

Sentencia T-838/10

PRESUNCION DE VERACIDAD EN ACCION DE TUTELA-Instrumento mediante el cual se sanciona el desinterés o negligencia de autoridades públicas o particulares contra quien se interpuso la acción constitucional

La presunción de veracidad fue concebida como un instrumento para sancionar el desinterés o negligencia de la autoridad pública o particular contra quien se ha interpuesto la demanda de tutela, en aquellos eventos en los que el juez de la acción requiere declaraciones o informaciones¹ y éstas autoridades no las rinden dentro del plazo respectivo, buscando de esa manera que el trámite constitucional siga su curso, sin verse supeditado a la respuesta de las entidades accionadas.

ACCION DE TUTELA FRENTE A OTROS MEDIOS DE DEFENSA JUDICIAL-Procedencia

ACCION DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO DE INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE LA PENSION DE VEJEZ-Reiteración de jurisprudencia

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional y las normas legales que regulan la materia, la indemnización sustitutiva es una prestación reconocida por el Sistema General de Pensiones, a quienes habiendo cumplido la edad prevista para consolidar el derecho a la pensión por vejez, no han reunido el tiempo mínimo de cotización para el efecto, siempre y cuando manifiesten su intención de ser beneficiarios de ella, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando.

ACCION DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO DE INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE LA PENSION DE VEJEZ-Procedencia por cumplimiento de requisito de edad y manifestación de imposibilidad de seguir cotizando al Sistema

Referencia: expediente T-2.721.916

Acción de Tutela instaurada por Julia Pastora Guzmán de Alfonso contra el Fondo Territorial de Pensiones del Tolima.

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil diez (2010).

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside, Humberto Antonio Sierra Porto y Luís Ernesto Vargas Silva, 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 la revisión del fallo dictado por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el 5 de mayo de 2010, en el cual se revocó el fallo emitido por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de la misma ciudad, el 10 de marzo de 2010, dentro del trámite de la acción de tutela instaurada por la señora Julia Pastora Guzmán de Alfonso, contra el Fondo Territorial de Pensiones del Tolima.

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Siete de la Corte Constitucional, en Auto del 22 de julio de 2010, escogió para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

1. ANTECEDENTES

1. SOLICITUD

El 24 de febrero de 2010, la señora Julia Pastora Guzmán de Alfonso, formuló, a través de apoderado, acción de tutela contra el Fondo Territorial de Pensiones del Tolima, por la

presunta vulneración de su derecho fundamental al mínimo vital, al negarle el reconocimiento a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez consagrada en el artículo 37 de la ley 100 de 1993.

1. Hechos

1. Indicó la demandante que el día 11 de diciembre de 2008, radicó ante la entidad accionada, derecho de petición solicitando la pensión de jubilación o la devolución de aportes cotizados.

1. No obstante, el Fondo Territorial de Pensiones del Tolima, mediante Resolución 1516 del 30 de diciembre de 2008, confirmada con la Resolución 069 del 20 de mayo de 2009, resolvió negativamente su petición argumentando que para los años en que cotizó la demandante, no existía norma que reglamentara la indemnización sustitutiva (sector público), ni la devolución de aportes (sector privado), toda vez que sólo hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se hizo posible dicho reconocimiento.

1. Adujo que con la negativa se le causa un perjuicio irremediable, ya que por su edad nadie le da trabajo, por lo tanto, no puede seguir aportando para su pensión y no cuenta con un ingreso que le permita hacerlo. Para la accionante, la carga que impone la Ley 797 de 2003, supone cotizar 26 años más y pensionarse tal vez si le alcanza la vida, a los 74 años de edad.

1. Estas razones la obligan a acudir al Juez Constitucional, para que ordene a la entidad demandada reconocer la indemnización sustitutiva a la mayor brevedad, además que los valores reconocidos sean indexados, y sus cifras actualizadas. Pues considera que a pesar de existir otros medios de defensa judicial, estos no resultan idóneos atendiendo su situación particular.

1. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Ibagué, mediante auto del 25 de febrero de 2010, avocó el conocimiento de la acción de tutela. En esa misma oportunidad corrió traslado al Fondo Territorial de Pensiones del Tolima, para que se pronunciara sobre la solicitud de amparo. Sin embargo, dicha entidad no se pronunció al respecto.

1. DECISIONES JUDICIALES

1. Decisión de primera instancia

El 10 de marzo de 2010, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Ibagué, resolvió tutelar los derechos fundamentales invocados por la accionante, al encontrar probado que cumple los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993 para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, esto es, la edad de pensión pero no las semanas de cotización requeridas.

En el análisis del caso concreto el juzgador advirtió, que el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, que establece la figura de la indemnización sustitutiva, no trazó ningún límite temporal ni condicionó el derecho para acceder a ella, a quien haya efectuado las cotizaciones con posterioridad a la fecha en que empezó a regir la ley. De igual manera tuvo en cuenta la carencia de recursos económicos alegada por la peticionaria, que le impide seguir cotizando al sistema, demostrando ello la afectación de su mínimo vital. Por lo tanto, ordenó al Fondo Territorial de Pensiones del Departamento del Tolima, reconocer y pagar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a la que tiene derecho la actora, de acuerdo con las semanas de cotización que encuentre debidamente acreditadas.

1. Impugnación

Previo a la interposición de la impugnación, en acatamiento a la orden impartida por el juez

de primera instancia, la autoridad demandada allegó copia de la Resolución 0593 del 16 de marzo de 2010, en la cual reconoció y ordenó el pago de la indemnización sustitutiva por valor de \$1.055.479 a favor de la demandante.

Inconforme con la decisión, el Director del Fondo Territorial de Pensiones del Tolima la objetó, pues en su parecer no se determinó la situación especial expuesta por la peticionaria, ni la manera específica y directa de las circunstancias en que se encuentra. Así, entonces, no era la vía de tutela la procedente en el caso concreto; era la vía ordinaria y ante el juez natural, la instancia en que se debió dirimir el caso bajo examen, para que allí, en un estudio detallado de la situación fáctica, probatoria y jurídica, se estableciera el reconocimiento pretendido por la demandante.

Agregó, que el no reconocimiento por parte de la administración departamental, se fundamenta en repetidos fallos de jueces ordinarios a nivel nacional. Precisó que los organismos del Gobierno Nacional encargados de resolver las inquietudes de los entes territoriales en materia de seguridad social son, el Ministerio de Protección Social, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a través de la Dirección de Regulación Económica, quien emitió un concepto sustentado en consulta elevada ante el Consejo de Estado, en el cual se concluyó, que hay lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva: i) cuando la persona demuestre afiliación después de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones establecido en la Ley 100 de 1993, es decir después del 1 de abril de 1994, y para los servidores públicos de entes territoriales, a partir del 30 de junio de 1995; ii) cuando el retiro se produzca con posterioridad al 1 de abril de 1994; cuando se demuestre la imposibilidad de seguir cotizando al sistema; iii) cuando no cuente con el mínimo de semanas de cotización exigidas para tener derecho a una pensión de vejez después de haberse retirado. Por lo tanto aduce, que es claro y evidente que la accionante no cumple los requisitos mencionados, y que interpretar lo contrario es ir contra la legalidad fijada por la Ley y la Constitución.

Conforme a lo anterior, solicitó revocar el amparo de tutela otorgado, por considerar en este caso concreto la acción constitucional improcedente.

1. Decisión de segunda instancia

El 5 de mayo de 2010, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial, revocó el fallo impugnado y denegó por improcedente el amparo invocado.

Para el fallador, no se demostró en forma concreta y específica de qué manera el no reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión solicitada, amenaza o pone en peligro las condiciones mínimas de vida de la accionante. En consecuencia, precisa que la peticionaria cuenta con otro medio de defensa judicial.

1. PRUEBAS

1. Pruebas documentales obrantes dentro del expediente.

Obran en el expediente las siguientes pruebas relevantes:

1. Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Julia Pastora Guzmán de Alfonso². Reseña como fecha de nacimiento el 28 de junio de 1950, es decir que a la fecha cuenta con 60 años de edad.

1. Copia de certificación 0215 del 29 de marzo de 2007, donde la Gobernación del Tolima relaciona el tiempo de prestación de servicios de la accionante, así como el salario devengado³.

2. Copia de la Resolución 1516 del 30 de diciembre de 2008, en que la Gobernación del Tolima negó el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva a favor de la señora Julia Pastora Guzmán. Argumentando en primer término, que cotizó a la Caja de Previsión Departamental 12 años, 1 mes y 8 días, con anterioridad a la vigencia del sistema general de pensiones (ley 100 de 1993) (sic), por tal razón, no goza de un derecho bajo la vigencia del régimen de seguridad social. En segundo lugar resaltó, que el régimen anterior a la ley 100 de 1993, no contemplaba la figura de la indemnización sustitutiva de la pensión, razón por la

cual no hay lugar a aplicarse principios constitucionales de favorabilidad y analogía, y más cuando no cumplía a cabalidad el lleno de los requisitos. Por último, consideró fundamental tener en cuenta que, el FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES DEL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, fue creado mediante la ordenanza 034 del 30 de junio de 1995, y en su artículo primero establece que es una cuenta especial, sin personería jurídica, adscrita al Departamento del Tolima a través de la Secretaría de Hacienda del Departamento; y sus recursos se administran mediante encargo fiduciario. De lo que se desprende que el Fondo Territorial de Pensiones es un FONDO CUENTA, y no una administradora de pensiones, razón por la cual no tiene la facultad de reconocer y pagar dichas prestaciones (sic)⁴.

1. Copia de la Resolución 069 del 20 de mayo de 2009, por medio del cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante, confirmando la decisión recurrida con los mismos argumentos⁵.

1. Copia de la Resolución 593 del 16 de marzo de 2010, dando cumplimiento al fallo de tutela proferido por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito dentro de la acción instaurada por Julia Pastora Guzmán de Alfonso, liquidando 3.622 días cotizados, equivalentes a \$1.055.4796.

1. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

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. Además, procede la revisión en virtud de la selección realizada por la Sala correspondiente y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

2.2. PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

2.2.1 Legitimación por activa.

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela ha sido prevista como un instrumento de defensa judicial al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por cuenta de las acciones u omisiones de las autoridades públicas y, excepcionalmente, de los particulares. Por lo tanto, en el presente asunto, la señora Julia Pastora Guzmán de Alfonso se encuentra legitimada para promover la acción de tutela a fin de reclamar la protección de sus derechos fundamentales presuntamente quebrantados por el Fondo Territorial de Pensiones del Departamento del Tolima.

2.2.2 Legitimación pasiva.

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991, el Fondo Territorial de Pensiones del Departamento del Tolima, se encuentra legitimado como parte pasiva en el presente proceso, dada su calidad de autoridad pública.

1. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

2.3.1. Problema jurídico

Corresponde a esta Sala determinar si el Fondo Territorial de Pensiones del Departamento del Tolima, vulneró a la accionante su derecho fundamental al mínimo vital, como consecuencia de la negativa en el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de vejez, bajo el argumento de que la situación de la demandante no se ajustaba a los requisitos señalados en la Ley 100 de 1993 para el reconocimiento de dicha prestación.

Para tal efecto, la Sala se referirá como asunto previo, al alcance del artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, relativo a la presunción de veracidad, teniendo en cuenta que la entidad accionada hizo caso omiso al requerimiento del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Ibagué, para que se pronunciara sobre los hechos de la tutela. Luego, precisará (i) la procedencia de la acción de tutela frente a otros medios de defensa judicial; (ii) el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez; y (iii) por último resolverá el caso concreto.

1. Presunción de veracidad como instrumento para sancionar el desinterés o la negligencia de las autoridades públicas o particulares contra quien se interpuso la tutela.

El artículo 20 del decreto 2591 de 1991, dispone que las entidades demandadas tienen la obligación de rendir los informes que les sean solicitados en desarrollo del proceso de tutela, dentro del plazo otorgado por el juez, por tanto, si dicho informe no es rendido por la entidad demandada dentro del término judicial, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano la solicitud de amparo, salvo que el funcionario judicial crea conveniente otra averiguación previa, caso en el cual decretará y practicará las pruebas que considere necesarias para adoptar la decisión de fondo, pues como ha expresado en otras oportunidades esta Corporación, no puede el juez de tutela precipitarse a fallar dando por verdadero todo lo que afirma el accionante, sino que está obligado a buscar los elementos de juicio fácticos que, mediante la adecuada información, le permitan llegar a una convicción seria y suficiente de los hechos sobre la cual habrá de pronunciarse⁷.

En ese orden de ideas, la presunción de veracidad fue concebida como un instrumento para sancionar el desinterés o negligencia de la autoridad pública o particular contra quien se ha interpuesto la demanda de tutela, en aquellos eventos en los que el juez de la acción requiere declaraciones o informaciones⁸ y éstas autoridades no las rinden dentro del plazo respectivo, buscando de esa manera que el trámite constitucional siga su curso, sin verse supeditado a la respuesta de las entidades accionadas.

1. Procedencia de la acción de tutela frente a otros medios de defensa judicial.

Este Tribunal Constitucional ha sido enfático en sostener que, en principio, la acción de tutela no puede ejercerse con el fin de obtener la titularidad de derechos en materia de seguridad social. Lo anterior, toda vez que el conocimiento de este tipo de solicitudes es de competencia, por regla general, de la justicia ordinaria laboral o de la contencioso

administrativa según el caso, ya que su trámite exige la valoración de aspectos litigiosos de naturaleza legal que escapan del ámbito de competencia del juez de tutela.

No obstante lo anterior, esta Corporación también ha precisado que es posible que, de manera excepcional, se ordene por la vía de la acción de tutela el reconocimiento, restablecimiento y pago de los citados derechos, siempre que a pesar de existir otro medio de defensa judicial, éste resulte ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales comprometidos.⁹

La procedencia excepcional de la acción de tutela, entonces, exige del juez un análisis concreto de la situación particular del actor, a fin de determinar la idoneidad del medio de defensa judicial ordinario para proteger de manera integral sus derechos fundamentales, pues en caso contrario, el conflicto planteado trasciende el nivel puramente legal para convertirse en un problema de carácter constitucional.

Ahora bien, es necesario señalar que conforme a la jurisprudencia, el juicio de procedibilidad de la acción de tutela exige frente a los sujetos de especial protección constitucional (niños, personas con algún tipo de discapacidad, mujeres embarazadas, ancianos, etc), un análisis menos riguroso, como consecuencia del estado de debilidad manifiesta en el que se encuentran y del especial amparo que la Constitución Política les brinda. Sobre el particular la Corte Constitucional en la Sentencia T-515A de 2006 señaló:

(...) es pertinente acotar que en materia de procedibilidad de la acción de tutela, la Corte ha manifestado que, no obstante la rigurosidad con que el juez debe evaluar los requisitos exigidos para dar curso al mecanismo de amparo, existen situaciones especiales en las que el análisis de procedencia de la acción debe desatarse de manera más amplia y permisiva, en atención a la especial naturaleza de las personas que solicitan la protección de sus derechos constitucionales fundamentales.¹⁰

Conforme a las anteriores precisiones, procede la Sala a establecer si el presente mecanismo de amparo constitucional resulta procedente a fin de evitar una eventual vulneración del derecho fundamental invocado por la accionante atendiendo las características particulares de su caso.

Para la Sala, es claro que en el presente asunto, el ordenamiento jurídico prevé un mecanismo de defensa judicial para dar solución al conflicto planteado. Lo anterior atendiendo a que contra la Resolución 1516 del 30 de diciembre de 2008 y la Resolución 069 del 20 de mayo de 2009, mediante las cuales el Fondo Territorial de Pensiones del Tolima negó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva solicitada por la demandante, procedía la acción de nulidad y restablecimiento del derecho a fin de ventilar la pretensión que ocupa en esta oportunidad la atención de la Corte. Sin embargo, corresponde a esta Sala hacer una valoración de las circunstancias particulares de la peticionaria a fin de verificar la procedencia de la demanda de tutela.

En este sentido se destaca que la señora Julia Pastora Guzmán de Alfonso cuenta con 60 años de edad¹¹, situación que la ubica dentro del grupo de sujetos de especial protección constitucional, por tanto en su caso, el juicio de procedibilidad de la acción de tutela se torna menos riguroso habida cuenta de sus especiales circunstancias. Adicionalmente se observa que conforme a las afirmaciones hechas por la accionante, las que además no fueron controvertidas dentro del trámite de la presente acción de tutela, en la actualidad no está devengando ningún tipo de ingreso, ya que debido a su edad nadie la emplea por lo que enfrenta múltiples obstáculos para desarrollar una actividad productiva que le permita obtener los recursos necesarios para sufragar los gastos propios de su subsistencia y seguir cotizando al sistema. Lo anterior indica que la negativa de la entidad en el reconocimiento de la indemnización sustitutiva que la peticionaria reclama, afecta de manera directa su mínimo vital y la posibilidad de proveerse recursos para cubrir sus necesidades básicas.

Así las cosas, es evidente que en este caso, dada la dilación de los procesos, la actual situación de la petente, además de su edad, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no constituiría un mecanismo idóneo y oportuno para dar solución al debate jurídico

en torno a la vulneración del derecho fundamental invocado. En efecto, aún cuando la demandante hubiera acudido a la acción contencioso administrativa para debatir las pretensiones formuladas mediante el mecanismo de protección constitucional, tal acción no resultaría idónea, por cuanto, de un lado, la realidad procesal indica que la solución de la controversia puede superar la expectativa de vida de la accionante y, del otro, el mínimo vital de la peticionaria se encuentra efectivamente vulnerado frente a la inexistencia de una fuente de recursos que le permita solventar sus necesidades básicas.

La Corte ha señalado una serie de criterios que determinan si los mecanismos de defensa ordinarios son eficaces para la protección de los derechos fundamentales involucrados y permiten evaluar la gravedad, inminencia e irreparabilidad del daño que podría producirse de no protegerse por la vía de la acción constitucional. En relación con estos factores, la Corte en Sentencia T-055 de 200612 dijo:

(i) que se trate de una persona de la tercera edad, para ser considerado sujeto especial de protección;

(ii) que la falta de pago de la prestación o su disminución, genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital,

(iii) que se haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial por el interesado tendiente a obtener la protección de sus derechos, y

(iv) que se acrediten siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados. De este modo, deberá analizarse en cada caso concreto si se verifican estos requerimientos a fin de declarar la procedencia del amparo.

Asimismo, la Corte se ha pronunciado respecto de la edad como parámetro especial de protección Constitucional, en la Sentencia T-262 de 200913, se indicó:

La administración de justicia constitucional se ha caracterizado por cumplir su función de último garante de los derechos constitucionales de las personas que residen en Colombia, con el objetivo de hacer realidad los valores y fines que estructuran y orientan el Estado

social de derecho.

Este nuevo paradigma constitucional ha reorientado la forma clásica de aplicación del derecho basada en la noción de igualdad formal -todos son iguales ante la ley-, por una preocupación del juez constitucional de verificar, en cada caso concreto, las reales circunstancias en que se encuentran quienes reclaman protección judicial, así la igualdad abstracta se ha superado por una igualdad material que se construye a partir de las condiciones particulares en que se encuentran los justiciables.

Desde esta perspectiva, se parte del supuesto de que es posible que no todas las personas que acuden a un trámite judicial estén en igualdad de condiciones, dado que razones económicas, físicas, mentales o cualquier circunstancia pueden colocarlos en situación de debilidad manifiesta, caso en el cual el Constituyente dispuso que esos sujetos tienen derecho a una protección especial por parte del Estado.

Por consiguiente, es interés primordial del juez constitucional constatar la real situación del tutelante, pues no otra justificación tiene el control de constitucionalidad concreto. Así, no será lo mismo que quien reclame la protección sea un niño o niña, un discapacitado, un desempleado, una madre o padre cabeza de familia, una mujer en estado de embarazo, un indígena, un afrocolombiano, un desplazado, un enfermo de VIH, un recluso, una persona de la tercera de edad etc., que una persona que no se encuentra en alguna de esas condiciones.

La edad de quien promueve la acción de tutela es uno de los criterios no solo para identificar si el juez constitucional enfrenta un caso que involucre a una persona que es titular de especial protección por parte del Estado, sino para determinar el nivel de intensidad del amparo.

En efecto, el ostentar la condición de sujeto de especial protección por parte del Estado impone al juez constitucional tener en cuenta que entre mayor vulnerabilidad del tutelante, mayor debe ser la intensidad de la protección, para realizar de esa manera el principio de igualdad real (art. 13 C.P.).

De allí, que la Carta Política haya ordenado, por ejemplo, que el Estado debe promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, adoptando medidas en favor de grupos

discriminados o marginados (art. 13 C.P.), la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás (art. 44 ibídem), que todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tenga derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado (art. 50 ibídem) o que el Estado, la sociedad y la familia deben concurrir para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad debiendo promover su integración a la vida activa y comunitaria (art. 46 ibídem).

En consecuencia, la intensidad de los juicios de control de constitucionalidad ha de variar según los sujetos involucrados, de lo contrario, el juez de tutela materializaría con su decisión, una nueva lesión a los derechos fundamentales del tutelante.

Por lo anterior, la Sala concluye que en este caso la acción de tutela se erige como único medio de defensa judicial idóneo para dar solución a la controversia planteada por la demandante, frente a la ineficacia de los mecanismos de defensa con los que contaba y teniendo en cuenta que su situación exige la adopción de medidas de carácter inmediato y urgente, a fin de impedir la prolongación del daño que podría originarse como consecuencia de la decisión adoptada por la entidad accionada.

2.3.4 Derecho a la Indemnización Sustitutiva de la pensión de vejez. Reiteración de Jurisprudencia.

En ejercicio de sus facultades constitucionales, el legislador expidió la Ley 100 de 1993 por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral¹⁴ y se dictan otras disposiciones. Este Sistema busca garantizar los derechos irrenunciables de las personas y de la comunidad en general para mantener una calidad de vida acorde con su dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten, que menoscaban la salud y la capacidad económica de los habitantes del territorio nacional.

Así, la Ley 100 de 1993 consagra tres regímenes especiales que se dirigen a la protección antes dicha. En primer lugar, dispone la creación del Sistema General de Pensiones que tiene por objeto garantizar a la población el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que la misma Ley determina. En segundo lugar, establece el Sistema General de Seguridad Social en Salud, que tiene por objeto la regulación del servicio público esencial de salud.

Finalmente, crea el Sistema General de Riesgos Profesionales, que propende por la cobertura de las contingencias que ocurran como consecuencia de las actividades de trabajo y que comprometan la capacidad laboral de las personas.

Ahora bien, el régimen especial de Pensiones, prescribe la cobertura universal de todos los habitantes del territorio nacional dentro de las restricciones que su naturaleza de derecho programático le imponen. Conformado por dos regímenes solidarios, excluyentes pero que coexisten, uno de ellos contemplado en el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, donde se encuentra la pensión de vejez cuyo reconocimiento está sujeto al cumplimiento de una edad mínima y a la cotización de un período determinado.

En efecto, de acuerdo al artículo 33 de la Ley 100 de 1993, para tener el derecho a la pensión de vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones: i) Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre, y ii) haber cotizado un mínimo de mil (1.000) semanas en cualquier tiempo.

No obstante, frente a estos requisitos pueden suscitarse diferentes situaciones, según el nivel de concurrencia en el cumplimiento de los mismos. Una de ellas, supone la situación en la que el afiliado cumple con la edad mínima para pensionarse pero no reúne el requisito de las semanas cotizadas, encontrándose en imposibilidad de seguir cotizando. Para este tipo de contingencias, el legislador dispuso como solución alternativa al pago de la pensión, el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, consagrada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, que prevé:

ART. 37.—Indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.

La indemnización sustitutiva, en el régimen de prima media con prestación definida, como derecho suplementario dentro del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, ha sido definido como, el derecho que le asiste a las personas que no logran acreditar los requisitos para obtener el reconocimiento de una pensión de invalidez, de vejez y de sobrevivientes,

para reclamar – en sustitución de dicha pensión – una indemnización equivalente a las sumas cotizadas debidamente actualizadas.¹⁵

Es oportuno aclarar que en el citado artículo 37, no se impone a los afiliados que cumplen la edad mínima de pensión ninguna carga que restrinja el ejercicio del libre desarrollo de su personalidad, ni la necesidad de seguir trabajando hasta completar el mínimo de semanas cotizadas, ni la obligación de tener que renunciar a la expectativa de completar el tiempo de cotización, para tramitar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva¹⁶.

A su turno, la Corte Constitucional ha insistido en que la indemnización sustitutiva, tal como se encuentra regulada dentro de nuestro ordenamiento jurídico, comporta la posibilidad de aceptar esta prestación o de optar por la pensión de vejez, para lo cual el afiliado deberá seguir cotizando hasta el cumplimiento del requisito de semanas de cotización.

En conclusión, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional y con las normas legales en la materia, la indemnización sustitutiva es una prestación reconocida por el Sistema General de Pensiones, a quienes habiendo cumplido la edad prevista para consolidar el derecho a la pensión por vejez, no han reunido el tiempo mínimo de cotización para el efecto, siempre y cuando manifiesten su intención de ser beneficiarios de ella, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando.

Por otra parte, se debe precisar que dentro de la enunciación de las normas que regulan el reconocimiento de la pensión de vejez el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dispone el régimen de transición en materia pensional. Acorde con este precepto, la edad para consolidar el derecho a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas para el efecto, y el monto de la misma, serán las establecidas en el régimen anterior al cual se encontraban afiliadas las personas que al momento de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, tuvieran la edad de treinta y cinco (35) años en el caso de las mujeres; o cuarenta años (40) o más en el caso de los hombres; o que, indistintamente, tuvieran quince (15) o más años de servicios.¹⁷

Concretamente, el mencionado precepto dispone:

ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres,

hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley. (Subrayas fuera de texto original)

En consecuencia, para la Sala es claro, que el régimen de transición está previsto para tres categorías de personas, a saber: (i) los hombres que tuvieran más de cuarenta años, (ii) las mujeres mayores de treinta y cinco años y (iii) los hombres y mujeres que, sin consideración a su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados. Por lo demás, las condiciones y circunstancias, distintas a las indicadas, se rigen con base al Sistema General de Pensiones, previsto en la citada Ley 100. Bajo el entendido, que esta garantía se extiende a quienes se encuentran en el régimen de prima media con prestación definida, en tanto los regímenes anteriores eran similares a éste, y se edificaban sobre sus principios, máxime, si se tiene en cuenta que antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no existían regímenes pensionales estructurados sobre la posibilidad de que los afiliados acumularan un ahorro de capital, que permitieran la consolidación del derecho a la pensión.

Así, de acuerdo a las normas referidas, en materia del derecho a la indemnización sustitutiva, las entidades encargadas de su reconocimiento se encuentran en la obligación de tener en cuenta las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

1. CASO CONCRETO

El 24 de febrero de 2010, la señora Julia Pastora Guzmán de Alfonso, formuló, a través de

apoderado, acción de tutela contra el Fondo Territorial de Pensiones del Tolima, por la presunta vulneración de su derecho fundamental al mínimo vital, al negarle el reconocimiento a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez consagrada en el artículo 37 de la ley 100 de 1993.

La entidad accionada sostuvo que la Ley 100 de 1993 no era aplicable a la demandante, habida cuenta que para los años en que cotizó, no existía norma que reglamentara la indemnización sustitutiva (sector público), ni la devolución de aportes (sector privado), toda vez que sólo hasta la entrada en vigencia de la mencionada Ley, se hizo posible dicho reconocimiento. Al respecto, es pertinente precisar que, el Régimen de Seguridad Social instaurado por la norma referida es de orden público¹⁸, situación que implica su inmediata aplicación a las situaciones jurídicas vigentes respecto de las cuales no se hubieran consolidado derechos adquiridos.

En ese orden de ideas, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, señala que para el cómputo del derecho a la pensión de vejez se tendrán en cuenta las semanas cotizadas a cualquier caja del sector público o privado. De igual forma, la jurisprudencia de esta Corporación ha precisado que el hecho de la consagración de la indemnización sustitutiva no comporta la violación al libre desarrollo de la personalidad, en el entendido de que la persona que llegue a la edad de pensión de vejez sin las semanas requeridas, no tiene la carga de aceptar la indemnización, ni la obligación de continuar trabajando, sino que libremente puede optar por cualquiera de las dos alternativas.

Finalmente, sobre este punto, cabe referir que los derechos a la seguridad social son imprescriptibles de acuerdo con lo señalado por la jurisprudencia constitucional, en el sentido que se pueden reclamar en cualquier tiempo.

El análisis sistemático de las anteriores reflexiones en torno al Sistema de Seguridad Social, permite colegir que la accionante tiene derecho a la indemnización sustitutiva consagrada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, máxime si se considera que cumplió la edad mínima requerida para acceder a la pensión de vejez (55 años) el 28 de junio de 2005¹⁹, por lo que sólo hasta esa época, y por supuesto en vigencia de la Ley en referencia, se cumplieron los presupuestos para que la peticionaria reclamara la indemnización sustitutiva.

En conclusión, y de acuerdo con la jurisprudencia constitucional y las normas legales que

regulan la materia, la indemnización sustitutiva es una prestación reconocida por el Sistema General de Pensiones, a quienes habiendo cumplido la edad prevista para consolidar el derecho a la pensión por vejez, no han reunido el tiempo mínimo de cotización para el efecto, siempre y cuando manifiesten su intención de ser beneficiarios de ella, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando. Presupuestos que cumple a cabalidad la demandante, teniendo en cuenta que actualmente cuenta con sesenta (60) años de edad, y que solicitó mediante acción de tutela el reconocimiento de la indemnización sustitutiva por la imposibilidad de seguir cotizando al Sistema.

Por las anteriores consideraciones, la Sala encuentra que la señora Julia Pastora Guzmán de Alfonso, tiene derecho a la indemnización sustitutiva consagrada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Se debe señalar que, mediante Resolución 593 del 16 de marzo de 2010 y en acatamiento al fallo de tutela proferido por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Ibagué, la entidad demandada reconoció y pagó la indemnización sustitutiva a la señora Julia Pastora Guzmán de Alfonso, en razón a \$1.055.479, correspondientes a 3.622 días cotizados a la extinta Caja de Previsión Departamental.

En mérito de lo expuesto, la Corte procederá a confirmar el fallo emitido el 10 de marzo de 2010, por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito, que había concedido la protección del derecho al mínimo vital solicitado por la demandante y que había sido revocado mediante sentencia proferida el 5 de mayo de 2010 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, Sala de Decisión Penal.

1. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el cinco (5) de mayo de 2010, dentro de la acción de tutela de la referencia.

SEGUNDO. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito el diez (10) de marzo de 2010, que tuteló los derechos invocados por la señora Julia Pastora Guzmán de Alfonso.

TERCERO. Por Secretaría, líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

11 Artículo 19, Decreto 2591 de 1991.

2 Folio 6, cuaderno principal.

3 Folios 7 y 8, cuaderno principal.

4 Folios 9 a 12, cuaderno principal.

5 Folios 13 a 15, cuaderno principal.

6 Folios 31 al 33, cuaderno principal.

7 Cfr. Sentencia 392 de 1994.

88 Artículo 19, Decreto 2591 de 1991.

9 Sentencia T-1268 de 2005: En relación a este aspecto se ha indicado: Para la Corte, dado el carácter excepcional de este mecanismo constitucional de protección de los derechos, la acción de tutela no puede desplazar ni sustituir los mecanismos ordinarios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico. También ha señalado esta Corporación que, dada la responsabilidad primaria que cabe a los jueces ordinarios en la protección de los derechos, la procedencia de la tutela está sujeta a la ineficacia del medio de defensa judicial ordinario, situación que sólo puede determinarse en cada caso concreto. (subraya y negrilla fuera de texto)

10 Ver, entre otras, las sentencias T-719 y T-789 de 2003

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

12 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

13 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

14 es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar

individual y la integración de la comunidad.

15 Sentencia C-624 de 2003. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

16 Sentencia C-375 del 27 de abril de 2004: Considera la Corte que la norma acusada no implica vulneración alguna del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Cuando el legislador estableció 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 no instituyó mandato alguno que vinculara a tales aportantes. Por el contrario, incorporó una permisión libre en cabeza de los mencionados cotizantes, en el sentido de autorizarlos a optar por recibir la señalada restitución dineraria, o no hacerlo, y continuar cotizando al sistema hasta tanto alcancen el monto requerido de cotizaciones para acceder al beneficio pensional. En ese sentido, la norma incorpora una posibilidad no obligatoria para los afiliados (recibir la indemnización o devolución de aportes) y así mismo, la no prohibición de continuar cotizando al sistema hasta acreditar el requisito pensional faltante

17 Es pertinente precisar que, conforme con el artículo 151 de la Ley 100 de 1993, el Sistema General de Pensiones entró en vigencia el 1 de abril de 1994.

18 El artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo señala que las normas laborales, por su carácter de orden público, tienen efecto general e inmediato, por lo que se aplican a las situaciones vigentes o en curso en el momento en que aquéllas entren a regir, pero no tienen efecto retroactivo, esto es, no afectan situaciones jurídicas consolidadas. En el mismo sentido, el artículo 11 de la Ley 100 de 1993, dispone que el Sistema General de Pensiones, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos.

19 Folio 6, cuaderno principal. Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Julia Pastora Guzmán, donde se prueba que en la actualidad cuenta con 60 años, recién cumplidos.

20 Folios 31 a 33, cuaderno principal.