

Sentencia T-622/17

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

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

PENSION DE VEJEZ E INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE SERVIDOR PUBLICO-Cómputo 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 PARA EL RECONOCIMIENTO DE INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE PENSION DE VEJEZ-Orden a Gobernación reconocer y pagar indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, con base el artículo 37 de la Ley 100 de 1993

Un ente territorial que no trasladó el riesgo de vejez de sus empleados al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, conserva a su cuenta los aportes destinados para el efecto, por lo cual, debe asumir las prestaciones que se generen respecto de dichos aportes o tiempos de servicios, incluso la indemnización sustitutiva.

Referencia: Expediente T-6.317.970

Acción de tutela instaurada por Jorge Mario Hurtado Velásquez contra la Gobernación de Caldas.

Magistrada Ponente:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá D.C., seis (6) de octubre de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Cristina Pardo Schlesinger –quien la preside-, Diana Fajardo Rivera y Alberto

Rojas Ríos, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, profiere la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Promiscuo de Familia de Manizales, Caldas¹, en primera instancia, y por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, Sala de Decisión Civil – Familia, en segunda instancia².

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y solicitud

Jorge Mario Hurtado Velásquez instauró el 7 de marzo de 2017 acción de tutela contra la Gobernación de Caldas por considerar que ésta vulneró sus derechos fundamentales a la vida digna, a la igualdad, a la seguridad social y al mínimo vital, al no reconocer y pagar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a la que considera tiene derecho, bajo los argumentos de que para la época en que prestó sus servicios a la Gobernación (i) no se hicieron descuentos para seguridad social ya que el Departamento de Caldas jubilaba a sus funcionarios con cargo a sus propios recursos, y (ii) no había sido creada la figura de la indemnización sustitutiva de vejez. Funda su solicitud en los siguientes hechos:

1.1. El actor, de 66 años, laboró para el Departamento de Caldas del 12 de marzo de 1982 al 30 de noviembre de 1995 como ayudante de taller (12 de marzo de 1982 al 26 de febrero de 1991) y conductor (27 de febrero de 1991 al 30 de noviembre de 1995).

1.2. El 3 de noviembre de 2016 radicó ante la Gobernación de Caldas, solicitud de reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de vejez y/o información respecto a la ubicación de sus aportes realizados a la seguridad social. Mediante la Resolución No. 00501 del 22 de noviembre de 2016 le fue negada su petición aduciendo que nunca fue afiliado al Sistema General de Pensiones, por lo tanto, nunca se le hizo algún descuento con este propósito.

1.3. Interpuso los recursos de reposición y apelación, los cuales fueron resueltos desfavorablemente en las Resoluciones 00595 del 21 de diciembre de 2016 y 1008-3 del 8

de febrero de 2017.

1.4. Considera el accionante que la Gobernación de Caldas, a pesar de tener el deber legal de realizar aportes a su nombre al sistema de pensiones, nunca lo hizo, de tal manera que debe asumir el pago de la prestación solicitada.

1.5. Insiste en que es una persona adulto mayor (66 años), viudo, desempleado, con múltiples afecciones de salud y no se encuentra en condiciones físicas para continuar laborando y seguir aportando al sistema, ni para iniciar un proceso judicial. No tiene otros ingresos económicos que le permitan sufragar su mínimo vital. Hace poco (desde abril) regresó a su pueblo Manzanares y vive en una finca en donde hace trabajos menores y ayuda en lo que puede para pagar el arriendo. Tiene cuatro hijos de los cuales dos viven fuera del país pero ninguno le ayuda con nada porque cada uno tiene sus propias obligaciones.

1.6. Con base en lo anterior solicita:

“PRIMERA: Se ordene a la GOBERNACIÓN DE CALDAS reconocer a mi favor, LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ o LA DEVOLUCIÓN DE APORTES, a partir de la fecha en la que se haya hecho exigible mi derecho, toda vez que no estoy en las posibilidades físicas ni económicas para seguir cotizando al sistema de seguridad social, conforme el Artículo 37, 61, 65 de la Ley 100 de 1993, y demás normas concordantes. SEGUNDA: Se condene a la GOBERNACIÓN DE CALDAS, al pago de los intereses moratorios, sobre el valor que arroje la suma anterior, a partir de la fecha en que se haya hecho exigible mi derecho. TERCERO: Se condene a la GOBERNACIÓN DE CALDAS, al pago de la indexación sobre el valor que arrojen las sumas anteriores, a partir de la fecha en que se haya hecho exigible mi derecho”.

2. Contestación de acción de tutela⁴

2.1. Gobernación de Caldas⁵

La entidad accionada solicita denegar las pretensiones manifestando lo siguiente:

Teniendo en cuenta lo anterior, “acceder a dicho pago, sería tanto como ACEPTAR UN DETRIMENTO PATRIMONIAL para la entidad, pues se estaría produciendo un desembolso

sobre unos aportes que nunca se realizaron, siendo este el verdadero sentido de la norma, devolver actualizado unos aportes que se han hecho para pensiones y que han sido previamente descontados del salario del funcionario”.

Así las cosas, señala que el ente territorial no ha vulnerado derecho fundamental alguno considerando que la solicitud presentada fue resuelta sin que ello implicara que la misma debe ser favorable.

2.2. Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP6

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social solicitó su desvinculación del proceso de la referencia por la evidente falta de legitimación en la causa por pasiva. Lo anterior con fundamento en lo siguiente:

Al revisar las bases de datos, expediente y aplicativos de esta Unidad, no se encontró que el señor Hurtado Velásquez haya tenido relación alguna con esa entidad o con aquellas liquidadas de las cuales se ha asumido competencia. De tal manera, la UGPP carece de aptitud procesal para ser parte de la presente acción de tutela “toda vez que no existe relación directa entre los derechos fundamentales acusados como vulnerados y la conducta de la UGPP, ya que esta entidad no fue el órgano que presuntamente amenazó el derecho fundamental invocado, en la medida que la solicitud que sirve de base para la presente acción desborda la competencia que tiene hoy la UGPP (...) teniendo en cuenta que la competencia para resolver de fondo sobre las pretensiones de la parte actora, es la Gobernación de Caldas – Oficina de Prestaciones Sociales de la Gobernación de Caldas”.

2.3. Declaración de Jorge Mario Hurtado Velásquez7

El actor se presentó ante la Juez de instancia para manifestar que:

(i) trabajó para el Departamento en los periodos señalados en la tutela, en funciones de ayudante de mecánica y, posteriormente, como conductor. Después de que terminó su contrato laboral, trabajó como independiente, manejando carros, haciendo “mandados”. Finalmente aduce “seguí trabajando hasta el año pasado, a finales del año pasado que manejé una camioneta de un señor en Bogotá, como 10 años estuve trabajando con él y ya

no soy capaz más porque estoy muy enfermo. Hace un mes me vine para el pueblo y no hago nada”;

(ii) a la pregunta si le descontaban para seguridad social el actor contestó: “a mí me descontaban, pero no sé qué sería lo que me descontaban, no me di cuenta, no tengo desprendibles de pago, pero sé que no me descontaban [para pensión] porque ahora que fui a sacar unos papeles para que me liquidara en el Seguro Social, hace unos cinco meses, me dijeron allá que no me descontaron para pensión”;

(iii) al preguntarle sobre qué tipo de contrato tenía con el Departamento, el señor Hurtado respondió “era empleado fijo”;

(iv) a la pregunta de si alguna vez cotizó para pensión, el actor respondió que no, cuando trabajó independiente no hizo aportes. Luego, estando trabajando en Bogotá su jefe no lo afilió a pensión y no le descontaban, y él tampoco cotizaba por su cuenta “porque en Bogotá la vida es muy dura y no me alcanzaba el billete”;

(v) el señor Jorge Mario finaliza su declaración aduciendo que desde abril se regresó de Bogotá a su pueblo Manzanares porque no consiguió más trabajo. Vivió con su hija menor y sus tres nietos pero ahora vive en una finca en donde a veces le ayuda a la dueña con trabajos menores, haciendo lo que puede. Tiene otros tres hijos que viven uno en Bogotá, otro en Perú y otro en México pero no le ayudan con nada porque cada uno tiene sus obligaciones.

2.4. Colpensiones no dio respuesta a la acción de tutela pese a haber sido notificada en debida forma.

3. Pruebas que obran en el expediente

3.1. Registro Civil de Nacimiento del actor, expedido por la Notaría Única de Herveo, Tolima, donde consta que el actor tiene 66 años⁸.

3.2. Copia de la cédula de ciudadanía del actor⁹.

3.3. Copia de un certificado de información laboral, expedido el 29 de abril de 2016 por el Departamento de Caldas, donde consta que el actor trabajó allí del 12 de marzo de 1982 al

30 de noviembre de 1995. En la casilla “AL EMPLEADO SE LE DESCONTÓ PARA SEGURIDAD” se respondió “NO”¹⁰.

3.4. Copia de un certificado de salario base “para calcular los Bonos Pensionales de las personas incorporadas al Sistema de Pensiones”, expedido el 29 de abril de 2016 por el Departamento de Caldas, donde consta el cálculo del salario base del actor a la fecha base¹¹ que es el 30 de junio de 1992. En la casilla “Se hacían aportes para pensiones en fecha base” se respondió “NO”, en la casilla “¿Periodo asumido por el empleador o entidad que reporta?” se respondió “SI”, en la casilla “Entidad que responde por el periodo” se respondió “Departamento de Caldas”¹².

3.5. Copia de siete (7) certificados de salarios mes a mes “para liquidar pensiones del régimen de prima media”, expedidos el 29 de abril de 2016 por el Departamento de Caldas, donde constan los salarios mes a mes recibidos por el actor, los años 1982 a 1995¹³.

3.6. Copia de la Resolución GNR 210820 del 18 de julio de 2016, proferida por Colpensiones “por medio de la cual se reconoce una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez”. En este acto administrativo se señala que el actor acreditó un total de 681 días laborados, correspondientes a 97 semanas, lo cual arroja como resultado una indemnización por \$622.73614.

3.7. Copia del reporte de semanas cotizadas en pensiones del actor a Colpensiones, de fecha 8 de junio de 2016 donde consta un total de 79,86 semanas cotizadas entre el 2 de agosto de 1976 al 29 de febrero de 1996, por periodos no consecutivos¹⁵.

3.8. Notificación personal de la Resolución GNR 210820 del 18 de julio de 2016, por la que se reconoce la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez al accionante¹⁶.

3.9. Resolución No. 00501 del 22 de noviembre de 2016 “Por medio de la cual se resuelve una solicitud de reconocimiento de indemnización sustitutiva de vejez”, proferida por la Gobernación de Caldas, donde se señaló que el actor “nunca cotizó para pensiones, ya que para esa época el Departamento de Caldas como Entidad Pública jubilaba a sus funcionarios con cargo a sus recursos propios”. Por lo anterior, se resolvió no acceder a la petición del actor¹⁷.

3.10. Recurso de reposición y en subsidio de apelación presentado por el accionante contra la Resolución No. 00501 del 22 de noviembre de 201618.

3.12. Resolución No. 1008-3 del 8 de febrero de 2017 “Por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación”, proferida por la Gobernación de Caldas, en donde se resolvió confirmar en todas sus parte la Resolución 0051 del 22 de noviembre de 201620.

4. Decisiones judiciales objeto de revisión

4.1. Primera instancia

El Juzgado Promiscuo de Familia de Manzanares, Caldas, en sentencia del 17 de marzo de 2017, resolvió tutelar los derechos fundamentales a la seguridad social y mínimo vital del señor Jorge Mario Hurtado Velásquez y ordenó a la Gobernación de Caldas que dentro de los 5 días siguientes a la notificación de la sentencia, “constituya la reserva actuarial del accionante, teniendo en cuenta el tiempo de servicio que prestó y que no ha sido liquidado – desde el 12 de marzo de 1982 hasta el 30 de noviembre de 1995-, el cual adelantará ante COLPENSIONES. Una vez hecho lo anterior, dentro de los cinco (5) días siguientes, pague a órdenes de COLPENSIONES el valor causado en favor del señor JORGE MARIO HURTADO VELÁSQUEZ, de acuerdo con el tiempo de servicios que ha sido debidamente acreditado. (Inciso 1º del parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993)”. También le ordenó a Colpensiones “que dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de los dineros por parte de la Gobernación de Caldas, liquide y pague la indemnización sustitutiva al señor JORGE MARIO HURTADO VELÁSQUEZ”.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la acción constitucional es procedente en tanto (i) debido a la edad del actor, éste debe ser considerado sujeto de especial protección constitucional, (ii) no tiene una vida laboral activa, vive de realizar trabajos varios, no tiene una remuneración fija, sus familiares no le ayudan para su subsistencia, es viudo y paga arriendo con los trabajos que realiza donde reside, por lo que se concluye que no cuenta con otros medios de subsistencia, (iii) no tiene mayores posibilidades de acceder al mercado laboral y menos seguir cotizando como lo dijo en la declaración juramentada.

En segunda medida, señaló el juez de primera instancia que ya la Corte Constitucional indicó que cuando el empleador no efectuó cotizaciones para efectos del reconocimiento de pensión

de vejez de un empleado, esta situación no puede constituirse en un obstáculo para el reconocimiento efectivo del derecho a la indemnización sustitutiva²¹. Así, estando probado que el señor Hurtado laboró por más de 10 años para el Departamento de Caldas, y que la entidad no hizo aportes o programó una reserva de recursos propios para una pensión de vejez del accionante y luego trasladar el bono pensional al fondo de pensiones respectivo, éste ente vulneró sus derechos fundamentales al no reconocer la indemnización sustitutiva de la pensión.

4.2. Impugnación

Colpensiones impugnó la decisión de primera instancia²², considerando que en el presente asunto no se evidencia petición o documento alguno radicado por el actor ante la entidad que le permita conocer a fondo la solicitud de reconocimiento y pago de una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez de acuerdo al período laborado para la Gobernación de Caldas. Tampoco en su sistema está la interposición de recursos contra la Resolución 210820 del 18 de julio de 2016, a través de la cual se le reconoció la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, con base en los aportes hechos a partir de diciembre de 1995. Así que el ciudadano debe radicar el formulario correspondiente a su solicitud para que la entidad pueda responder de fondo. Si el peticionario se encuentra en desacuerdo con lo resuelto, deberá agotar los procedimientos administrativos y judiciales a que haya lugar y no acudir a la acción de tutela ya que éste es un mecanismo subsidiario.

En el presente caso, considera que el juez constitucional no estaba acreditado para intervenir en la solicitud de una indemnización de esta naturaleza ya que no se acreditó la existencia de un perjuicio irremediable.

4.3. Segunda instancia

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, Sala de Decisión Civil – Familia, en sentencia del 10 de mayo de 2017 revocó la decisión de primera instancia con base en que el actor no es adulto mayor ya que no supera los 72 años (citó como fundamento la sentencia T-138 de 2010) y, por lo tanto, argumentó que no podía acudir directamente a la acción de tutela pues éste es un camino excepcional. Así las cosas, consideró que el juez de primera instancia se equivocó al tutelar los derechos invocados sin verificar correctamente el requisito de subsidiariedad. Tampoco se verificó la existencia de un perjuicio inminente o

irremediable que haga procedente transitoriamente la acción de tutela.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia y procedibilidad

1.1. Competencia

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de esta referencia.

1.2. Cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción de tutela

La acción de tutela fue interpuesta por Jorge Mario Hurtado Velásquez quien actúa en nombre propio. Lo anterior encuentra su fundamento constitucional en el artículo 86 de la Carta,²³ el cual establece que toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentran amenazados, podrá interponer acción de tutela en nombre propio o a través de un representante que actúe en su nombre.

El Departamento de Caldas, representado por su Gobernador, es una entidad pública del nivel territorial que pertenece a la rama Ejecutiva contra la cual proceden acciones de tutela²⁴ teniendo en cuenta que, además, existió entre el actor y la entidad territorial una relación de subordinación derivada de los tiempos de servicio a dicha Gobernación que se prolongó por más de 13 años.

El escrito tutelar fue radicado el día 7 de marzo de 2017 y el actor se notificó de la Resolución que resuelve el recurso de reposición interpuesto contra el acto administrativo que le niega la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez el 3 de marzo de 2017, es decir, solo trascurrieron 4 días entre la última actuación por parte del tutelante y la solicitud de protección de los derechos fundamentales, lo que para la Sala es un tiempo razonable.

El amparo constitucional resulta procedente en aquellos eventos en que existiendo otros mecanismos ordinarios de protección, éstos se tornan ineficaces y carecen de idoneidad para evitar un perjuicio irremediable, o cuando recae sobre un sujeto de especial protección.

En el presente caso se evidencia que el señor Jorge Mario Hurtado Velásquez interpuso los recursos en vía gubernativa que tenía para ejercer contra el acto administrativo que le negó la prestación solicitada. En cuanto a la posibilidad de acudir a la justicia ordinaria laboral, considera la Sala que estos procesos tienen una cierta demora para culminar con un fallo, que pueden durar entre tres o cuatro años, tiempo en el cual el accionante va a tener que soportar una continua vulneración de sus derechos, en tanto ya se ha probado en el expediente que el actor es sujeto de especial protección constitucional al ser adulto mayor (66 años), viudo, sin estudios de bachillerato completos, sin una vida laboral activa, hace trabajos esporádicos en oficios varios sin remuneración fija, sus familiares no pueden colaborar con su manutención y ya no está en condiciones de seguir cotizando para lograr una pensión, lo cual hace que la acción ordinaria no constituye un medio idóneo para reclamar su derecho.

El asunto analizado reviste importancia constitucional, teniendo en cuenta que están de por medio garantías fundamentales como el derecho al mínimo vital y la vida digna de una persona que ya no tiene una vida laboral activa debido a su edad y que no tiene un ingreso fijo que le permita satisfacer sus necesidades básicas, que la pone en un estado de vulnerabilidad. En el expediente existen pruebas de la titularidad del derecho exigido y, como se dijo, se desplegó la actividad administrativa necesaria, tendiente a obtener la protección, que a pesar de que no se agotaron todos los mecanismos de defensa que existen para el efecto, éstos, como se dijo, no constituyen un mecanismo idóneo. De tal manera, la Sala considera que la acción de tutela es procedente de manera definitiva.

2. Problema jurídico

En consideración a los antecedentes planteados, corresponde a la Sala de Revisión responder el siguiente problema: ¿la Gobernación del Departamento de Caldas vulnera los derechos a la vida digna, a la igualdad, a la seguridad social y al mínimo vital de una persona de 66 años de edad, al no reconocer y pagar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a la que considera tiene derecho, bajo los argumentos de que para la época en que prestó sus servicios a la Gobernación (i) no se hicieron descuentos para seguridad social ya que el Departamento de Caldas jubilaba a sus funcionarios con cargo a sus propios recursos, y (ii) no había sido creada la figura de la indemnización sustitutiva de vejez?

Para resolver la cuestión planteada, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas reiterará su jurisprudencia sobre el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez para trabajadores que prestaron sus servicios antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, para luego entrar a resolver el caso concreto.

3. El derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez para trabajadores que prestaron sus servicios antes de la expedición de la Ley 100 de 1993. Reiteración de jurisprudencia

3.1. La Constitución Política, dispone en su artículo 48 que el derecho a la seguridad social es irrenunciable y que se debe garantizar a todos los colombianos. Esta garantía constitucional está consagrada, a su vez, en distintos instrumentos internacionales como en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre²⁵ y en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,²⁶ en los cuales se observa que la finalidad de este derecho es amparar a las personas contra las consecuencias normales de la vejez, la viudez, la invalidez, y ante la imposibilidad física o mental para proveerse su propio sustento que les asegure una vida en condiciones dignas.

3.2. Es por esto que dentro del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones colombiano, se consagró un conjunto de prestaciones económicas con la finalidad de prevenir dichas contingencias propias de los seres humanos inclusive, la muerte. Así las cosas, las normas dictadas para cumplir este fin, reconocieron derechos pensionales para aquellos afiliados a quienes les sobrevenga alguna de estas eventualidades, previo el cumplimiento de unos requisitos. En ese sentido, en la Ley 100 de 1993 se establecieron prestaciones como la pensión de invalidez, de vejez, de sobrevivientes y la sustitución pensional.

3.3. La Ley señalada estableció que para poder acceder a la pensión de vejez específicamente, era necesario que el trabajador cumpliera los requisitos de edad y semanas de cotización. Lo anterior, no significa que esta prestación tuviera su origen allí, sino por el contrario, ya existían diversas disposiciones que consagraban la posibilidad de esta prestación mensual para aquellas personas que cotizaran o laboraran por determinado lapso de tiempo (entre otras la Ley 33 de 1985, el Acuerdo 049 de 1990 y la Ley 71 de 1988).

3.4. Lo novedoso de la ley expedida en 1993 fue la creación de la figura sustituta de la pensión de vejez a la cual se accedía cuando no se cumplieran los requisitos para el reconocimiento y pago periódico de la mesada pensional. Esto es, una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, si el trabajador se encuentra vinculado al Régimen de Prima Media, o por una devolución de saldos, si hace parte del Régimen de Ahorro Individual o podrá seguir cotizando hasta alcanzar las semanas suficientes para alcanzar la pensión de vejez.²⁷ En el régimen de prima media con prestación definida específicamente, el concepto de esta prestación fue reglamentado en el Decreto 1730 de 2001, modificado por el Decreto 4640 de 2005, el cual especificó: (i) los eventos de causación del derecho²⁸; (ii) la obligatoriedad del reconocimiento por parte de las entidades administradoras²⁹; (iii) la cuantía de la indemnización³⁰; y (iv) requisitos e incompatibilidades, entre otras disposiciones.

3.5. Ahora bien, la consagración de dicha prestación trajo consigo una serie de dificultades “para todas aquellas personas que cotizaron o prestaron sus servicios con anterioridad a su creación y que, por diversas razones, ajenas a su voluntad, no pudieron continuar aportando para consolidar su aspiración pensional pero que requerían el pago de una indemnización proporcional o equivalente a la totalidad de aportes que efectuaron”,³¹ principalmente cuando la acción de tutela comenzó a ser el instrumento idóneo para solicitar la indemnización sustitutiva con base en el principio de favorabilidad en la ley laboral y en su directa vinculación con derechos fundamentales como el mínimo vital, lo cual hacía necesaria una urgente intervención del juez para evitar un daño, principalmente en sujetos de especial protección constitucional.³²

3.6. Uno de estos problemas, en específico, fue el de aquellos servidores públicos que no fueron afiliados al Sistema General de Pensiones con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues no existe una regulación que proteja sus expectativas legítimas. De tal manera que ha sido la jurisprudencia la que ha abordado esta problemática de maneras diferentes, en aras de proteger los derechos fundamentales de esos trabajadores.

3.7. Así es como en la sentencia T-099 de 2008³³ la Corte Constitucional concedió el amparo a una persona a la que el Departamento de Cundinamarca le negó la indemnización de la pensión de vejez por cuanto no ostentaba la calidad de afiliado al sistema de seguridad en pensiones y no había cotizado bajo los términos de la Ley 100 de 1993. En esa oportunidad la

Corporación consideró pertinente reiterar lo señalado en la sentencia T-972 de 2006 en la que se había analizado un caso muy similar en donde un señor solicitaba el pago de la indemnización de la pensión a Cajanal. En el 2006 la Corte señaló:

“El accionante tiene derecho a la indemnización sustitutiva consagrada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, máxime si se considera que el actor cumplió la edad mínima requerida para acceder a la pensión de vejez (60 años) en 1998, por lo que sólo en esa época y bajo la vigencia de la Ley en referencia, se cumplieron los presupuestos para que el afiliado al sistema pudiera libremente optar por la indemnización sustitutiva. De tal suerte, el régimen de seguridad social adoptado a través de la Ley 100 de 1993 resulta plenamente aplicable a su situación fáctica. En este orden de ideas y bajo la consideración de que una vez cumplida con la edad pensionable, el actor libremente podía optar por continuar cotizando al sistema o por solicitar la correspondiente indemnización sustitutiva, se tiene que la solicitud realizada por el mismo en el año 2003 debió ser atendida positivamente por la Caja Nacional de Previsión Social, máxime si se considera que los derechos a la seguridad social son imprescriptibles, razón que torna inocuo el argumento según el cual la negativa en el reconocimiento del derecho prestacional pudo atender al hecho de que el accionante cumplió los sesenta años de edad desde 1998, es decir, que la solicitud fue extemporánea”.

Con base en lo anterior, en la sentencia T-099 de 2008 se le ordenó a la Gobernación de Cundinamarca reconocer y pagar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a que tenía derecho el actor, de acuerdo con el tiempo de servicios acreditado.

3.8. Posteriormente, pero en el mismo año, en la sentencia T-850 de 2008³⁴ la Corte Constitucional profirió la primera sentencia en la que se refirió a la falta de regulación del derecho a la indemnización sustitutiva de aquellas personas que fueron servidores públicos que no fueron afiliados al sistema después de la promulgación de la Ley 100 de 1993. En esa oportunidad se estudió el caso de una persona que había trabajado como servidor público en el Departamento del Tolima al que también se le negaba el reconocimiento y pago de la indemnización por cuanto había prestado sus servicios antes de la entrada en vigencia de dicha ley. La Corte llegó a la conclusión de que:

“Del examen efectuado por la Sala Cuarta de revisión de tutelas de esta Corporación se deduce que, 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". (Subraya fuera de texto)

3.9. Más adelante, en la sentencia T-059 de 201135, se analizó el caso de una señora que había trabajado en el Departamento de Córdoba por más de seis años, y que no fue afiliada al sistema general de pensiones pues prestó sus servicios entre los años 1963 y 1970. En esa oportunidad, la Corte concedió el amparo de los derechos invocados y ordenó al Departamento reconocer y pagar la indemnización sustitutiva de la pensión, correspondiente a los tiempos de servicio debidamente acreditados. La Sala en esa ocasión consideró:

"Así las cosas, para la Sala no resultan de recibo los argumentos expuestos por la entidad territorial demandada, bajo los cuales decidió negar la solicitud del reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, y que fundamentó en el retiro del servicio por parte de la accionante antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, máxime si se tiene en cuenta que, como se explicó en el acápite anterior de esta sentencia, se trata de una norma de orden público y de obligatorio cumplimiento, lo que implica su inmediata aplicación a las situaciones jurídicas vigentes respecto de las cuales no se han consolidado derechos adquiridos.

Conforme a lo indicado, para la Sala no es viable exigir como presupuesto para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, consagrada en el artículo 37 de la ley 100 de 1993, el haber cotizado al sistema a partir de su vigencia, pues ello conllevaría a excluir a aquellas personas que se retiraron del servicio antes de que entrara a regir la citada Ley, vulnerándose así el principio constitucional de favorabilidad en materia laboral." (Subraya fuera de texto).

3.10. En la sentencia T-681 de 201336, se analizaron varios expedientes acumulados en los que la pretensión principal era el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de

vejez, dentro de los cuales se presentó uno que correspondía a una señora que había prestado sus servicios al Departamento de Caldas y que no había sido afiliada al sistema de pensiones. En esta oportunidad se accedió al amparo fundamentado en que:

“[E]s claro que la señora (...) laboró como educadora para el Departamento de Caldas entre el 1º de marzo de 1954 y el 31 de marzo de 1960. También se evidencia que nunca fue afiliada al seguro obligatorio, pues el citado Departamento asumía directamente las prestaciones sociales de los trabajadores a su cargo. Adicionalmente, a partir de los medios probatorios obrantes en el expediente y de los argumentos expuestos por la Unidad de Prestaciones Sociales de la Gobernación de Caldas, se desprende que el motivo por el cual la entidad territorial negó la indemnización sustitutiva radica en que nunca cotizó a nombre de la demandante y que, al haber laborado antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, dichas semanas no podían ser tenidas en cuenta para el otorgamiento de prestación alguna. || Como se señaló en las consideraciones generales de esta providencia, tales alegaciones no son de recibo, pues incluso el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 contempla que el tiempo laborado con anterioridad a su vigencia como servidor público ha de tenerse en cuenta para el reconocimiento de las prestaciones en ella establecidas. Así las cosas, la accionante tiene derecho a que se le reconozca y pague la indemnización sustitutiva correspondiente al tiempo laborado entre el 1º de marzo de 1954 y el 31 de marzo de 1960”.
(Subraya fuera de texto)

3.11. Finalmente, en la sentencia T-164 de 201737 se estudió el caso de un servidor público que había prestado sus servicios al Departamento de Antioquia durante 18 años hasta 1984. Solicitó a la Gobernación el reconocimiento de la indemnización sustitutiva y le fue negada porque el Departamento no es administrador del Régimen de Prima Media, el actor no cotizó mientras laboró y su retiro del servicio se dio antes del cumplimiento de la edad. Para resolver el caso, la Corte señaló:

“La jurisprudencia constitucional ha decantado un sólido precedente respecto del amparo de los derechos a la igualdad y a la seguridad social –Supra numeral 54- de aquellos trabajadores que no fueron afiliados al sistema pensional por la respectiva entidad territorial. De ello, se concluye que la Gobernación de Antioquia al no trasladar el riesgo de vejez del accionante a la Caja de Pensiones de Antioquia o entidad que hacía sus veces, conservó bajo su cuenta y riesgo los aportes de financiación de la pensión de jubilación de su ex trabajador,

por lo cual, una vez que para dicha entidad territorial entró en vigencia la Ley 100 de 1993, la aplicación del artículo 37 *Ibíd* y demás normas que lo complementan o lo modifican son de obligatorio cumplimiento³⁸.” (Subraya fuera de texto)

Con base en lo anterior, concluyó que la Gobernación de Antioquia vulneró los derechos fundamentales de su extrabajador al negar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva y ordenó al Departamento reconocer y pagar directamente al accionante la prestación solicitada con base en los tiempos acreditados.

3.12. De los casos anteriores se pueden sacar algunas conclusiones frente al derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de una persona que fungió como servidor público. Que: (i) en virtud de los derechos a la igualdad, a la favorabilidad en materia pensional y el efecto útil de la norma, se debe aplicar sin distinción de si el trabajador fue afiliado o no por el ente territorial a un fondo prestacional; (ii) la Corte Constitucional, en sede de tutela, ha concluido que lo prescrito por la Ley 100 de 1993, constituye normas de orden público, lo cual hace que sea de aplicación inmediata para todos, incluso para situaciones en curso o no consolidadas a su entrada en vigencia; (iii) todo el tiempo de servicio, debidamente acreditado, antes de que la Ley 100 de 1993 entrara en vigencia, debe ser computado para efectos de la liquidación; (iv) cuando la entidad territorial no trasladó el riesgo a una caja o fondo prestacional, y se termina la relación laboral, ésta mantiene la responsabilidad de asumir el reconocimiento y pago de la indemnización; y (v) es necesario verificar que el solicitante no pueda acceder a una pensión de vejez³⁹.

4. Caso concreto

4.1. De los hechos y las pruebas aportadas al proceso, se tiene que: (i) el señor Jorge Mario Hurtado Velásquez trabajó para la Gobernación de Caldas como ayudante de taller y conductor, empleos públicos del Departamento; (ii) el tiempo de servicios se dio entre el 12 de marzo de 1982 y el 30 de noviembre de 1995 para un total de 13 años, 6 meses 17 días; (iii) a los 65 años de edad, desempleado, con múltiples afecciones de salud que le impiden continuar laborando y seguir cotizando al sistema, solicitó a la Gobernación el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a la que consideraba tenía derecho, la cual fue negada por cuanto no se le hicieron descuentos para seguridad social ya que el Departamento de Caldas jubilaba a sus funcionarios con cargo a

sus propios recursos y no había sido creada la figura de la indemnización sustitutiva de vejez para la fecha en que prestó sus servicios.

4.2. Como ya se vio, la Corte Constitucional ya concluyó en sede de revisión, que se deben proteger los derechos fundamentales, principalmente a la igualdad y seguridad social, de los extrabajadores que al entrar en vigencia el sistema general en pensiones no fueron afiliados a una caja o fondo pensional por parte del ente territorial, y que, respecto de la indemnización sustitutiva de dichos funcionarios, se deben tener en cuenta los tiempos de servicios debidamente acreditados para liquidarla. De tal manera que en el presente caso, la Gobernación de Caldas como no afilió a su extrabajador a un fondo o caja pensional para trasladarle el riesgo de vejez, y asumía a su cuenta las pensiones de sus empleados, conservó los aportes para pensión del actor, por lo cual, y teniendo en cuenta que las normas contenidas en la Ley 100 de 1993 son de orden público y de obligatorio cumplimiento, al entrar ésta en vigencia estaba en la obligación de darle aplicación a la mencionada Ley, incluso lo que tiene que ver con la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reclamada por el señor Jorge Mario Hurtado.

4.3. Así las cosas, la Sala concluye que la Gobernación del Departamento de Caldas, en cabeza de su gobernador, al negarle el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva al accionante, vulneró sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la igualdad y a la seguridad social fundamentando su decisión en que el tiempo de servicio se dio antes de que entrara en vigencia la Ley 100 de 1993.

4.4. Por tanto, se revocará la decisión de segunda instancia que revocó el amparo, y confirmará la decisión de primera instancia que protegió los derechos al mínimo vital, a la igualdad y a la seguridad social del accionante. Adicionalmente, modificará la orden impartida por el juez de primera instancia, en el sentido de ordenar que sea directamente la Gobernación de Caldas la encargada de pagar al actor la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, con base en lo expuesto en la presente providencia.

III. DECISIÓN

Un ente territorial que no trasladó el riesgo de vejez de sus empleados al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, conserva a su cuenta los aportes destinados para el efecto, por lo cual, debe asumir las prestaciones que se generen respecto de dichos aportes o tiempos de

servicios, incluso la indemnización sustitutiva.

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, Sala de Decisión Civil – Familia, del diez (10) de mayo de dos mil diecisiete (2017), por medio de la cual se revocó la primera instancia y, en su lugar, CONFIRMAR el ordinal “PRIMERO” de la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo de Familia de Manizales, Caldas, el diecisiete (17) de marzo de dos mil diecisiete (2017), por medio de la cual se tutelaron los derechos fundamentales al mínimo vital, a la igualdad y a la seguridad social del señor Jorge Mario Hurtado Velásquez, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO.- REVOCAR los ordinales “SEGUNDO” y “TERCERO” de la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo de Familia de Manizales, Caldas, el diecisiete (17) de marzo de dos mil diecisiete (2017), por medio de los cuales se ordenó a (i) la Gobernación de Caldas que dentro de los 5 días siguientes a la notificación de la sentencia se constituyera la reserva actuarial del actor por el tiempo de servicios, y que una vez realizado lo anterior, pagara a Colpensiones el valor causado en favor del accionante. Y (ii) a Colpensiones liquidar y pagar la indemnización sustitutiva reclamada por el peticionario.

TERCERO.- ORDENAR a la Gobernación del Departamento de Caldas que, en el término perentorio de quince (15) días contados a partir de la notificación de esta providencia, reconozca y pague directamente al señor Jorge Mario Hurtado Velásquez la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a la que tiene derecho, con base en los lineamientos contemplados en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, por los tiempos acreditados en el expediente. Suma que deberá ser actualizada al valor monetario actual.

CUARTO.- LIBRAR las comunicaciones por la Secretaría General de la Corte Constitucional, así como DISPONER las notificaciones a las partes a través del Juez de tutela de instancia, previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

ROCÍO LOAIZA MILIÁN

Secretaria General (e)

1 Sentencia proferida el diecisiete (17) de marzo de dos mil diecisiete (2017).

2 Sentencia proferida el diez (10) de mayo de dos mil diecisiete (2017).

4 El Juzgado Promiscuo de Familia de Manzanares, Caldas, profirió el 8 de marzo de 2017, Auto en el que (i) admite la acción de tutela, (ii) vincula a Colpensiones y a la UGPP, y (iii) ordena oír en declaración al accionante el 13 de marzo de 2017, a las 3 de la tarde. Folio 54, cuaderno 2 del expediente.

5 Escrito radicado ante el Juzgado de instancia el 9 de marzo de 2017. Folios 61 y 62, cuaderno 2 del expediente.

6 Oficio 1100-01-04, de fecha 10 de marzo de 2017, suscrito por Salvador Ramírez López, Subdirector Jurídico Pensional de la UGPP. Folios 63 al 76, cuaderno 2 del expediente.

7 Declaración juramentada con fecha 13 de marzo de 2017, ante la Juez de instancia. Folios 77 y 78, cuaderno 2 del expediente.

8 Folio 17, cuaderno 2 del expediente.

9 Folio 18, cuaderno 2 del expediente.

10 Folio 19, cuaderno 2 del expediente.

11 En el formulario se explica que: “La FECHA BASE será: El 30 de junio de 1992, si a esta fecha el trabajador se encontraba activo, o la Fecha de Retiro, si el trabajador se desvinculó antes del 30 de junio de 1992 o si se encontraba en licencia o suspendido, la fecha de la suspensión o de inicio de la licencia”.

12 Folio 20, cuaderno 2 del expediente.

13 Folios 21 al 32, cuaderno 2 del expediente.

14 Folio 33 y 34, cuaderno 2 del expediente.

15 Folio 35, cuaderno 2 del expediente.

16 Folio 36, cuaderno 2 del expediente.

17 Folios 37 y 38, cuaderno 2 del expediente.

18 Folios 39 al 48, cuaderno 2 del expediente.

19 Folios 49 y 50, cuaderno 2 del expediente.

20 Folios 51 y 52, cuaderno 2 del expediente.

21 Ver, por ejemplo sentencias T-059 de 2011 (MP Jorge Iván Palacio Palacio) y T-388 de 2012 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

22 Escrito de impugnación de fecha 27 de marzo de 2017. Folios 94 al 97, cuaderno 2 del expediente.

23 Constitución Política, Artículo 86 “toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos

constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”.

24 Decreto 2591 de 1991. Artículo 5º.

25 Artículo 16 “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”.

26 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”.

27 Según establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993:“(…). 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” (...).

28 ARTÍCULO 1º. 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 (...).”.

29 ARTÍCULO 2º. Reconocimiento de la indemnización sustitutiva. “Cada administradora del régimen de prima media con prestación definida a la que haya cotizado el trabajador, deberá efectuar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, respecto al tiempo cotizado. (...) Para determinar el monto de la indemnización sustitutiva se tendrán en cuenta la totalidad de semanas cotizadas, aún las anteriores a la Ley 100 de 1993”.

30 ARTÍCULO 3º. Cuantía de la indemnización. “Para determinar el valor de la indemnización

se aplicará la siguiente fórmula: $I = SBC \times SC \times PPC$ || Dónde: SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE. SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento. PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento (...).

31 Corte Constitucional, sentencia T-122 de 2016 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

32 Corte Constitucional, sentencias C-375 de 2004 (MP Eduardo Montealegre Lynett), T-972 de 2006 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-597 de 2009 (MP Juan Carlos Henao Pérez), T-829 de 2011 (MP Jorge Iván Palacio Palacio), T-308 de 2013 (MP Jorge Iván Palacio Palacio), entre otras.

33 Corte Constitucional, sentencia T-099 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

34 Corte Constitucional, sentencia T-850 de 2008 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

35 Corte Constitucional, sentencia T-059 de 2011 (MP Jorge Iván Palacio Palacio).

37 Corte Constitucional, sentencia T-164 de 2017 (MP Alejandro Linares Cantillo).

38 “Supra numeral 56 y nota al pie 75”.

39 Corte Constitucional, sentencia T-164 de 2017 (MP Alejandro Linares Cantillo).