por la Contraloría General de Risaralda en la que se indica que el señor Obdulio Montoya Cortes estuvo vinculado a dicha entidad desde el 19 de enero de 1984 hasta el 13 de septiembre de 1987, y que se efectuaron las correspondientes cotizaciones pensionales al Fondo de pensiones del Departamento denominado CASERIS[7].

El contenido de la certificación es el siguiente:

"La Secretaría General del Organismo de Control // Certifica: // Que el señor OBDULIO MONTOYA CORTES, identificado con cédula de ciudadanía Número 4.504.008 expedida en Pereira (Risaralda), Nombrado mediante Resolución Número 075 del 16 de enero de 1984, y

Posesionado con acta número 056 del 19 de Enero de 1984, en el cargo de REVISOR DE ACCIÓN COMUNAL de la Contraloría General del Departamento en carácter de propiedad. Con una asignación mensual de (19.062) DIECINUEVE MIL SESENTA Y DOS PESOS

Que mediante Resolución número 1557 del 15 de Octubre de 1986, se suspendió al señor OBDULIO MONTOYA CORTES del cargo de Revisor de Acción Comunal por orden del Juzgado Especializado del Distrito de Buga-Valle.

Que mediante Resolución Número 1739 del 24 de Noviembre de 1986 se ordena el reintegro a partir del 20 de noviembre de 1986 al cargo de Revisor de Acción Comunal de la Contraloría General del Departamento, con una asignación mensual de (\$27.200) VEINTISIETE MIL DOSCIENTOS PESOS.

Que mediante Resolución Número 1746 del 25 de Noviembre de 1986 se canceló al señor OBDULIO MONTOYA CORTES los salarios dejados de percibir desde el 15 de Octubre al 19 de Noviembre de 1986.

Mediante Resolución Número 0774 del 13 de julio de 1987 se declara Insubsistente el Nombramiento al Cargo de Revisor de Acción Comunal, en la Contraloría General del Departamento de Risaralda.

Que al momento de su desvinculación tenía una asignación mensual de (\$34.136) TREINTA Y CUANTO MIL CIENTO TREINTA Y SEIS PESOS. Según Resolución Número 0032 del 14 de Enero de 1987, que fija las asignaciones civiles de los cargos de la Contraloría General del Departamento de Risaralda.”

Que durante su vinculación con la Entidad sus aportes a Pensión se realizaron a:

ENTIDAD

NIT

DESDE

HASTA

CASERIS

891.408.482-2

19/01/1984

13/07/1987

- Certificado expedido por el Departamento de Risaralda en el cual se constata que el señor Obdulio Montoya Cortes estuvo vinculado como cotero al ICBF, desde el 18 de junio de 1979 hasta el 31 de diciembre de 1982, y que se realizaron las correspondientes cotizaciones de pensión al Fondo Pensional del Departamento denominado CASERIS.[8]
- Fotocopia de la cédula de ciudadanía del señor Obdulio Montoya Cortes[9].
- Fotocopia del carné del sisben del señor Obdulio Montoya Cortes en donde se verifica que es nivel 2[10].

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer el fallo materia de Revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico.

De acuerdo con los antecedentes planteados, corresponde a esta Sala de Revisión determinar, en primer lugar, si es procedente reclamar mediante acción de tutela el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva.

En el evento en que se supere la procedencia, se entrará a precisar si una entidad territorial vulnera los derechos fundamentales a la vida digna, salud, igualdad, mínimo vital, protección al adulto mayor, seguridad social e integridad física y moral, de una persona de 75 años de edad, con dificultades económicas y de salud, al negarle el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, con fundamento en que dejó de

laborar y cotizar con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Para resolver los anteriores problemas jurídicos la Sala considera pertinente desarrollar los siguientes ejes conceptuales: (i) la procedibilidad de la acción de tutela para obtener la titularidad de derechos en materia de seguridad social cuando quien reclama es una persona de la tercera edad; (ii) la evolución normativa y jurisprudencial del reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, cuando se efectúan las cotizaciones con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; y, finalmente, (iii) se procederá a revisar el caso concreto.

3. Procedibilidad de la acción de tutela para obtener la titularidad de derechos en materia de seguridad social cuando quien reclama es una persona de la tercera edad. Reiteración de jurisprudencia[12].

3.1. La Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha señalado que la acción de tutela es, en principio, improcedente para salvaguardar derechos de carácter económico, colectivo, cultural o social, con ocasión a tres situaciones específicas, a saber: en primer lugar, por su carácter subsidiario y excepcional; en segundo, porque la efectividad del derecho depende del cumplimiento de requisitos y condiciones señaladas en la ley; y por último, ante la existencia de otros medios de defensa judicial para resolver tales controversias.[13]

3.2. No obstante, excepcionalmente esta corporación ha aceptado la viabilidad del amparo constitucional en aquellos eventos en los que otros medios de defensa judicial no son aptos ni expeditos para contrarrestar eficazmente la amenaza o vulneración de derechos fundamentales[14], resultando idóneo acudir a la acción de tutela para conseguir el amparo de quien está expuesto a dicha trasgresión.[15]

3.3. Significa entonces que en determinados casos, es admisible mediante acción de amparo reconocer, restablecer y ordenar el pago de derechos prestacionales cuando se corrobora que por situaciones particulares del peticionario, no le resulta idóneo acudir por la jurisdicción ordinaria. Es el caso, por ejemplo, de los sujetos de especial protección constitucional, como las personas de la tercera edad, los niños, los desplazados, las personas con capacidad diferencial, entre otros; que ante la omisión del reconocimiento de ese tipo de prestaciones sociales pueden ver afectado en alto grado su dignidad humana y mínimo vital.

3.4. En el caso puntual de las personas de la tercera edad, por ejemplo, se ha señalado que es un exabrupto someterlas a un litigio laboral o contencioso con las tardanzas y complejidades propias de los procesos ordinarios, cuando por su expectativa de vida, salud o capacidad económica, puede verse gravemente impactados.

3.5. Sobre el particular, se debe recordar que la Constitución en sus artículos 13[16] y 46[17] contempla la especial protección que le debe tanto el Estado como la sociedad a aquellas personas que sobrepasan el índice de promedio de vida y que se ven abocados a afrontar los constantes inconvenientes que esta condición les genera (i) cuando se les imposibilita trabajar, (ii) se les restringe con prohibiciones legales como por ejemplo el retiro forzoso de su trabajo, (iii) se les inhabilita para proveerse sus gastos básicos[18]; y, finalmente, (iv) cuando entran en el deterioro irreversible y progresivo de su salud por el desgaste natural del organismo con el advenimiento de enfermedades propias de la vejez.

3.6. En este punto es oportuno destacar que si bien es completamente lógica y justa la protección vía tutela en el período de la vejez, dicho amparo debe ser mayor cuando la persona padece enfermedades degenerativas, progresivas o congénitas que evidencian un elevado deterioro en la calidad de vida.

3.7. Conforme con la jurisprudencia proferida sobre la materia, se precisa que en estos casos es indispensable adoptar no solamente un juicio de procedibilidad que maximice el grado de protección de aquel sujeto que por sus características excepcionales debe ser protegido ante la inminencia de un perjuicio irremediable, sino que además, se debe garantizar que efectivamente dicha protección se materialice. Al respecto esta corporación en la sentencia T-515 A de 2006 señaló lo siguiente:

“El ejercicio de la acción de tutela, no obstante ser un derecho subjetivo de todas las personas, se encuentra limitado teleológicamente en la medida en que debe perseguir los fines para los cuales fue instituido tal mecanismo de amparo. De tal suerte, la acción es procedente en los casos concretos en que presentándose la vulneración o amenaza de un derecho fundamental no existe otro mecanismo judicial[19] para su protección y re establecimiento[20], o en los casos en que, aun cuando exista un medio judicial dispuesto para tal fin, éste no resulte inmediato y eficaz, de manera que no sea oportuno para

salvaguardar los derechos cuya vulneración o amenaza representa un perjuicio irremediable[21].

Así, en aras de hacer efectiva la especial protección que el constituyente ha dispuesto para sujetos tales como los niños, las mujeres cabeza de familia, los ancianos, los miembros de minorías o personas en condiciones de extrema pobreza, el juez constitucional debe estudiar las características del perjuicio irremediable con un criterio de razonabilidad más comprensivo, de tal suerte que, en relación con estas personas, dadas sus condiciones de vulnerabilidad, debilidad o marginalidad, se permita ampliamente su acceso al mecanismo de protección de derechos fundamentales[23]."

3.8. Así las cosas, se concluye que si bien la tutela en principio no es procedente para reclamar derechos prestacionales, puede serlo excepcionalmente en aquellos eventos en los que se trate de un sujeto de especial protección constitucional, como por ejemplo una persona de la tercera edad, que ante la falta del reconocimiento y pago de una prestación social pueda ver vulnerado o amenazado su mínimo vital y dignidad humana, trascendiendo el rango del conflicto meramente legal para adquirir relevancia ius-fundamental[24].

3.9. Al respecto, por ejemplo, en la sentencia T-059 de 2011 se analizó el caso de una señora de 73 años de edad que había trabajado alrededor de 6 años con el Departamento de Córdoba con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, a la cual le había sido negada la solicitud de indemnización sustitutiva por la entidad territorial, con fundamento en que no le era aplicable dicha prerrogativa.

En aquella ocasión la Corte Constitucional concedió el derecho y estableció que en aquellos eventos en los que no resultaba idóneo el procedimiento ordinario, era reclamable vía tutela esta clase de derechos prestacionales; máxime cuando quien reclamaba era un sujeto de especial protección constitucional, de avanzada edad y con problemas de deterioro de salud. Sobre el particular la mencionada sentencia precisó lo siguiente:

"Basta lo anterior para concluir que ante la existencia de otros medios de defensa judicial a efectos de hacer efectiva la reclamación de derechos patrimoniales en materia de seguridad social, la acción de tutela resulta procedente siempre y cuando se demuestre la ineeficacia de dichos medios ordinarios para hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales que se estiman vulnerados; sin embargo, para ello debe valorarse cada caso

en particular, dando un tratamiento singular a los sujetos de especial protección constitucional, dado que para los mismos se exige un juicio de procedibilidad menos riguroso y estricto."

3.10. En la misma línea, esta Sala, en la providencia T-659 de 2011 analizó el caso de dos personas de 73 y 78 años que estaban reclamando el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva por varios años de trabajo con el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia respectivamente. En aquel momento la Corte determinó que por la avanzada edad de los peticionarios y su situación económica, no les era idóneo iniciar un proceso ordinario, en la medida en que la duración del mismo superaba su expectativa de vida. Es por ello que, aplicando un juicio de procedibilidad menos estricto, se estudia de fondo la situación y se ordena el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión, pese a que habían dejado de cotizar con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993.

4. La evolución normativa y jurisprudencial en materia de reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, cuando se efectúan las cotizaciones con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Reiteración de jurisprudencia.[25]

4.1. En principio, la figura de la indemnización sustitutiva fue consignada normativamente en el Decreto 758 de 1990[26], para aquellos eventos en los que el cotizante no alcanzaba a completar los requisitos de acceso a la pensión por vejez[27], invalidez[28] o muerte[29], bajo estrictas exigencias para su causación, así como específicos condicionamientos que la hacían muy diferente a lo que hoy por hoy caracteriza la indemnización sustitutiva.

4.2. Esta figura contemplaba una fórmula distinta de contabilización de los tiempos, precisaba los eventos en los cuales había lugar a la prescripción de dicho derecho, y finalmente, establecía unos términos taxativos para su reclamación. Para ilustrar mejor la situación referenciada, se puede recordar lo conceptuado por esta corporación en la sentencia T-491 de 1992, en la que en su momento se analizó el caso de una señora de avanzada edad que reclamaba la pensión de vejez o en su defecto el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva, en razón a que había cumplido con la edad de retiro y no

podía seguir cotizando.

Para abordar la situación suscitada, la Corte Constitucional realizó un recuento normativo y determinó que a la peticionaria le asistía el derecho de acceder al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva, en la medida en que cumplía con los requisitos legales[30] y no se encontraba incursa dentro de las causales de prescripción alegadas por la contraparte para negarle el derecho.[31]

4.3. La postura y exigencias dispuestas en el Decreto 758 de 1990, que incluía la posibilidad de declararse la prescripción extintiva del derecho a reclamar la indemnización sustitutiva, se mantuvieron hasta la expedición de la Ley 100 de 1993, con la cual entró a regir el Sistema General de Seguridad Social que hoy conocemos y cuyo desarrollo marcó el cambio e inclusión de las nuevas concepciones constitucionales estatuidas con la Carta del 91 dentro del marco del Estado Social de Derecho.

4.4. La Ley 100 de 1993, retoma las necesidades de un país en crisis por la ausencia de protección a los trabajadores[32], fija como objeto el garantizar a la población en general el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte; incluye el reconocimiento de prestaciones sociales y modifica radicalmente el contenido de la figura de la indemnización sustitutiva contenida en el artículo 37, dando la posibilidad de acceder a la misma, bajo el cumplimiento de parámetros de causación mucho más protecciónistas y laxos en comparación con los existentes al momento de la expedición del Decreto 758 de 1990.[33] La figura de la indemnización sustitutiva fue consignada en la Ley 100 de 1993 de la siguiente manera:

“Artículo 37: 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.”

4.5. Este artículo fue reglamentado en su momento mediante el Decreto 1730 de 2001[34] y este a su vez fue modificado por el Decreto 2640 de 2005[35] que en su versión original contenían lo siguiente:

"DECRETO 4640 DE 2005 "Por medio del cual se modifica el artículo 1° del Decreto 1730 de 2001: Artículo 1°. Modifícase el artículo 1° del Decreto 1730 de 2001 el cual quedará así: "Artículo 1°. Causación del derecho. Habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1993, por parte de las Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, cuando los afiliados al Sistema General de Pensiones estén en una de las siguientes situaciones: a) Que el afiliado se retire del servicio habiendo cumplido con la edad, pero sin el número mínimo de semanas de cotización exigido para tener derecho a la pensión de vejez y declare su imposibilidad de seguir cotizando; b) Que el afiliado se invalide por riesgo común sin contar con el número de semanas cotizadas exigidas para tener derecho a la pensión de invalidez, conforme al artículo 39 de la Ley 100 de 1993; c) Que el afiliado fallezca sin haber cumplido con los requisitos necesarios para que su grupo familiar adquiera el derecho a la pensión de sobrevivientes, conforme al artículo 46 de la Ley 100 de 1993; d) Que el afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales se invalide o muera, con posterioridad a la vigencia del Decreto-ley 1295 de 1994, como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, la cual genere para él o sus beneficiarios pensión de invalidez o sobrevivencia de conformidad con lo previsto en el artículo 53 del Decreto-ley 1295 de 1994". Artículo 2°. Vigencia. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias." (Subrayado fuera del texto original)

4.6. La reglamentación del artículo 37 de la Ley 100 de 1993 fue en realidad muy problemática. La mayoría de las personas que pretendían acceder a la indemnización sustitutiva, veían truncado su derecho, debido a que los diferentes fondos pensiones, tanto públicos como privados, se negaban a reconocer dicha prestación bajo el fundamento de una interpretación restrictiva, según la cual, solo les era posible acceder a este beneficio cuando su desvinculación laboral se llevaba a cabo estando en vigencia la afiliación al Fondo de Pensiones, es decir, con posterioridad a la expedición de la Ley 100 plurimencionada.

4.7. Fueron múltiples los casos estudiados por esta corporación en los cuales se analizó la problemática generada por dicha reglamentación. Tanto así, que para proteger los derechos vulnerados, la Corte Constitucional se vió en la obligación de acudir a los principios de universalidad, igualdad, favorabilidad y buena fe consagrados en la Ley y la Constitución, con el propósito de establecer reglas claras de causación, reconocimiento, pago e

imprescriptibilidad de la indemnización sustitutiva[36], con el fin de evitar que de manera indiscriminada, los diferentes fondos de pensiones siguieran incurriendo en un enriquecimiento sin justa causa al apropiarse de las cotizaciones realizadas por los trabajadores con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993.[37] Al respecto la Corte en la Sentencia T-850 de 2008[38], sintetizó los argumentos jurisprudenciales que han llevado a tal conclusión de la siguiente manera:

Así las cosas, la ley 100 de 1993, cobija a todos los habitantes del territorio nacional, por tanto, las normas que regulan lo referente a la indemnización sustitutiva también tienen aplicación en relación con aquellas personas que cotizaron o prestaron sus servicios bajo la vigencia de la anterior normatividad y cuya situación jurídica no se consolidó en aplicación de normas precedentes. Por tanto, es viable conceder la indemnización sustitutiva reconociendo las semanas cotizadas aún con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley, ya sea en el sector público o privado.(...)

El derecho a reclamar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez se encuentra en cabeza de aquellas personas que, independientemente de haber estado afiliadas al Sistema Integral de Seguridad Social en el momento de entrada en vigencia la Ley 100 de 1993, pero que habiendo cumplido con la edad para reclamar la pensión, no cuenten con el número de semanas cotizadas para acceder a dicha prestación. Además las entidades de previsión social a las que en algún momento cotizó el accionante, deben reconocer y pagar la indemnización so pena de que se incurra en un enriquecimiento sin causa. Así pues, es inválida cualquier interpretación restrictiva en la cual se establezca como requisito adicional para acceder a la indemnización sustitutiva que el afiliado haya cotizado al sistema a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993 o que al momento de la desvinculación del trabajador éste haya cumplido con la edad exigida para acceder a la pensión de vejez[39], pues ello (i) contradice de manera directa los artículos 48, 49 y 366 de la Constitución Política, (ii) propicia un enriquecimiento sin justa causa de la entidad a la cual se efectuaron los aportes[40] y (iii) vulnera el principio constitucional de favorabilidad”.”

4.8. Aunado a lo anterior, y como refuerzo a la tesis desarrollada por la Corte Constitucional, la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante sentencia del 11 de marzo de 2010[41], declaró la nulidad de los términos “afiliados” y “afiliado” contenidos en el inciso 1º de la letra a) del artículo 1º del Decreto 4640 de 2005, y en la letra a) del Decreto 1730

de 2001, indicando que la exigencia de ser afiliado al sistema general de pensiones no es requisito para obtener el derecho a la indemnización sustitutiva.

Es decir, en efectos prácticos el Consejo de Estado señaló que el beneficio de acceder a la indemnización sustitutiva de la pensión, no debía aplicarse exclusivamente a los afiliados, entendidos como aquellos vinculados al servicio a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, sino que de acuerdo con el contenido general de la ley reglamentada, dicho beneficio le es aplicable a toda la población a la que el mismo sistema ampara de las contingencias derivadas de la vejez, invalidez y muerte. Dada la relevancia de la argumentación expuesta por el Consejo de Estado, a continuación se transcribe in extenso el eje argumentativo de la misma:

“En ese orden, la Sala considera que si el Sistema General de Pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, se aplica a todos los habitantes del territorio nacional[42], rige a partir de su publicación y salvaguardó los derechos adquiridos en vigencia de las disposiciones derogadas[43]; la exigencia de ser afiliado al mismo para ser beneficiario de la indemnización sustitutiva, riñe con los principios orientadores del Sistema de Seguridad Social Integral y con el objetivo del Sistema General de Pensiones arriba trascritos, por cuanto afiliado, según la definición que trae el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, son aquellas personas a) vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, b) las que presten sus servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, c) los trabajadores independientes[44] y d) los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales[45].

Además, algunas personas pueden afiliarse voluntariamente al Sistema General de Pensiones como los extranjeros que en virtud de un contrato de trabajo permanezcan en el país y no estén cubiertos por algún régimen de su país de origen o cualquier otro[46].

De manera que son válidas las acusaciones hechas por el demandante y el Ministerio Público contra el Decreto reglamentario en comento, cuando afirman que con tal exigencia -ser afiliado al Sistema General de Pensiones- se excluye de tal beneficio a las personas que para la fecha de entrada en vigencia no se encontraban vinculadas ya fuera mediante

contrato de trabajo, como servidores públicos, como trabajadores oficiales, como empleados públicos, como trabajadores independientes o prestando sus servicios bajo la modalidad de prestación de servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado. En otras palabras, retiradas del servicio activo.

Prohibir tal exigencia, vulneraría a todas luces el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 superior, se desconocería el principio de la irrenunciabilidad de los derechos ciertos e indiscutibles y de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, así como la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho, la garantía a la seguridad social y la asistencia a las personas de la tercera edad.

No hay que olvidar además, que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 establece como característica del Sistema, que para reconocer las pensiones y prestaciones que consagra dicha normativa se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la citada ley, al Instituto de Seguros Sociales o 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.

Siendo ello así, como irrefutablemente lo es, dicho beneficio no puede estar consagrado exclusivamente para los afiliados, entendido como aquellos vinculados al servicio a la entrada en vigencia de dicha ley, sino para toda la población, a la que el mismo sistema ampara de las contingencias derivadas de la vejez, invalidez y muerte, a través del reconocimiento de las pensiones y prestaciones que él consagra, siendo una de ellas la indemnización sustitutiva.

Por consiguiente, la Sala declarará la nulidad del término “afiliados” y “afiliado” contenidos en el inciso 1º y en la letra a) del artículo 1º del Decreto 4640 de 2005, y consecuencialmente el consagrado en la letra a) del Decreto 1730 de 2001.”

4.10. Por todo lo anterior, es innegable que el capital abonado como cotización y que es reclamado bajo la figura de la indemnización sustitutiva de la pensión, es el resultado del esfuerzo del trabajador y por ende, su reconocimiento es perentorio en cualquier momento. Esto en atención a que, dicha compensación fue ideada para aliviar las necesidades del adulto mayor que no alcanzó a cumplir las exigencias legales para hacerse acreedor a una

pensión de vejez. Siendo así, es perfectamente viable conceder este tipo de prestación, reconociendo las semanas cotizadas aún con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, ya sea en el sector público o privado[47].

5. Análisis del caso concreto

5.1. Procedibilidad

De acuerdo con lo consignado jurisprudencialmente por la Corte, se ha establecido que la procedencia excepcional de la petición de amparo en los casos en los que se reclama una prestación social, se justifica en la medida en que sus titulares sean personas de la tercera edad cuyo estado de indefensión amerite un tratamiento diferencial más protecciónista que el reconocido a los demás miembros de la comunidad[48].

En el caso del señor Obdulio Montoya Cortes, claramente se observa que de acuerdo con el documento de identidad adjuntado, la declaración extrajurídica allegada y las diferentes certificaciones aportadas, el peticionario es una persona de 75 años de edad, que padece de una discapacidad congénita, y se encuentra en estado de indefensión e incapacidad económica.[49]

Esta situación conlleva a que, en los términos de los artículos 13 y 46 de la Carta Política, se determine que el señor Obdulio Montoya Cortes es un sujeto de especial protección constitucional, cuya condición amerita que se declare la viabilidad de la reclamación del reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva, vía acción de amparo, en la medida en que no existe otro medio idóneo ni eficaz.[50]

Así las cosas, aunque la Sala advierte que de acuerdo con los documentos allegados al expediente, no se evidencia que el actor haya interpuesto recurso alguno contra la Resolución 1037 de 2012 que le negó el reconocimiento de la prestación reclamada, es obvio que de conformidad con lo sostenido en el acápite 3 de esta providencia, no es posible aceptar la idoneidad de otras vías de reclamación, como por ejemplo mediante un proceso ante la jurisdicción contencioso administrativa, toda vez que para el momento en que se adopte un fallo definitivo podrían concretarse circunstancias que impidan el goce efectivo del derecho, dadas las especiales condiciones en las que se encuentra el peticionario respecto a su expectativa de vida[51].

5.2. El Departamento de Risaralda y el Fondo de Pensiones adscrito al departamento vulneraron los derechos fundamentales a la vida digna y mínimo vital del señor Obdulio Montoya Cortes, al haberle negado el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión.

Ahora bien, una vez agotada la procedencia de la acción de amparo, entra la Sala a determinar en este caso a quien corresponde la responsabilidad de asumir el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva.

Para desarrollar este punto es necesario en primer lugar, verificar el cumplimiento de los requisitos de causación del derecho y en seguida, identificar, a quien corresponde efectivizar la orden de reconocimiento y pago de la prestación debida.

5.2.1. Cumplimiento de los requisitos de causación

En atención a lo consignado en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, se dispone que una persona tiene derecho a recibir una indemnización sustitutiva cuando:

- Cumple con la edad para acceder a la pensión de vejez,
- No cuenta con el mínimo de semanas exigidas en la ley para ser beneficiario de dicha prestación y
- No tiene posibilidad de seguir aportando al sistema.

Estas exigencias encuadran perfectamente en el caso del señor Obdulio Montoya Cortes, en la medida en que: (i) es una persona de 75 años de edad, superando así la edad exigida para acceder a la pensión de vejez; (ii) no cuenta con las semanas suficientes para acceder a la pensión de vejez, por cuanto solo realizó cotizaciones a CASERIS del 18 de junio de 1979 hasta el 31 de diciembre de 1982 como cotero en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar al servicio del Departamento de Risaralda; y del 19 de enero de 1984 hasta el 13 de julio de 1987 como revisor de acción comunal de la Contraloría General de Departamento de Risaralda; y (iii) está en imposibilidad de seguir cotizando en razón a su avanzada edad, delicado estado de salud e imposibilidad económica.

5.2.2. En quien recae la responsabilidad de reconocer y pagar la indemnización sustitutiva

de la pensión de vejez, es en el Departamento de Risaralda

Conforme con las pruebas aportadas al expediente, la Sala evidencia que, efectivamente, todas las cotizaciones reclamadas por el señor Obdulio Montoya Cortes, fueron realizadas a la Caja de Previsión Social del Departamento de Risaralda denominada CASERIS, sin embargo, dicha entidad fue liquidada el 29 de noviembre de 1994 mediante Ordenanza núm. 010.

Mediante Ordenanza núm. 017 del 9 de marzo de 1995, se creó el Fondo Territorial de Pensiones del Departamento de Risaralda, quien a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993, tenía que encargarse de la emisión de los bonos pensionales de los trabajadores activos para esa época, que se transferían a los Fondos de Pensiones públicos o privados, según escogía el trabajador.

No obstante lo anterior, no existe prueba en el expediente, ni afirmación alguna por parte del Departamento que acredite que los aportes realizados durante el tiempo en que estuvo vinculado el señor Obdulio Montoya Cortes, se hayan transferido al Fondo Territorial de Pensiones o alguna de las entidades de la seguridad social en pensiones. En ese orden de ideas, corresponde en este caso al Departamento de Risaralda, en calidad de responsable por los períodos de aportes[52], asumir el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva por el tiempo de servicios prestados por el accionante.

Así las cosas, se considera que en el presente caso, el Departamento de Risaralda, como entidad responsable del reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva vulneró los derechos fundamentales al mínimo vital y vida digna del señor Montoya Cortes, al negarse a restituir los aportes realizados por el actor, sobre la base de que se realizaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, desatendiendo así lo consagrado por la ley y los lineamientos jurisprudenciales ya instituidos sobre la materia.

Lo anterior en atención a que, como se explicó en el acápite 4 de la presente providencia, a partir de la expedición de la ley 100 de 1993 y de acuerdo con el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, no es posible negar el derecho de acceso a la indemnización sustitutiva bajo el simple fundamento de que la persona no se encontraba afiliada o no realizó las cotizaciones con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, toda vez que esto contradice de manera directa los artículos 48, 49

y 366 de la Constitución Política, propicia un enriquecimiento sin justa causa de la entidad a la cual se efectuaron los aportes[53] y vulnera los principios constitucionales de universalidad, igualdad, favorabilidad y buena fe.

5.3. Órdenes a impartir

Por lo anterior, la Sala protegerá los derechos fundamentales invocados por el accionante, procederá a revocar el fallo de tutela de segunda instancia y ordenará al Departamento de Risaralda, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, realice todos los trámites administrativos pertinentes para el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a favor del señor Obdulio Montoya Cortes, cuyo pago efectivo no podrá exceder 30 días calendario.

En aras de vigilar la efectivización de los derechos invocados, se ordenará al Departamento de Risaralda que una vez realice el pago de la indemnización sustitutiva, remita a esta corporación un informe detallado sobre la liquidación y pago del mismo. Así mismo se prevendrá a dicha entidad para que en adelante se abstenga de desconocer el contenido de la ley y las reglas jurisprudenciales previstas en materia de indemnización sustitutiva.

Finalmente, se debe advertir que en este caso no existe ninguna obligación a cargo de la Fiduprevisora como agente liquidador del ISS ni de Colpensiones, en la medida en que ni el Departamento de Risaralda ni su Fondo de Pensiones acreditó haber efectuado la transmisión de bono pensional alguno a nombre del peticionario. Simplemente se limitaron a indicar que no le asistía el derecho por el solo hecho de haber cotizado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero. REVOCAR la sentencia proferida el 26 de febrero de 2013 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, que a su vez revocó la emitida el 12 de diciembre de 2012 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento

de la misma ciudad. En su lugar, CONCEDER la protección del derecho fundamentales invocados por el señor Obdulio Montoya Cortes.

Segundo. ORDENAR al Departamento de Risaralda que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, realice los trámites administrativos correspondientes con el Fondo de Pensiones del Departamento, para que emita el acto administrativo de reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, de acuerdo con lo consignado en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, a nombre del señor Obdulio Montoya Cortes.

De igual manera se ordenará realizar el pago efectivo del mismo, en un término que no podrá exceder 30 días calendario.

Tercero. ORDENAR al Departamento de Risaralda que una vez realice el pago de la indemnización sustitutiva, remita a esta corporación un informe detallado sobre la liquidación y pago del mismo.

Cuarto. PREVENIR al Departamento de Risaralda y al Fondo de Pensiones del mismo, para que en adelante se abstengan de desconocer el contenido de la ley y las reglas jurisprudenciales que versan sobre la materia.

Quinto. LÍBRESE la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado Ponente

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETEL T CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] La escritura del apellido se realiza tal como aparece en el documento de identidad del peticionario obrante a folio 20 del cuaderno de instancias.

[2] La Caja de Previsión Social del Departamento de Risaralda, CASERIS, fue liquidada mediante Ordenanza 010 del 29 de noviembre de 1994; y mediante Ordenanza 017 del 9 de marzo de 1995 se creó el Fondo Territorial de Pensiones del Departamento de Risaralda, quien a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 es el encargado de expedir los bonos pensionales que se transfieren a los funcionarios afiliados al régimen de prima media con prestación definida y al régimen de ahorro individual, según corresponda. Ver folios 9, 10 y 11 del cuaderno de instancia.

[3] Reglamentada por el Decreto 1730 de 2001.

[4] La parte resolutiva de la mencionada resolución que negó la solicitud del petente señala lo siguiente: "Que si se analiza la historia laboral adjunta, es claro que no tiene derecho a un Bono pensional toda vez que no se encontraba activo laboralmente a la fecha de entrada del Sistema General de Seguridad Social estatuido por la Ley 100 de 1993, y no adquirió el derecho para acceder a la pensión de vejez// Que de conformidad con lo anteriormente expuesto es posible dilucidar que el Departamento de Risaralda con fundamento en la Ley 100 de 1993, no reconoce Indemnizaciones Sustitutivas de la Pensión de Vejez// Que en consecuencia de lo anterior// Resuelve:// ARTÍCULO PRIMERO: Negar la indemnización Sustitutiva de la Pensión de Vejez, solicitada por el señor OBDULIO MONTOYA CORTES, identificado con cédula de ciudadanía 4.504.008 expedida en Pereira-Risaralda, por lo expuesto en la parte considerativa del presente acto administrativo. // ARTÍCULO SEGUNDO Notificar el contenido del presente acto administrativo del señor OBDULIO MONTOYA CORTES , haciéndole saber que rige a partir de la fecha de su expedición y contra este proceden los recursos de reposición ante la Secretaría Administrativa y el de apelación para (sic)ante el Señor (sic)Gobernador del Departamento de Risaralda, en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez días hábiles siguientes a la diligencia de notificación, o la desfijación del edicto, o a la publicación según el caso; conforme a lo establecido en el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011."

[5] Cuaderno de instancia folios 51 a 59.

[7] Caja de Previsión Social del Departamento de Risaralda. Liquidada mediante Ordenanza 010 del 29 de noviembre de 1994, denominada con posterioridad Fondo Territorial de Pensiones del Departamento de Risaralda, mediante Ordenanza 017 del 9 de marzo de 1995. Se debe aclarar que a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 la entidad territorial se acogió al Sistema General de Seguridad Social y los funcionarios se afiliaron al régimen de prima media con prestación definida y al régimen de ahorro individual con solidaridad, dependiendo de lo que cada trabajador elegía.

[8] Folio 17 y 44 del cuaderno de instancias.

[9] Folio 20 del cuaderno de instancias.

[10] Folio 20 del cuaderno de instancias.

[11] Folio 21 del cuaderno de instancias

[12] Confróntese con las Sentencias T-059 de 2011, T-829 de 2011, T-385 de 2012, T-1075 de 2012 y T-308 de 2013 proferidas por esta misma Sala.

[13] Corte Constitucional, Sentencias T-106 de 1993, T-480 de 1993, T-480 de 1993, T-100 de 1994, T-143 de 1998, SU-995 de 1999, T-660 de 1999, T-577 de 1999, T-1338 de 2001, T-812 de 2002, T-454 de 2004, T-425 de 2004, T-050 de 2004, T-859 de 2004, T-138 de 2005, T-043 de 2007, entre otras.

[14] Corte Constitucional, Sentencias T-607 de 2007, T-938 de 2008 y C-375 de 2004, entre otras. En esta última se dijo: "Pese a su estatus prestacional, en las eventualidades en las cuales el desconocimiento o vulneración de alguna de las garantías que comportan el derecho a la seguridad social ponen en cuestión derechos fundamentales como la vida, la dignidad humana y la integridad personal, la doctrina constitucional ha sostenido la posibilidad de acudir al mecanismo sumario y expedito de la acción de tutela para hacer frente a este tipo de violaciones."

[15] Corte Constitucional, Sentencia T-246 de 1996: "Cuando la autoridad pública o el particular encargado de prestar los servicios inherentes a la seguridad social la vulneran, al privar arbitrariamente a una persona de la pensión de invalidez que le permite su digna subsistencia, están sometidos a la jurisdicción constitucional en cuanto amenazan de

manera directa derechos constitucionales, por lo cual la controversia acerca de la correspondiente protección judicial no debe darse en el plano de la ley sino en el nivel superior de la normatividad fundamental. De allí que tenga validez en tales casos la acción de tutela, si falta un mecanismo ordinario con suficiente aptitud y eficacia para imponer de manera inmediata el debido respeto a los preceptos constitucionales.”

[16] “El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

[17] “El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad.”

[18] En la Sentencia T-607 de 2007, se sostuvo que: “El estado de indefensión en que se encuentran las personas de la tercera edad, la necesidad de atención que reclaman y el necesario reconocimiento de los servicios que durante su vida han prestado a la sociedad, bien trabajando para el Estado, ya para los particulares, son factores que influyen de modo decisivo en esa especial protección que les brinda la Carta y que es obligatoria para los entes públicos y para el conglomerado social”. Adicionalmente, en la Sentencia T-014 de 2007, se expresó: “Si una persona sobrepasa el índice de promedio de vida de los colombianos, y ella considera que se le ha dado un trato discriminatorio en el reajuste pensional y por tal motivo ha reclamado ante juez competente, pero se estima razonablemente que el solicitante ya no existiría para el momento que se produjera la decisión judicial, debido a su edad avanzada, unido esto al alto volumen de procesos que razonablemente producen demora en la decisión, pese al comportamiento diligente del juzgador, entonces, ese anciano no tiene otro medio distinto al de la tutela para que, provisionalmente, mientras se decide el fondo del asunto por el juez natural, se ordene el respeto a su derecho.”

[19] Ver, entre otras, Corte Constitucional, Sentencia T-384 de 1998.

[20] Ver, entre otras, Corte Constitucional, Sentencias T-600 de 2002 y T-321 de 2000.

[21] La Corte Constitucional ha considerado que un perjuicio se califica como irremediable únicamente cuando, de conformidad con las particularidades propias de cada caso, sea “(a)

cierto e inminente -esto es, que no se deba a meras conjeturas o especulaciones, sino a una apreciación razonable de hechos ciertos-, (b) grave, desde el punto de vista del bien o interés jurídico que lesionaría, y de la importancia de dicho bien o interés para el afectado, y (c) de urgente atención, en el sentido de que sea necesaria e inaplazable su prevención o mitigación para evitar que se consume un daño antijurídico en forma irreparable". (Corte Constitucional Sentencia T-1316 de 2001).

[22] Ver, entre otras, Corte Constitucional, Sentencias T-719 de 2003, y T-789 del mismo año.

[23] Corte Constitucional, Sentencias T-015 de 2006 y T-153 de 2006.

[24] Al respecto en la Sentencia C-375 de 2004 la Corte Constitucional sostuvo: "Pese a su estatus prestacional, en las eventualidades en las cuales el desconocimiento o vulneración de alguna de las garantías que comportan el derecho a la seguridad social ponen en cuestión derechos fundamentales como la vida, la dignidad humana y la integridad personal, la doctrina constitucional ha sostenido la posibilidad de acudir al mecanismo sumario y expedito de la acción de tutela para hacer frente a este tipo de violaciones."

[25] Corte Constitucional, Sentencias:T-491 de 1992, T-981 de 2003, C-375 de 2004, T-750 de 2006, T-972 de 2006, T-1046 de 2007, T-1088 de 2007, T-237 de 2008, T-286 de 2008, T-546 de 2008, T-905 de 2008, T-525 de 2009, T-566 de 2009, T-842 de 2009, T-957 de 2010, T-964 de 2009, T-235 de 2010, T-364 de 2010, T-695 A de 2010, T-960 de 2010, T-044 de 2011, T-059 de 2011, T-083 de 2011, T-472 de 2011, T-534 de 2011, T-659 de 2011, T-829 de 2011, T-149 de 2012, T-221 de 2012, T-299 de 2012, T-338 de 2012, T-385 de 2012, T-475 de 2012, T-528 de 2012, T-573 de 2012, T-658 de 2012, T-844 de 2012, T-915 de 2012, T-923 de 2012, T-1075 de 2012, T-037 de 2013, T-080 de 2013, T-083 de 2013 y T-308 de 2013.

[26] "Por el cual se aprueba el acuerdo numero 049 de febrero 1 de 1990 emanado del consejo nacional de seguros sociales obligatorios".

[27] Decreto 758 de 1990: "ARTÍCULO 14. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. Las personas que habiendo cumplido las edades mínimas exigidas para adquirir el derecho a la pensión de vejez, se retiraren definitivamente de las actividades sujetas al

seguro social y no hubieren acreditado el número mínimo de semanas de cotización requeridas para que tal derecho se cause, percibirán en sustitución, por cada veinticinco (25) semanas de cotización acreditadas, una indemnización equivalente a una mensualidad de la pensión por invalidez permanente total que les hubiere correspondido en el supuesto de haberse invalidado al cumplimiento de la respectiva edad.// Para conceder esta indemnización se requiere, que no hayan transcurrido más de diez (10) años entre el período a que corresponde la última cotización acreditada y la fecha de cumplimiento de las edades para adquirir el derecho a la pensión de vejez, y que el asegurado tenga acreditadas no menos de cien (100) semanas de cotización.// PARÁGRAFO. Las personas que en cualquier tiempo reciban la indemnización de que trata este artículo, no podrán ser inscritas nuevamente en el seguro de vejez, invalidez y muerte. Las semanas tenidas en cuenta para efectos de la indemnización, no se computarán para la pensión de jubilación por aportes de que trata la Ley 71 de 1988.

[28] Decreto 758 de 1990: "ARTÍCULO 9: INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ POR RIESGO COMÚN. El asegurado que al momento de invalidarse no tuviere el número de semanas exigidas en el literal b) del artículo 6o. del presente Acuerdo, tendrá derecho en sustitución de la pensión de invalidez, a una indemnización equivalente a una mensualidad de la pensión que le habría correspondido, por cada veinticinco (25) semanas de cotización acreditadas.// Igual indemnización se otorgará al asegurado que sin tener derecho a la pensión de vejez, se invalide después de alcanzar las edades que se señalan en este Reglamento para adquirir el derecho a esta pensión.// En uno y otro caso será requisito, que el interesado tenga acreditadas no menos de cien (100) semanas de cotización, veinticinco (25) de las cuales deben corresponder al año anterior a la estructuración de la invalidez."

[29] A esta indemnización se accedía cuando el cotizante fallecía con determinado número de semanas cotizadas, pero sin haber cumplido el requisito de edad en vida (es decir, cuando no se alcanzaban a cumplir las exigencias normativas para causar la pensión de sobrevivientes). Decreto 758 de 1990: "ARTÍCULO 31. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. Si al momento del fallecimiento, el asegurado no tuviere el número de semanas de cotización o la densidad de cotizaciones requeridas para dejar derecho a pensión de sobrevivientes, pero hubiere acreditado un mínimo de veinticinco (25) semanas de cotización, se otorgará a las personas que hubieren tenido derecho a la

pensión de sobrevivientes en caso de que se hubiere causado y en los mismos porcentajes en que ella se hubiere cubierto, una indemnización igual al valor de una mensualidad de dicha pensión de sobrevivientes por cada veinticinco (25) semanas de cotización acreditadas, sin que el monto mínimo de la indemnización pueda ser inferior a doce (12) mensualidades."

[30] Los requisitos legales exigidos de acuerdo a la sentencia eran los siguientes: "La segunda pretensión, en cambio, amerita ser estudiada con mayor detenimiento. En efecto, la señora DUQUE URREGO, solicitó el 18 de julio de 1991 a la Comisión de Prestaciones Económicas del I.S.S., Seccional Valle, se le concediera la indemnización sustitutiva de su pensión de vejez, regulada en el artículo 14 del Decreto 758/90. Dicho precepto señala: "Artículo 14. Indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Las personas que habiendo cumplido las edades mínimas exigidas para adquirir el derecho a la pensión de vejez, se retiraren definitivamente de las actividades sujetas al seguro social y no hubieren acreditado el número mínimo de semanas de cotización requeridas para que tal derecho se cause, percibirán en sustitución, por cada veinticinco (25) semanas de cotización acreditadas, una indemnización equivalente a una mensualidad de la pensión por invalidez permanente total que les hubiere correspondido en el supuesto de haberse invalidado al cumplimiento de la respectiva edad.// "Para conceder esta indemnización se requiere, que no hayan transcurrido más de diez (10) años entre el periodo a que corresponde la última cotización acreditada y la fecha de cumplimiento de las edades para adquirir el derecho a la pensión de vejez, y que el asegurado tenga acreditadas no menos de cien (100) semanas de cotización.// "Parágrafo. Las personas que en cualquier tiempo reciban la indemnización de que trata este artículo, no podrán ser inscritas nuevamente en el seguro de vejez, invalidez y muerte. Las semanas tenidas en cuenta para efectos de la indemnización, no se computaran para la pensión de jubilación por aportes de que trata la Ley 71 de 1983."// No obstante, mediante oficio No. 845 de 1991, el Jefe de la Comisión de Prestaciones Económicas le comunicó a la petente la negativa del Instituto de Seguros Sociales a reconocerle la indemnización solicitada, con fundamento en el artículo 50 del acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, que se transcribe a continuación:/"Artículo 50. Prescripción. La prescripción para el reconocimiento de una mesada pensional prescribe en cuatro (4) años; la acción para el reconocimiento de las demás prestaciones y el derecho a cobrar cualquier subsidio, prestación o mesada pensional ya reconocida, prescribe en un (1) año.// Las prescripciones consagradas en este artículo comenzarán a

contarse a partir de la exigibilidad del respectivo derecho."// La justificación de la autoridad pública para denegar la indemnización sustitutiva obedeció a que la respectiva solicitud fue presentada vencido el plazo de prescripción de un año contado a partir de la fecha de retiro. Sin embargo, el mismo artículo establece que dicha prescripción debe contabilizarse a partir de la exigibilidad del respectivo derecho. Antes de proceder a negar la solicitud, la entidad pública debía verificar si el derecho a la indemnización sustitutiva era exigible por encontrarse cumplidos los requisitos legales establecidos para su reconocimiento, o sea que no hayan transcurrido más de diez (10) años entre la última cotización y el cumplimiento de la edad mínima y que el afiliado tenga acreditadas no menos de cien (100) semanas de cotización. En este sentido, la exigibilidad del derecho, como punto de partida para el computo de la prescripción, no podía ser anterior al plazo establecido por la ley como límite para conceder el derecho (10 años). Al invocar el término de prescripción con anterioridad al vencimiento del plazo para el reconocimiento de la indemnización, la administración actuó de manera arbitraria, aplicando una misma norma a situaciones de hecho diferentes, con la consiguiente vulneración del principio de igualdad."

[31] El eje principal de la argumentación utilizada por la Corte Constitucional para conceder el derecho invocado es el siguiente: "El derecho de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución prohíbe al legislador dar un trato distinto a las personas que se encuentran en un mismo supuesto de hecho. El mencionado artículo involucra además el principio de igualdad en la aplicación de la ley, el cual obliga a la aplicación de las normas de modo igual frente a todos aquellos que se encuentren en la misma situación contemplada por ella."// El legislador consagró como requisitos para conceder la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez "que no hayan transcurrido más de diez (10) años entre la última cotización acreditada y el cumplimiento de la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión de vejez, y que el asegurado tenga acreditadas no menos de cien (100) semanas de cotización". Igualmente, estableció una prescripción de un año, contado a partir de la exigibilidad del respectivo derecho, para la acción de reconocimiento de las prestaciones diferentes a la mesada pensional."// La administración por su parte, no tuvo en cuenta la particularidad del supuesto de hecho correspondiente a la indemnización sustitutiva y aplicó un plazo de prescripción destinado a otras situaciones diferentes en las cuales los respectivos derechos ya eran exigibles. En efecto, el artículo 14 condicionó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva a los dos requisitos ya mencionados. Luego, la exigibilidad del derecho a la indemnización, sólo nace después de que los mismos se

acrediten plenamente.// La aplicación de la prescripción de un año contemplada para un evento distinto, contraría el principio de igualdad en la aplicación de la ley. En el caso sub-examine, la respuesta del Jefe de Prestaciones Económicas del ISS, Seccional Valle, consistente en negarse a reconocer a la petente la indemnización sustitutiva de que trata el artículo 14 del Decreto 758 de 1990, invocando para el efecto un término de prescripción no aplicable al referido derecho, constituye una flagrante violación del derecho de toda persona a recibir la misma protección y trato de las autoridades."

[32] Al respecto se puede consultar Gerardo Arenas Monsalve, "El derecho colombiano de la seguridad social", Bogotá, 2006, Legis.

[33] Se debe recordar que adicional a lo consignado en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, en el literal p), del artículo 13, de la misma, se establece que los "afiliados que al cumplir la edad de pensión no reúnan los demás requisitos para tal efecto, tendrán derecho a una devolución de saldos o indemnización sustitutiva de acuerdo con el régimen al cual estén afiliados y de conformidad con lo previsto en la presente ley...". Esta disposición fue estudiada por esta corporación, mediante Sentencia C-375 del 27 de abril de 2004, en la cual se declaró la constitucionalidad condicionada del mismo, en el sentido de que el precepto no ordena el retiro del trabajador, sino que le permite optar por la solicitud de la indemnización sustitutiva, o por la devolución de saldo, según sea el caso; o por continuar cotizando al Sistema General de Pensiones hasta alcanzar el capital, o numero de semanas requeridas, para consolidar el derecho a la pensión. En la providencia citada, la Corte resolvió: "Declarar EXEQUIBLE, por los cargos analizados, literal p del artículo 2º de la ley 797 de 2003, en el entendido de que 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."

De igual manera se consideró que, "la norma acusada es un desarrollo posible de la libertad de configuración del legislador, que no desconoce los principios constitucionales que regulan el derecho a la seguridad social, pues se limita a normar un supuesto de hecho particular en punto de sistemas pensionales. En ese sentido, el literal acusado se limita a presentar la posibilidad a los afiliados que, luego de haber llegado a la edad de pensión (i) no hayan alcanzado a generar la pensión mínima (ii) no hayan cotizado al menos 1150

semanas, de solicitar la devolución de saldos o la indemnización sustitutiva de acuerdo con el régimen al cual se encuentren afiliados. Resta precisar que tan sólo en el entendido que el literal acusado incorpora una facultad en cabeza del afiliado, más no un deber de recibir la devolución o indemnización correspondientes, es constitucional la norma demandada.”.

[34] “Por medio del cual se reglamentan los artículos 37, 45 y 49 de la Ley 100 de 1993 referentes a la indemnización sustitutiva del régimen solidario de prima media con prestación definida”.

[35] “Por medio del cual se modifica el artículo 1º del Decreto 1730 de 2001.”

[36] Sobre el particular en la Sentencia T- 850 de 2008 se indicó: “(i) El artículo 11 de la Ley 100 de 1993 estableció que el Sistema General de Pensiones se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, sin que se afecten los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores a dicha Ley. (ii) El sistema de pensiones introducido por la ley 100 reconoce para efectos del cumplimiento de los requisitos para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, los tiempos cotizados con anterioridad a su entrada en vigencia. En efecto, 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. (subrayado fuera del texto original). En el mismo sentido, el artículo 2 del Decreto 1730 de 2001, “Por medio del cual se reglamentan los artículos 37, 45 y 49 de la Ley 100 de 1993 referentes a la indemnización sustitutiva del régimen solidario de prima media con prestación definida”, establece que para determinar el monto de la indemnización sustitutiva a que haya lugar, deberán tenerse en cuenta la totalidad de las semanas cotizadas, “aún las anteriores a la Ley 100 de 1993.” (iii) Finalmente, el artículo 37 de la citada Ley, en que se consagra la figura de la indemnización sustitutiva, no consagró ningún límite temporal a su aplicación, ni condicionó la misma a circunstancias tales como que la persona hubiera efectuado las cotizaciones con posterioridad a la fecha en que empezó a regir la ley 100 de 1993.

[37] Al respecto se pueden consultar las sentencias: T-750 de 2006, T-972 de 2006, T-1046 de 2007, T-1088 de 2007, T-237 de 2008, T-286 de 2008, T-546 de 2008, T-850 de 2008, T-905 de 2008, T-525 de 2009, T-842 de 2009, T-957 de 2010 y T-964 de 2009, entre otras.

[38] En esta ocasión se revisó un caso en el que un señor de 73 años solicitó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a un fondo departamental en razón a que había prestado sus servicios a dicho Departamento con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 y éste le negó el reconocimiento.

[39] Sentencia T-850 de 2008, entre otras.

[40] Sentencia T-850 de 2008 y T-238 de 2009.

[41] Radicado número: 11001-03-24-000-2006-00322-00 (0984-07).

[42] Artículo 11

[43] Artículo 289

[44] Ley 100, artículo 15, modificado por la Ley 797, artículo 3º

[45] Ley 100, artículos 25 a 30.

[46] Concordancia Artículo 9º del Decreto 692 de 1994

[48] Corte Constitucional, Sentencia T-083 de 2004.

[49] Al respecto se puede observar lo contenido en la declaración extrajurídicamente rendida por el peticionario, obrante a folio 21, el documento de identidad y las demás certificaciones aportadas obrantes en los folios 14, 15, 16, 17 y 44 del cuaderno de instancias

[50] Corte Constitucional, Sentencias T- 957 de 2010, T-964 de 2009, T-235 de 2010, T-364 de 2010, T-695 A de 2010, T-960 de 2010, T-044 de 2011, T-059 de 2011, T-083 de 2011, T-472 de 2011, T-534 de 2011, T-659 de 2011, T-829 de 2011, T-149 de 2012, T-221 de 2012, T-299 de 2012, T-338 de 2012, T-385 de 2012, T-475 de 2012, T-528 de 2012, T-573

de 2012, entre muchas otras.

[51] Ver, entre otras, las Sentencias T- 284 de 2007, T - 239 de 2008 y T-505 de 2011.

[52] A folios 13, 14 y 44 aparecen las certificaciones de información laboral en las cuales se aprecia que es el Departamento de Risaralda quien aparece como responsable por los aportes correspondientes a los periodos laborales cotizados por el señor Obdulio Montoya Cortes.

[53] Corte Constitucional, Sentencias T-850 de 2008 y T-238 de 2009, entre muchas otras.