

Sentencia T-957/10

ACCION DE TUTELA CONTRA LA SALA LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-
Vulneración por no reconocimiento de pensión de sobrevivientes

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Protección constitucional

PENSION DE SOBREVIVIENTES COMO PARTE DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

PRINCIPIO DE IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LAS PENSIONES E INDEMNIZACION SUSTITUTIVA O
DEVOLUCION DE SALDOS

ACCION DE TUTELA CONTRA LA SALA LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-
Procedencia por vulneración a los derechos de acceso a la administración de justicia y a la
tutela judicial efectiva

La Sala encuentra que se vulneraron los derechos de acceso a la administración de justicia y
a la tutela judicial efectiva de la accionante, por cuanto la acción de tutela por ella
interpuesta no recibió el trámite previsto por el decreto 2591 de 1991, no obstante cumplir
con las reglas de reparto establecidas en el decreto 1382 de 2000.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por desconocimiento del
precedente en materia de reconocimiento de indemnización sustitutiva

En este sentido la Sala concluye que, en efecto, en el presente caso la acción de tutela
resulta procedente, pues se cumplen los requisitos generales de procedibilidad establecidos
y reiterados por la abundante jurisprudencia de esta Corte citada en el numeral cuarto de
esta providencia. Encuentra la Corte que esta última interpretación desconoce el precedente
constitucional establecido en reiteradas decisiones por la Corte Constitucional que, como se
explicó de forma amplia con base en profusa jurisprudencia de esta Corporación, ha
entendido que se desconoce el derecho fundamental a la seguridad social –artículo 48 de la
Constitución-, el principio de favorabilidad en materia laboral –artículo 53 de la Constitución-
y la prohibición de enriquecimiento sin justa causa –que se denota como elemento esencial
del orden justo que busca crear el ordenamiento constitucional, artículo 1º- cuando no se

reconoce la indemnización sustitutiva en casos como el que ahora ocupa a la Sala. En efecto, el no devolver los aportes realizados durante la vida laboral de un servidor público que no alcanzó obtener su derecho a pensión va en contra de la interpretación constitucionalmente adecuada de disposiciones legales como el artículo 37 de la ley 100 y del artículo 1º del decreto 4640 de 2005.

ACCION DE TUTELA-Orden al Fondo de Pensiones Públicas del Departamento de Cundinamarca reconocer indemnización sustitutiva calculada con base en los aportes realizados

Referencia: expediente T-2692860

Acción de tutela instaurada por María Lucía Salguero contra Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Laboral-

Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Bogotá D.C. veintiséis (26) de noviembre de dos mil diez (2010).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, Luis Ernesto Vargas Silva y María Victoria Calle Correa, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, especialmente las de los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, que declaró la nulidad de lo actuado desde el auto que avocó el conocimiento de la acción de tutela interpuesta por María Lucila Salguero contra la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá y el Fondo de Pensiones Públicas del Departamento de Cundinamarca.

I. ANTECEDENTES

La ciudadana María Lucía Salguero interpuso acción de tutela solicitando el amparo de sus derechos fundamentales, y los de sus menores hijos, a la vida digna, al trabajo de su compañero y padre, al mínimo vital, a la seguridad social y a la igualdad, los cuales, en su opinión, han sido vulnerados por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral.

De acuerdo con la solicitud de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, la accionante sustenta su pretensión en los siguientes

Hechos

1.- Manifiesta la representante de la actora que, la señora María Lucía Salguero convivió en unión libre con el señor Alirio Hernández Cercado desde 1976, hasta el día de la muerte de éste, el 4 de julio de 1994, dentro de esa unión nacieron 4 hijos, tres ellos mayores de edad al momento de presentación de la tutela.

2.- El señor Hernández Cercado, nació el 20 de enero de 1953, y al momento de su muerte se encontraba laborando al servicio de la Secretaría de Obras Públicas del Departamento de Cundinamarca, de manera continua desde el 23 de octubre de 1975 hasta el día de su muerte, tiempo en el cual cotizó para pensión un total de 6.732 días o 961.71428 semanas.

3.- Indica la representante de la actora que el señor Hernández Cercado, antes de ingresar a obras públicas había cotizado para el ISS, a partir del 15 de abril de 1974 y hasta el 25 de mayo de 1975, 401 días o 57.285772 semanas.

5.-Indica la representante de la parte actora que el 24 de julio de 2003, la señora María Lucila Salguero, interpuso ante el Juzgado Tercero del Circuito de Bogotá D.C., demanda ordinaria laboral en contra del Fondo de Pensiones Públicas de Cundinamarca, para que a través de sentencia se condenara a esta entidad al reconocimiento y pago a su favor y al de sus hijos, la pensión de sobrevivientes de su compañero permanente Alirio Hernández Cercado, a partir del 4 de junio de 1994, fecha en la cual falleció.

6. En el proceso ordinario se solicitó como pretensión subsidiaria el reconocimiento del derecho a recibir la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes por parte de los demandantes y a cargo de la demandada, debidamente actualizada o reconociendo

intereses y condenando en costas, reclamando la aplicación de la Ley 100 de 1993.

7.- El Juez Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia de enero 27 de 2004, que puso fin al proceso ordinario, denegó el reconocimiento de la pensión a la señora María Lucila Salguero y sus hijos menores y sus hijos menores, Reinel Camilo y Diana Marcela Hernández Salguero, dando aplicación a la Ley 71 de 1988, que exige 20 años de aportes para pensión y 55 años de edad. Dicho fallo fue confirmado por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá el 30 de junio de 2006.

8.- La representante de la señora María Lucila Salguero interpuso demanda de Casación reclamando la aplicación de la Ley 100 de 1993, recurso que fue resuelto mediante sentencia de julio 15 de 2008, con ponencia de la Magistrada Isaura Vargas Díaz. En dicha providencia la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, resolvió el recurso extraordinario contra la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá que confirmaba la de primera instancia, dentro del proceso ordinario laboral de reconocimiento de pensión de sobrevivientes de María Lucila Salguero contra el Fondo de Pensiones Públicas de Cundinamarca, casándola al considerar que el tribunal no tuvo en cuenta el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, referente a la pensión por aportes y su decreto reglamentario 1160 de 1989, artículo 21.

9.- El proyecto de fallo sustitutivo fue rechazado por la Sala, por lo que se designó como ponente a la Doctora Elsy del Pilar Cuello Calderón, quien mediante sentencia de 14 octubre de 2009, resuelve confirmar el fallo absolutorio dictado por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá en el proceso de María Lucila Salguero en su nombre y el de sus menores hijos contra el Fondo de Pensiones Públicas del Departamento de Cundinamarca, que, en aplicación del artículo 7º de la ley 71 de 1988, negó las pretensiones de la actora.

10.- Indica la representante de la parte actora que, al haberse casado la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior de Bogotá, que había confirmado la sentencia de primera grado, por lógica jurídica, éste fallo quedaba inexistente, por lo que no tiene razón de ser que se case un fallo para después revivirlo.

Solicitud de Tutela

Con fundamento en los hechos narrados, la ciudadana María Lucila Salguero solicita la

protección de sus derechos fundamentales, y en consecuencia sea reconocida la pensión de sobrevivientes tanto a ella como a sus hijos, a partir del 4 de julio de 1994, junto con las mesadas atrasadas, debidamente indexadas o actualizadas, en apego al verdadero Estado Social de Derecho, y de manera no justa pero subsidiaria, la indemnización sustitutiva de la pensión.

Respuesta de la entidad demandada

Por medio de Auto de 17 de noviembre de 2010, el Magistrado Sustanciador ordenó la notificación de la presente acción de tutela a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la cual no había sido vinculada en las instancias de tutela.

El 24 de noviembre de 2010, es decir dentro de los tres días que siguieron a la notificación del mencionado auto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia allegó escrito de respuesta en el que manifestó que el fallo de casación “contiene las suficientes razones de orden probatorio y jurídico que llevaron a confirmar el fallo absolutorio emitido por el Juez Tercero Laboral del Circuito de Bogotá” -folio 24 cuaderno de tutela-; adicionalmente manifestó que dicha decisión no vulnera de manera alguna los derechos reclamados por la actora -folio 24 cuaderno de tutela-.

Decisiones judiciales objeto de revisión

Sentencia de primera instancia.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, mediante providencia de 25 de febrero de 2010 negó la protección de los derechos fundamentales invocados por la señora María Lucila Salguero. Dentro de los argumentos que sirvieron de fundamento a la decisión se destacan:

- “La Sala descarta la presencia de causales de procedibilidad en el presente caso, pues los proveídos que se pretenden dejar sin efectos, en virtud de la acción de tutela, en su momento, no fueron el resultado de la arbitrariedad o el capricho de los funcionarios judiciales que la expidieron; por el contrario, fueron proferidos en el decurso de un procedimiento laboral, con plenas garantías para las partes y obedecieron a la aplicación de la normatividad vigente; con ellos no se vulneró ni puso en peligro ningún derecho

fundamental de la accionante, así como tampoco le ocasionaron un perjuicio irremediable”.

-“El razonamiento de los funcionarios judiciales no puede convertirse en el marco de la acción de tutela, toda vez que en manera alguna se percibe ilegítimo, arbitrario o caprichoso, como se quiere hacer ver; contrario sensu, se encuentra debidamente argumentado como bien tuvo oportunidad de señalarlo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia”.

-“No es posible que la acción extraordinaria y consecuente decisión de fondo, controviertan o dejen sin efecto la jurisprudencia que ha signado la decisión de la Corte, sencillamente por que ese pronunciamiento en sede de casación tiene una naturaleza y finalidades azas diferentes de la decisión judicial que acostumbran proferir los jueces de la República”

-Por virtud del “plus” que acompaña a la jurisprudencia que en casación emite la Corte Suprema de Justicia, reiteramos, la acción de tutela tiene un espectro restringido, que irradia sólo la protección de derechos fundamentales en el caso concreto, pero de ninguna manera puede afectar el contenido general obligatorio de la posición jurídica sentada por la Corporación”

Impugnación

La representante de la parte actora argumentó que los falladores de instancia desconocieron el principio de la equidad “como elemento auxiliar que evita cometer injusticias revestidas de legalidad”, pues no se compadece que a la luz de la Ley 100 de 1993, se pensionaran por sobrevivientes familiares de trabajadores con 26 semanas de cotización, mientas que la familia de Alirio Hernández, con 1019 semanas no pueda hacer.

El Magistrado ponente declaró la nulidad de la actuación desde el auto que avocó el conocimiento de la acción de tutela, por considerar que no debió admitirse la misma, ya que, estando firme, ejecutoriada y dotada del carácter de cosa juzgada, la sentencia que resolvió el recurso de casación interpuesto por la peticionaria contra la sentencia del 30 de junio de 2006 proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá dentro del proceso ordinario laboral que ésta promovió contra el Fondo de Pensiones Públicas del departamento de Cundinamarca es evidente que la Corte Suprema de Justicia ya se pronunció en torno a los hechos y fundamentos en que se soporta la queja constitucional, por lo que no es pertinente

reabrir el debate de un aspecto ya decidido por la máxima autoridad en la especialidad laboral, pues se desconocerían sus funciones constitucionales privativas, el debido proceso, el carácter inteligible e inmutable de sus decisiones, la cosa juzgada, la seguridad jurídica y su naturaleza de máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria .

Actuaciones surtidas en sede de revisión

En aplicación del segundo inciso del artículo 54A del acuerdo 05 de 1992, por tratarse de una acción de tutela instaurada contra una providencia de la Corte Suprema de Justicia, el presente expediente fue presentado el día seis (6) de septiembre de 2010 por el Magistrado Ponente ante la Sala Plena de la Corte Constitucional, que decidió no asumir competencia en el presente asunto, de lo cual quedó constancia en el acta de sala Plena del mismo día.

Por medio de Auto de 17 de noviembre de 2010 la Sala Octava de la Corte Constitucional ordenó notificar de la acción de tutela y poner en conocimiento de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y del representante legal del Fondo de Pensiones Públicas del departamento de Cundinamarca el expediente de tutela -folios 19 y 20 cuaderno de tutela-.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en desarrollo de lo establecido en Auto 100 de 2008, proferido por la Sala Plena de esta Corporación.

2. Presentación del caso y problema jurídico

Corresponde a esta Sala proferir la sentencia de revisión de la tutela impetrada por la señora María Lucila Salguero cuestiona la validez de la sentencia de casación de 14 de octubre de 2009, por la que se denegó a ella y a sus hijos el reconocimiento a la pensión de sobrevivientes o, en su defecto, la indemnización sustitutiva con fundamento en los aportes hechos por su compañero permanente, el señor Alirio Hernández Cercado.

El fallo de primera instancia en el proceso ordinario se produjo el 27 de enero de 2004, siendo absuelto el Fondo de Pensiones Públicas de Cundinamarca de todas y cada una de las súplicas de la demanda. En la mencionada sentencia se concluyó

Por otro lado, las normas en comento, no regulaban una indemnización sustitutiva, en el caso de no tener el tiempo de servicio para efectos de reconocimiento de la pensión de jubilación, debiéndose absolver de esta pretensión.” -folio 14 cuaderno principal-

En la segunda instancia la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

“En esas condiciones concluyese (sic), que aquel no cumplió los requerimientos contemplados en el artículo 1º de la ley 33 de 1985 para acceder a la pensión de jubilación que exige por lo menos 20 años de servicios continuos o discontinuos.

(...)

Así mismo y dado que como se dijo antes, la ley 100 de 1993 no le es aplicable al caso, aparece ostensible que tampoco puede condenarse a la entidad a pagar la indemnización sustitutiva solicitada en la demanda introductoria, como quiera que esta no se encuentra contemplada en la ley para los servidores públicos con anterioridad a la vigencia de la ley 100 de 1993” -folio 19 cuaderno principal-

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 15 de julio de 2008, casó el fallo de segunda instancia por considerar que la norma aplicable era el artículo 7º de la ley 71 de 1988 y no el artículo 1º de la ley 33 de 1985. Con base en esta decisión ordenó oficiar al Institutito Colombiano de Seguros Sociales para que remitiera a dicha Corporación copia de la historia laboral del señor Hernández Cercado -folio 32 y 48 cuaderno principal-. Una vez allegada la prueba solicitada la Sala de casación Laboral profirió sentencia de 14 de octubre de 2009 en la cual concluyó

“Sumados los períodos anteriores, el tiempo total servido por el causante se totaliza a 19 años, 9 meses y 22 días, insuficiente, para hacerse acreedor a la pensión de jubilación reclamada, por lo que se confirmará el fallo absolutorio de a quo.

En cuanto a la indemnización sustitutiva, pretendida en forma subsidiaria, hay que decir que es improcedente en consideración a que el trabajador falleció el 4 de julio de 1994 y el nuevo

régimen de pensiones que creó dicha figura, en los Niveles Territoriales (Departamental y Municipal), sólo empezó a regir conforme con el parágrafo del artículo 151 de la ley 100 de 1993, a más tardar el 30 de junio de 1995, y para este particular caso, fue a partir del 4 de enero de 1995 decreto 017 de 1995.” -folio 50 y 50B cuaderno principal-

Contra esta decisión de la Sala de Casación Laboral, la señora María Lucila Salguero interpuso acción de tutela. En primera instancia la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia consideró que no se evidenciaban los requisitos para considerar que se presentó una vía de hecho por parte de la Sala de casación Laboral de la misma Corporación -folios 61 a 76 cuaderno principal-. En segunda instancia el Magistrado William Namén decretó la nulidad de todo lo actuado en sede de tutela, por considerar que la acción de tutela, en cuanto se dirigía contra una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, resultaba abiertamente improcedente, no siendo objeto de fallo por parte la Corporación y, por tanto, no existiendo la posibilidad de que dicho proceso fuera remitido a la Corte Constitucional para su eventual revisión -folios 80 a 82 cuaderno principal-.

Ante esta situación la apoderada de la señora María Lucía Salguero presentó escrito en la Secretaría General de la Corte Constitucional, solicitando que, en virtud de lo prescrito en el Auto 100 de 2008, fuera seleccionada para revisión la acción de tutela interpuesta contra la sentencia de 14 de octubre de 2009 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia -folios 1 y 2 cuaderno principal-.

El problema jurídico que surge del caso planteado consiste en determinar si la accionante cumplía con los requisitos establecidos por la Constitución y las normas infra constitucionales para acceder a la pensión de sobrevivientes o, en su defecto, a la indemnización sustitutiva, precisamente, por no cumplir los requisitos para la primera. Sin embargo, por tratarse de una acción de tutela interpuesta contra una providencia judicial, como cuestión previa, la Sala evaluará el cumplimiento de los requisitos exigidos por la jurisprudencia para la procedencia de la acción en estos supuestos.

Siendo este el problema jurídico que se debe abordar, la Sala reiterará la jurisprudencia sobre i) la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales -reiteración de jurisprudencia-; ii) el contenido y alcance de la seguridad social como derecho fundamental -reiteración de jurisprudencia-; iii) la pensión de sobrevivientes como parte del derecho

fundamental a la seguridad social –reiteración de jurisprudencia-; iv) la indemnización sustitutiva como parte del sistema integral de seguridad social –reiteración de jurisprudencia- ; v) la solución en concreto al problema jurídico planteado.

3. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales: reiteración de jurisprudencia

La procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales tiene un carácter excepcional¹, está supeditada, entre otras cosas, a que los efectos de una decisión judicial vulneren o amenacen derechos fundamentales y a que no exista otro mecanismo judicial idóneo para proteger el derecho comprometido. Esta Corporación ha sentado una abundante jurisprudencia en torno a lo que en los primeros años fue llamado vía de hecho y que más recientemente ha experimentado una evolución terminológica hacia el concepto de causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela, en cuanto a la procedencia de esta acción constitucional para controvertir providencias judiciales (sentencias y autos).

Inicialmente el concepto de vía de hecho –el cual tuvo origen en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en definitiva, debe su denominación a la figura propia del derecho administrativo- fue empleado por la Corte Constitucional para referirse a errores groseros y burdos presentes en las providencias judiciales, los cuales en alguna medida suponían un actuar arbitrario y caprichoso del funcionario judicial, proceder que a su vez daba lugar a la protección constitucional de los ciudadanos afectados por la decisión judicial.

Ahora bien, la expresión vía de hecho, si bien resultaba ilustrativa de algunos de los eventos que pretende describir, tales como errores burdos o arbitrariedades en las decisiones judiciales, no abarca todos los supuestos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por una parte, y adicionalmente puede entenderse que tiene una connotación de deslegitimación o sindicación peyorativa del juez que profiere la sentencia objeto de una tutela, razón por la cual la jurisprudencia constitucional desde hace algunos años ha sugerido el abandono de la anterior terminología y su sustitución por la expresión causales genéricas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales².

Por otro lado, como consecuencia de lo anterior, el ajuste descrito trasciende de lo terminológico a lo conceptual. En primer lugar, se establece como fundamento esencial de las causales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, la violación

de la Constitución por parte de la decisión examinada. Esta vulneración sustancial del derecho al debido proceso se materializa en los distintos defectos identificados por la jurisprudencia constitucional a lo largo de estos años, entre los que se cuentan:

1. Defecto orgánico, que tiene lugar cuando el funcionario judicial que emite la decisión carece, de manera absoluta, de competencia para ello.

1. Defecto procedimental absoluto, que tiene lugar cuando el Juez actuó al margen del procedimiento establecido.

1. Defecto material o sustantivo, que se origina cuando las decisiones son proferidas con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales, o que presentan una evidente contradicción entre los fundamentos y la decisión.

1. Defecto fáctico por no haberse decretado, practicado o valorado pruebas debidamente solicitadas o recaudadas en el curso de proceso, o por haberse valorado pruebas nulas o vulneradoras de derechos fundamentales.

1. Error inducido, que se presenta cuando la autoridad judicial ha sido engañada por parte de terceros y ese engaño lo llevó a tomar una decisión que afecta derechos fundamentales.

1. Decisión sin motivación, que tiene lugar cuando el funcionario judicial no da cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de su decisión, pues es en dicha motivación en donde reposa la legitimidad de sus providencias.

1. Desconocimiento del precedente, que se origina cuando el juez ordinario, por ejemplo, desconoce o limita el alcance dado por esta Corte a un derecho fundamental, apartándose del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado, también cuando se aparta del precedente sentado por los órganos de cierre de su respectiva jurisdicción o de su propio precedente.

Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional también ha precisado como requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, cuya presencia debe ser verificada por el juez antes de pasar a examinar las causales materiales que darían lugar a que prosperara el amparo solicitado, los siguientes:

* Que el asunto objeto de debate sea de evidente relevancia constitucional.

* Que se haya hecho uso de todos los mecanismos de defensa judicial -ordinarios y extraordinarios- a disposición del afectado, salvo que se trate de evitar un perjuicio iusfundamental irremediable.

* Que se cumpla el requisito de la inmediatez. Así, la tutela debe haber sido interpuesta en un término razonable y proporcionado desde el momento de ocurrencia de la vulneración del derecho fundamental.

* Cuando se trate de una irregularidad procesal, que ésta tenga un efecto decisivo en la sentencia objeto de controversia y afecte los derechos fundamentales de la parte actora.

* En la solicitud del amparo tutelar se deben identificar los hechos que generaron la vulneración y los derechos afectados y que se hubiere alegado tal vulneración dentro del proceso judicial, siempre que ello hubiere sido posible.

* Que no se trate de sentencias de tutela, por cuanto los debates sobre derechos fundamentales no pueden prolongarse indefinidamente.

Serán estos los requisitos que se tengan en cuenta al momento de valorar la procedibilidad de una acción de tutela contra providencias judiciales.

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

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

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

Sin embargo, desde muy temprano, el Tribunal Constitucional colombiano admitió que los derechos sociales, económicos y culturales, llamados también de segunda generación, podían ser amparados por vía de tutela cuando se lograba demostrar un nexo inescindible entre estos derechos de orden prestacional y un derecho fundamental, lo que se denominó “tesis de la conexidad” 3.

Otra corriente doctrinal ha mostrado, entretanto, que los derechos civiles y políticos así como los derechos sociales, económicos y culturales son derechos fundamentales que implican

obligaciones de carácter negativo como de índole positiva⁴. Según esta óptica, la implementación práctica de todos los derechos constitucionales fundamentales siempre dependerá de una mayor o menor erogación presupuestaria, de forma tal que despojar a los derechos sociales – como el derecho a la salud, a la educación, a la vivienda, al acceso al agua potable entre otros – de su carácter de derechos fundamentales por ésta razón resultaría no sólo confuso sino contradictorio.

Es por ello que en pronunciamientos más recientes esta Corte ha señalado que todos los derechos constitucionales son fundamentales⁵ pues se conectan de manera directa con los valores que el constituyente quiso elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención). Significan, de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho, no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios – económicos y educativos – indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar. De ahí el matiz activo del papel del Estado en la consecución de un mayor grado de libertad, en especial, a favor de aquellas personas ubicadas en un situación de desventaja social, económica y educativa. Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter positivo o de acción).

Ahora bien, una cosa es la fundamentalidad de los derechos y otra – muy distinta – la posibilidad de hacerlos efectivos a través de la acción de tutela.

Existen facetas prestacionales de los derechos fundamentales – sean éstos civiles, políticos, económicos, sociales o culturales -, como el derecho a la pensión de sobrevivientes, cuya implementación política, legislativa, económica y técnica es más exigente que la de otras y depende de fuertes erogaciones económicas en un contexto de escasez de recursos. Esto supone que algunas veces sea necesario adoptar políticas legislativas y/o reglamentarias para determinar específicamente las prestaciones exigibles y las condiciones para acceder a las mismas, las instituciones obligadas a brindarlas y su forma de financiación, teniendo en cuenta que se debe atender, de modo prioritario, a quienes más lo necesitan. Sobra decir

que, en esta tarea, el legislador y la administración deben respetar los mandatos constitucionales y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad, para lo cual deben tener en cuenta las interpretaciones que los órganos autorizados han hecho sobre el alcance de los derechos que reconocen estas normas⁶.

La necesidad del desarrollo político, reglamentario y técnico no determina que estos derechos pierdan su carácter fundamental, pero sí tiene repercusiones en la posibilidad de protegerlos mediante la acción de tutela pues la indeterminación de algunas de sus facetas prestacionales dificulta establecer con exactitud, en un caso concreto, quién es el sujeto obligado, quién es el titular y cuál es el contenido prestacional constitucionalmente determinado.

En este sentido, la Corte ha señalado que sólo una vez adoptadas las medidas de orden legislativo y reglamentario, si se cumplen los requisitos previstos en estos escenarios, las personas pueden, sin excepción, acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de estos derechos fundamentales cuando quiera que se encuentren amenazados de vulneración o hayan sido conculcados⁷, previo análisis de los requisitos de procedibilidad de este mecanismo constitucional.

La anterior regla tiene una excepción, pues también ha indicado la Corte que ante la renuencia de las instancias políticas y administrativas competentes en adoptar e implementar medidas orientadas a realizar estos derechos fundamentales en la práctica, los jueces pueden hacer efectivo su ejercicio por vía de tutela cuando la omisión de las autoridades públicas termina por desconocer por entero la conexión existente entre la falta de protección de los derechos fundamentales y la posibilidad de llevar una vida digna y de calidad, especialmente de sujetos de especial protección o, en general, de personas colocadas en situación evidente de indefensión⁸.

De esta forma queda claro que el derecho a la seguridad social – dentro del cual se inscribe el derecho a la pensión de sobrevivientes-, es un derecho fundamental y que, cuando se presente alguno de los dos eventos descritos, la acción de tutela puede ser usada para protegerlo, siempre y cuando se verifiquen, además, los requisitos de procedibilidad de este mecanismo procesal.

5. La pensión de sobrevivientes como parte del derecho a la seguridad social

La seguridad social se erige en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho constitucional a cuyo cumplimiento se compromete el Estado, según se sigue de la lectura del artículo 48 superior, el cual prescribe lo siguiente: “Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social”⁹.

La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho a la seguridad social se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional pues son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social¹⁰. El artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona afirma que:

“Artículo XVI. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.

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

“Artículo 9. Derecho a la Seguridad Social. 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes” (subrayado fuera del texto original).

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

Como lo señala el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ante la

muerte del beneficiario, las prestaciones de la seguridad social deben pasar a las personas que dependían económicamente de él.

En Colombia, tal situación está contemplada en la denominada pensión de sobrevivientes, regulada de forma general en la ley 100 de 1993 (artículos 46 a 49 y 73 a 78) y por diversas normas que consagran regímenes pensionales especiales dentro de nuestro ordenamiento, verbigracia, el decreto 1211 de 1990 para el caso que nos ocupa. En virtud de ésta prestación, previo cumplimiento de determinados requisitos, algunas de las personas que dependían económicamente del pensionado por invalidez o por vejez o del afiliado al sistema de seguridad social en pensiones reciben una asignación mensual para su sostenimiento, unas veces en forma vitalicia y otras veces en forma temporal.

En este orden de ideas, la pensión de sobrevivientes también hace parte del derecho a la seguridad social¹¹ pues busca proteger a las personas que, a causa de la muerte de aquélla de la cual dependían, se ven en dificultades para acceder a las condiciones materiales necesarias para subsistir, brindándoles, al menos, el mismo grado de seguridad social y económica con que contaban antes del deceso del pensionado o afiliado¹². En otras palabras, “propende porque la muerte del afiliado [o pensionado] no trastoque las condiciones de quienes de él dependían”¹³.

6. La indemnización sustitutiva y la devolución de saldos en el Sistema de Seguridad Social Integral

En abundante jurisprudencia¹⁴ la Corte Constitucional se ha ocupado de establecer los elementos y los fundamentos sobre los que descansan las prestaciones que, mediante su establecimiento en el sistema general de seguridad social, pretenden aliviar la situación en la que se encuentran las personas que no logran cotizar la totalidad de las semanas exigidas por la Ley o el capital requerido para el reconocimiento de las pensiones de vejez, invalidez o de sobrevivientes, según sea el caso.

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

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

La ley 100 de 1993 también prevé la figura de la indemnización sustitutiva en aquellos casos en que quien la solicita no es el trabajador, sino su grupo familiar. En este sentido consagra:

ARTÍCULO 45. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. El afiliado que al momento de invalidarse no hubiere reunido los requisitos exigidos para la pensión de invalidez, tendrá derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a la que le hubiera correspondido en el caso de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, prevista en el artículo 37 de la presente ley;

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

Quienes a las edades previstas en el artículo anterior¹⁵ no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a este hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho

Adicionalmente, debe recordarse que son los artículos 72 y 78 de la misma normatividad los que complementan el régimen atinente a la devolución de saldos para el caso del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Como se sigue de las disposiciones transcritas, se observa que tanto la indemnización sustitutiva como la devolución de saldos son prestaciones que actúan como sucedáneas de la pensión de sobrevivientes en aquellos eventos en los cuales, a pesar de alcanzar un determinado requisito de edad, la persona no satisface a plenitud las exigencias establecidas por la ley de seguridad social para obtener el reconocimiento y pago de la mesada

pensional¹⁶, bien porque el número de semanas cotizadas no alcanza el total requerido por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 en el régimen de prima media, o debido a que el capital ahorrado no resulta suficiente en el caso del régimen de ahorro individual¹⁷.

Según fue puesto de presente por el Congreso de la República en el literal p) del artículo 2° de la Ley 797 de 2003 “Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales”, el establecimiento de estas prestaciones constituye una de las características esenciales del sistema de seguridad social en materia de pensiones.

Según fue indicado en sentencia T-981 de 2003, estas prestaciones se encuentran orientadas a ofrecer a las personas que están cotizando al sistema de seguridad social una suerte de “compensación” en cuya virtud se restituye el capital aportado de acuerdo con las fórmulas designadas en la ley y en los reglamentos correspondientes¹⁸. En sentido análogo, en sentencia T-750 de 2006 la Corte manifestó de manera expresa que por esta vía se reconoce una auténtica acreencia que le permite al cotizante “recuperar los aportes efectuados durante el período laboral, ante la imposibilidad de obtener la pensión”

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

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

A lo anterior es preciso agregar que la naturaleza imprescriptible de la indemnización sustitutiva y de la devolución de saldos no sólo se sigue de la caracterización de estas prestaciones como derechos pensionales. Tal determinación es, adicionalmente, impuesta por el talante de los bienes jurídicos cuya protección pretenden garantizar, pues en ambos casos persiguen la satisfacción de los derechos a la conservación del mínimo vital, a la vida digna, y muy particularmente del derecho fundamental a la seguridad social¹⁹.

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

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

Por último, para concluir la presentación del panorama normativo y jurisprudencial que habrá de ser empleado para la solución de la controversia planteada a la Sala, es menester establecer si las disposiciones que hasta ahora han sido analizadas resultan aplicables para todas las habitantes del territorio nacional sin importar el momento en que fueron realizadas las correspondientes cotizaciones. Se trata de determinar si la circunstancia de haber llevado a cabo dichas cotizaciones con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -texto legal que creó las prestaciones objeto de análisis- constituye un obstáculo para su

reconocimiento dado que aquélla no se encontraba en rigor en dichos períodos.

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

En las sentencias indicadas la Corte señaló que estas disposiciones -que en esencia recogen dispositivos de protección legal a favor de personas que no se encuentran en condiciones para continuar realizando las cotizaciones exigidas para efectos de conseguir el reconocimiento de su derecho pensional- son aplicables para personas que hubiesen llevado a cabo la cotización exigida por la ley antes de la aprobación del texto enunciado por las tres siguientes razones: (i) Los contenidos normativos objeto de análisis hacen parte de la Ley de seguridad social, la cual a su turno enriquece el contenido del corpus del derecho laboral. En ese sentido, es menester tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo a propósito de la aplicación de estas normas, las que “por ser de orden público, producen efecto general inmediato”. En esta misma dirección, se halla lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 100 de 1993: “El sistema general de pensiones, con las excepciones previstas en el artículo 279 de la presente Ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional”.

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

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

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

las normas que regulan lo referente a la indemnización sustitutiva también tienen aplicación en relación con aquellas personas que cotizaron bajo la vigencia de la anterior normatividad y cuya situación jurídica no se consolidó en aplicación de normas precedentes, lo que exige que su definición se efectúe bajo el imperio de la Ley 100 de 1993. En consecuencia, las entidades encargadas de su reconocimiento no pueden oponerse a éste bajo el argumento de que las cotizaciones de hayan realizado con anterioridad a la Ley 100 de 1993 y que, en consecuencia, no son las aplicables las disposiciones normativas de dicha Ley, ya que, tal como se estableció, las normas establecidas en la Ley 100 de 1993 son de orden público, lo que implica que ellas son de inmediato y obligatorio cumplimiento y, por tanto, afectan situaciones no consolidadas que se encuentren en curso”.

Ahora bien, cabe resaltar que en sentencia T-099 de 2008 la Sala Segunda de Revisión ordenó al Departamento de Cundinamarca reconocer y sufragar la indemnización sustitutiva que había sido negada a una persona por las mismas razones que han sido materia de consideración.

Con base en las consideraciones desarrolladas en esta providencia, procede esta Sala de Revisión a resolver la pretensión de amparo interpuesta por el accionante.

7. Caso concreto

En el presente caso la señora María Lucila Salguero cuestiona la validez de la sentencia de casación de 14 de octubre de 2009, por que se le denegó a ella y a sus hijos el reconocimiento a la pensión de sobrevivientes o, en su defecto, la indemnización sustitutiva por los aportes hechos por su compañero permanente, el señor Alirio Hernández Cercado.

El problema jurídico que surge del caso planteado consiste en determinar si la accionante cumplía con los requisitos establecidos por la Constitución y las normas infra constitucionales para acceder a la pensión de sobrevivientes o, en su defecto, a la indemnización sustitutiva por no cumplir los requisitos para la primera. Sin embargo, por tratarse de una acción de tutela interpuesta contra una providencia judicial, como cuestión previa, la Sala evaluará el cumplimiento de los requisitos exigidos por la jurisprudencia para la procedencia de la acción en estos supuestos.

6.1. Procedencia de la acción de tutela interpuesta por la señora María Lucila Salguero

En el presente caso se aprecia que la apoderada de la accionante plantea dos argumentos distintos:

i. El primero de ellos tendente a que se dé adecuado trámite a la acción de tutela por ella interpuesta, pues entiende que la negativa de tramitarla y la consiguiente declaratoria de nulidad de todo lo actuado por parte del Magistrado William Namén implica la vulneración de su derecho de acceso a la administración de justicia y la consiguiente vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

ii. El segundo a que se declare procedente la acción de tutela contra la sentencia de 14 de octubre de 2009 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que incurrió en un defecto sustantivo que amerita el conocimiento del juez de tutela.

En relación con el trámite dado a la acción de tutela por parte del Magistrado de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia la Sala encuentra que se vulneraron los derechos de acceso a la administración de justicia y a la tutela judicial efectiva de la accionante, por cuanto la acción de tutela por ella interpuesta no recibió el trámite previsto por el decreto 2591 de 1991, no obstante cumplir con las reglas de reparto establecidas en el decreto 1382 de 2000.

En efecto, mediante Auto de 28 de abril de 2010 el citado Magistrado resolvió

1. “Declarar la Nulidad de la actuación desde el auto que avocó el conocimiento de la acción de tutela.
2. No admitir a trámite la solicitud de amparo constitucional presentada por María Lucía Salguero, con fundamento en las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.”

Las motivaciones que sustentaron la decisión transcrita se condensan en la primera consideración del mencionado auto, en la que se consignó

“1. De entrada se advierte que la presente acción de tutela no debió admitirse a trámite, por cuanto estando en firme, ejecutoriada y dotada del carácter de cosa juzgada la sentencia que resolvió el recurso de casación interpuesto por la peticionaria contra la sentencia de 30 de junio de 2006 proferida por la sala Laboral del tribunal superior de Bogotá dentro del proceso ordinario laboral que ésta promovió contra el Fondo de Pensiones Públicas del Departamento de Cundinamarca, es evidente que la Corte ya se pronunció en torno a los hechos y fundamentos en que soporta la queja constitucional, no siendo pertinente reabrir el debate de un aspecto ya decidido por la máxima autoridad en la especialidad laboral, por cuanto se desconocería sus funciones constitucionales privativas, el debido proceso, el carácter ‘intangible e inmutable’ de sus decisiones, la cosa juzgada, la seguridad jurídica y su

naturaleza de ‘máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria’ ex artículo 234 de la Constitución Política.”

Se presenta ante la Corte Constitucional un caso análogo al resuelto mediante Auto 100 de 2008, en el cual la Sala Plena de esta Corporación determinó que, para aquellos casos en los que se niegue el trámite de una acción de tutela, i) la providencia con la que se tome esta decisión constituye un fallo en sentido material, no obstante su presentación formal no corresponda a la de una sentencia; y ii) deberá surtirse el trámite de selección y eventual revisión ante la Corte Constitucional. En este sentido en el mencionado Auto 100 de 2008 se consignó

“El anterior recuento demuestra la flagrante vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia en que han incurrido las diversas corporaciones y funcionarios judiciales involucrados, quienes acudiendo a distintos pretextos se han negado hasta la fecha a admitir la tutela presentada por el accionante y por ende no han abocado el estudio de fondo de la cuestión planteada, lo que a su vez ha redundado en la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del ciudadano Paredes Villalobos.

Ante la persistente vulneración de sus derechos fundamentales el accionante finalmente optó por remitir a la Secretaría General de la Corte Constitucional, la providencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 14 de diciembre de 2007, acompañada de las demás solicitudes de amparo constitucional previamente presentadas y una petición de cumplimiento del Auto-162 de 2007 proferido por esta Corporación.

Podría entenderse que la providencia allegada por el interesado, proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia –denominada ‘auto’-, no constituye un fallo que suscite la competencia de la Corte Constitucional en materia de revisión de sentencia de tutela. Sin embargo, de la lectura atenta de esta providencia se desprende que se trata de una de las “decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales” a la que se refiere el numeral 9) del artículo 241 de la Constitución Política, pues desde el punto de vista material, equivale a un fallo mediante el cual se declaró absolutamente improcedente la acción de tutela. En esa medida la providencia referida debe ser sometida al trámite fijado para el proceso de selección de los fallos de tutela en la Corte

Constitucional, con la finalidad que la Sala de selección correspondiente pueda ejercer sus competencias y adoptar una decisión sobre su selección para revisión.”

En el Auto 100 de 2008 se previó que la persona afectada por este proceder por parte de una autoridad judicial podría presentar la tutela ante la Secretaría General de esta Corporación. En este sentido se manifestó

“ (...) en adelante, cuando se presente una situación semejante en la cual la Corte Suprema de Justicia no admita a trámite una acción de tutela contra una de sus providencias, el tutelante tendrá la opción de

i. acudir a la regla fijada en el Auto 04 del 3 de febrero de 2004, es decir, presentar la acción de tutela ante cualquier juez (unipersonal o colegiado) o incluso ante una corporación judicial de la misma jerarquía de la Corte Suprema de Justicia; o

i. solicitar ante la Secretaría General de la Corte Constitucional, que radique para selección la decisión proferida por la Corte Suprema de Justicia en la cual se concluyó que la acción de tutela era absolutamente improcedente, con el fin de que surta el trámite fijado en las normas correspondientes al proceso de selección. Para este efecto, el interesado adjuntará a la acción de tutela, la providencia donde se plasmó la decisión que la tutela era absolutamente improcedente, así como la providencia objeto de la acción de tutela.”

Con base en lo antes expresado y en aplicación del Auto 100 de 2008 en esta ocasión la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional dará trámite a la acción interpuesta por la apoderada de la señora María Lucila Salguero.

El segundo aspecto al evaluar la procedibilidad de la acción de tutela es determinar si se cumplen los requisitos para proceder a su estudio en el caso concreto, pues se trata de una tutela contra providencia judicial.

En este sentido la Sala concluye que, en efecto, en el presente caso la acción de tutela resulta procedente, pues se cumplen los requisitos generales de procedibilidad establecidos

y reiterados por la abundante jurisprudencia de esta Corte citada en el numeral cuarto de esta providencia.

En primer lugar, para la Sala es evidente la relevancia constitucional del presente asunto, pues se debate la protección del derecho fundamental a la seguridad social en pensiones de la accionante y su núcleo familiar, lo cual es justificación suficiente para entender satisfecha esta exigencia.

Así mismo, comprueba la Sala que la accionante agotó los mecanismos ordinarios que estaban a su alcance y que, precisamente, la presente acción pretende que se restablezca el derecho presuntamente vulnerado por la sentencia de casación proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Como tercer elemento se concluye que la acción de tutela fue interpuesta en tiempo por la accionante. Aunque no existe en el expediente documento alguno que indique la fecha en que fue presentada la acción de tutela, para la Sala es claro que este hecho tuvo lugar mucho antes de que se cumplieran tres meses desde el momento en que quedó en firme la providencia cuestionada. En efecto, la sentencia de casación de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia quedó ejecutoriada el día 24 de noviembre de 2009 -folio 51 cuaderno principal- y la sentencia de primera instancia en el proceso de tutela es de fecha 25 de febrero de 2010 -folio 61 cuaderno principal-. De este modo si se descuenta el período de vacancia judicial y el tiempo que tardó en fallar el juez de primera instancia -aproximadamente 10 días hábiles- se tiene que la tutela fue interpuesta dentro de los dos meses siguientes al momento en que fue proferida la sentencia, tiempo que no da lugar a discusión sobre el cumplimiento del requisito de inmediatez.

Adicionalmente, en el escrito de tutela presentado se señalan claramente cuáles son los hechos que motivan la acción de tutela -folios 51 a 55 cuaderno principal- y los derechos fundamentales que habrían sido conculcados por el accionar de la Sala de casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia -folios 57 y 58 cuaderno principal-.

Finalmente, la acción no se interpone contra una sentencia proferida en un proceso de tutela, sino que, como se ha reiterado, se interpone contra una sentencia de la Sala de Casación Laboral proferida dentro de un proceso de naturaleza ordinaria.

Por las razones ahora expuesta la Sala concluye que es competente para conocer de la presente acción de tutela y que la misma resulta procedente, razón por la que el juez de tutela entrará a estudiar el fondo del presente asunto.

6.2. Examen sobre el desconocimiento del precedente en materia de reconocimiento de indemnización sustitutiva

En el presente caso se observa que la señora Salguero interpuso acción de tutela en contra de la sentencia de 14 de octubre de 2009 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia; en esta providencia se niega a la accionante la petición principal, consistente en el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que solicitaba en razón a haber sido la compañera permanente del señor Alirio Hernández Cercado, quien trabajó para la Secretaría de Obras Públicas del Departamento de Cundinamarca; de igual manera se negó la petición subsidiaria, consistente en el reconocimiento de la indemnización sustitutiva o devolución de los saldos aportados por el señor Hernández Cercado .

El señor Hernández Cercado cotizó de manera continua como trabajador de la Secretaría de Obras de la Gobernación de Cundinamarca desde el 23 de octubre de 1975 hasta el día de su muerte, es decir, el cuatro de julio de 1994; al momento de su fallecimiento el señor Hernández Cercado contaba con un total de 7133 días cotizados al sistema general de pensiones, lo que equivale a 19 años, nueve meses y 22 días.

Su compañera permanente solicitó ante la jurisdicción ordinaria el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes o, en subsidio, la indemnización sustitutiva, por el valor correspondiente a los aportes realizados, hasta el momento de su muerte, por el señor Hernández Cercado.

Durante el proceso laboral se confirmó que el señor Hernández Cercado cotizó un equivalente a 19 años, nueve meses y 22 días, tiempo que, de acuerdo al régimen jurídico aplicable a los servidores públicos en la época en que cotizó el señor Hernández Cercado, resulta insuficiente para que le hubiese sido reconocida la pensión de vejez o a su grupo familiar el derecho a la sustitución pensional; esto por cuanto el artículo 7º de la ley 71 de 1988 exige un tiempo de cotización equivalente a veinte años de servicios para tener derecho a la pensión de jubilación o vejez, mientras que los artículos 5º y 6º del decreto 1160 de 1989 prevén la sustitución pensional para el núcleo familiar de quien haya accedido al

derecho a la pensión de jubilación o vejez. Finalmente, al no existir el derecho a pensión de sobrevivientes para los servidores públicos con anterioridad a la vigencia de la ley 100 de 1993, el núcleo familiar del señor Hernández Cercado no recibió asignación pensional alguna por este concepto.

Con base en estos fundamentos de derecho las sentencias de instancia y la proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia concluyó que no se cumplían los requisitos para acceder a la sustitución pensional, ni para el reconocimiento de pensión de sobrevivientes.

Respecto de la indemnización sustitutiva, la solicitud de la demandante fue negada por la jurisdicción ordinaria, incluso en sede de casación, bajo el argumento de que en el momento de la muerte del causante el régimen previsto para los servidores públicos de los entes departamentales y municipales no incluía esta prestación; así mismo, no se encontraba vigente la ley 100 de 1993, cuerpo normativo que previó la indemnización sustitutiva. En este sentido manifestó

“En cuanto a la indemnización sustitutiva, pretendida en forma subsidiaria, hay que decir que es improcedente en consideración a que el trabajador falleció el 4 de julio de 1994 y el nuevo régimen de pensiones que creó dicha figura, en los Niveles Territoriales (Departamental y Municipal), sólo empezó a regir conforme con el parágrafo del artículo 151 de la ley 100 de 1993, a más tardar el 30 de junio de 1995, y para este particular caso, fue a partir del 4 de enero de 1995 decreto 017 de 1995.” -folio 50 y 50B cuaderno principal-

Encuentra la Corte que esta última interpretación desconoce el precedente constitucional establecido en reiteradas decisiones por la Corte Constitucional que, como se explicó de forma amplia con base en profusa jurisprudencia de esta Corporación, ha entendido que se desconoce el derecho fundamental a la seguridad social -artículo 48 de la Constitución-, el principio de favorabilidad en materia laboral -artículo 53 de la Constitución- y la prohibición de enriquecimiento sin justa causa -que se denota como elemento esencial del orden justo que busca crear el ordenamiento constitucional, artículo 1º- cuando no se reconoce la indemnización sustitutiva en casos como el que ahora ocupa a la Sala.

En efecto, el no devolver los aportes realizados durante la vida laboral de un servidor público que no alcanzó obtener su derecho a pensión va en contra de la interpretación

constitucionalmente adecuada de disposiciones legales como el artículo 37 de la ley 100 y del artículo 1º del decreto 4640 de 2005.

El artículo 37 de la Ley 100 de 1993²⁰ consagra para el “Régimen Solidario de Prima Media con prestación”²¹ la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Según esa norma

“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”.

Por su parte, el artículo 1º del Decreto 4640 de 2005²² establece:

“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 adquiriera 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". -subrayado ausente en texto original-

En cuanto a la liquidación de la indemnización sustitutiva los artículos 13 de la Ley 100 de 1993²³ y 2° del Decreto 1730 de 2001²⁴ disponen que para determinar su monto se deben tener en cuenta la totalidad de semanas cotizadas, aún las anteriores a la Ley 100 de 1993.

De manera que una lectura de las normas legales que honre el principio de interpretación conforme a la Constitución no puede desconocer, para efectos de determinar la existencia del derecho a la indemnización sustitutiva, las semanas cotizadas antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993; una posición que se niegue a contar dichas semanas desconocería la posición trazada en una línea jurisprudencial reiterada y constante, de manifestación actual y de aplicación a casos análogos al ahora resuelto por la Corte.

En efecto, en la sentencia T-099 de 2008 se resolvió un caso en donde el Departamento de Cundinamarca, también hoy accionado, negó la indemnización sustitutiva en razón a que el actor no tenía la calidad de afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones establecido en la Ley 100 de 1993 porque sólo realizó cotizaciones hasta noviembre de 1991, fecha en la que no había entrado a regir la referida Ley. En aquella ocasión la Corte Constitucional ordenó reconocer la prestación solicitada, con base en la interpretación tantas veces citada del artículo 37 de la ley 100 y su decreto reglamentario.

Un caso análogo se trató en una sentencia T-1088 de 2007, en la que CAJANAL había negado la indemnización sustitutiva a un afiliado que había dejado de cotizar en 1967 y acumulaba un total de 2169 días. La razón argumentada era la no retroactividad de las normas de la ley 100 de 1993 o del decreto 1730 de 2001. En dicha ocasión la Corte estableció “[f]inalmente y en relación con el ámbito de aplicación de las normas de Ley 100 que establecen el derecho a reclamar la indemnización sustitutiva, asunto que incide directamente en la solución del problema jurídico planteado por el presente asunto, debe señalarse que esta cuestión ya había sido objeto de pronunciamiento por parte de esta Corporación en sentencia T-972 de 2006²⁵, providencia en la cual la Corte estableció que estas normas se aplican a todos los habitantes del territorio nacional y a todas aquellas situaciones que al momento de su expedición no se hubieren consolidado”. Con base en estos fundamentos se concluyó que el artículo 37 de la ley 100 de 1993 aplica a las personas que han cotizado antes de la entrada en vigencia de dicho cuerpo normativo y, en consecuencia, se concedió el amparo solicitado.

En la sentencia T-286 de 2008, siendo el accionado el Instituto de Seguros Sociales, se trata el caso de una persona que dejó de cotizar con anterioridad a la entrada en vigor de la ley 100 de 1993. En dicha ocasión la Corte manifestó “[s]obre el particular, esta Corporación ha sostenido que la finalidad de la indemnización sustitutiva, no es otra que la de ‘[p]ermitir a las personas que luego de haber llegado a la edad de pensión y que (i) no hayan alcanzado a generar la pensión mínima o (ii) no hayan cotizado al menos 1150 semanas²⁶, reclamar la devolución de saldos o la indemnización sustitutiva de sus aportes. La hipótesis contraria implicaría que, aún cuando los cotizantes hayan alcanzado la edad en la cual ley presume la disminución significativa de la capacidad laboral, y pese a que los mismos declaren la imposibilidad de seguir cotizando, el Estado institucionalice la obligación de seguir aportando, sin tomar en consideración las condiciones fácticas que impiden a los sujetos hacerlo’²⁷”. En consecuencia se concluyó “[a]sí las cosas, la Ley 100 de 1993, cuya aplicación cubre a todos los habitantes del territorio nacional,²⁸ es la legislación que se ajusta al caso particular del actor, ya que no estamos ante la presencia de un derecho adquirido debido a que su situación jurídica no se consolidó bajo las normas que le eran aplicables en virtud del régimen de transición. Por esta razón, es viable conceder esta indemnización sustitutiva bajo los parámetros de la misma, es decir, reconociendo las semanas cotizadas aún con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley, ya sea en el sector público o privado.²⁹”

Finalmente, en la sentencia T-849A de 2009 se resolvieron los casos de dos trabajadores a los cuales sus entidades empleadoras, la Contraloría del Tolima y el Departamento de Antioquia, les habían negado el derecho a la devolución de los aportes para pensión de jubilación realizados antes de la vigencia de la ley 100 de 1993. Al igual que en las decisiones citadas, en esta ocasión la Corte reconoció el derecho a recibir la indemnización sustitutiva tras interpretar, conforme a su precedente jurisprudencial, las plurimencionadas normas legales y reglamentarias que rigen este tema. En este sentido concluyó

“Nótese como en este caso la Corte al invalidar cualquier restricción que establezca algún requisito adicional para acceder a la indemnización sustitutiva, está recurriendo al “principio de hermenéutica laboral “in dubio pro operario”, es, ni más ni menos la estricta aplicación del “principio constitucional de la favorabilidad” a dos situaciones concretas relacionadas con

la indemnización sustitutiva:

1. Que es ilegal y no se puede establecer 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.

1. Que el trabajador haya cumplido la edad exigida para la pensión de vejez al momento de desvincularse.”

Adicionalmente, se reitera que el derecho de exigir esta indemnización es imprescriptible, de manera que no existe un límite de tiempo que haga nulo el derecho de los beneficiarios a exigir esta prestación³⁰.

Estas decisiones, entre otras³¹, confirman la existencia de una línea jurisprudencial en el sentido antes anotado.

Siendo este el precedente jurisprudencial establecido para casos análogos al que ahora ocupa a la Sala, se observa que la decisión tomada en sede de casación por parte de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia desconoció el derecho fundamental al debido proceso de la accionante, pues también ignoró dicho el precedente que resultaba vinculante para el caso resuelto.

Esta causal de procedibilidad, además, comporta un defecto sustantivo en la sentencia de casación de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ya que tuvo como consecuencia una interpretación del ordenamiento infra-constitucional que no resulta conforme a la Constitución, pues implica la negación de prestaciones en materia pensional, afectando de esta forma su derecho fundamental a la seguridad social, en el reconocimiento de pensiones.

Con base en los argumentos expuestos al examinar la procedencia de la presente acción de tutela y la existencia de una causal específica de procedibilidad contra providencias judiciales, esta Sala revocará el fallo proferido por el Magistrado William Namén de la Sala

de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, y en su lugar amparará los derechos al debido proceso y a la seguridad social de la accionante.

En consecuencia, dejará sin efectos la sentencia de casación proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, así como las decisiones de instancia proferidas dentro del proceso ordinario laboral, por cuanto todas adolecen del mismo vicio. En su lugar se ordenará al Fondo de Pensiones del Departamento de Cundinamarca que, previo la verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva y siguiendo la interpretación acogida por el precedente constitucional respecto de las disposiciones legales que regulan el tema, reconozca la indemnización sustitutiva a la señora María Lucila Salguero, como presunta compañera permanente del señor Alirio Hernández Cercado, y al resto de su núcleo familiar, de acuerdo con las normas jurídicas que regulan el tema.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR el fallo que la sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia profirió por medio de Auto de 28 de abril de 2010, suscrito por el magistrado William Namén.

Segundo.- DECLARAR SIN VALOR NI EFECTO ALGUNO la sentencia de 14 de octubre de 2009 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con el proceso promovido por María Lucila Salguero y otros contra el Fondo de Pensiones Públicas de Cundinamarca.

Tercero.- CONCEDER el amparo solicitado por la señora María Lucía Salguero y, en consecuencia, ORDENAR al Fondo de Pensiones Públicas del Departamento de Cundinamarca o a la autoridad competente para hacerlo que se reconozca a la señora María Lucila Salguero y al resto del núcleo familiar del señor Alirio Hernández Cercado la indemnización sustitutiva calculada con base en los aportes por éste realizados, previa comprobación del cumplimiento

de los requisitos exigidos para acceder a esta prestación por parte del núcleo familiar del causante, en los precisos y estrictos términos de la parte motiva de esta providencia. Para el cumplimiento de esta orden el Fondo de Pensiones Públicas del Departamento de Cundinamarca tendrá un mes contado a partir de que se cumplan todos los requisitos que deben acreditar los que aspiren a ser beneficiarios de la indemnización sustitutiva solicitada.

Cuarto.- ORDENAR que Por Secretaría librese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Ausente en comisión

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-543 del 1 de octubre de 1992.

2 Así, en fecha reciente, sostuvo esta Corporación: “[e]n los últimos años se ha venido presentando una evolución de la jurisprudencia constitucional acerca de las situaciones que hacen viable la acción de tutela contra providencias judiciales. Este desarrollo ha llevado a concluir que las sentencias judiciales pueden ser atacadas mediante la acción de tutela por

causa de otros defectos adicionales, y que, dado que esos nuevos defectos no implican que la sentencia sea necesariamente una «violación flagrante y grosera de la Constitución», es más adecuado utilizar el concepto de «causales genéricas de procedibilidad de la acción» que el de «vía de hecho», sentencia T-774 de 2004.

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

4 Víctor Abramovich, Christian Courtis, Los derechos sociales como derechos exigibles, Editorial Trotta, Madrid, 2002.

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

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

7 Sentencia T-016-07.

8 Ibídem.

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

establecer, dentro de los recursos disponibles, prestaciones de vejez no contributivas u otras ayudas, para todas las personas mayores que, al cumplir la edad prescrita fijada en la legislación nacional, por no haber trabajado o no tener cubiertos los períodos mínimos de cotización exigidos, no tengan derecho a disfrutar de una pensión de vejez o de otra ayuda o prestación de la seguridad social y carezcan de cualquier otra fuente de ingresos”.

10 (i) artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Artículo 22. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”; (ii) artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “Artículo 9 Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”; (iii) artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona: “Artículo XVI. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”; (iv) artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “Artículo 9. Derecho a la Seguridad Social. 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes”; y (v) el artículo 11, numeral 1, literal “e” de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: Artículo 11 || 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular: e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas;

11 En el mismo sentido, sentencia T-326 de 2007 y C-336 de 2008, entre otras.

12 Al respecto ver las sentencias T-971 de 2005, T-043 de 2005, T-630 de 2006, T-168 de

2007 y T-593 de 2007, entre otras.

13 Sentencia T-1065 de 2005.

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

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

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

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

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

20 Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

21 Ley 100 de 1993: “ARTICULO 31. Concepto. El Régimen de Prima Media con Prestación

Definida es aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una o una indemnización, (...)”.

22 Por medio del cual se modifica el artículo 1° del Decreto 1730 de 2001.

23 La norma en comento establece: “Características del Sistema General de Pensiones. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características: (...) f. Para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio”.

24 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, señala la norma: “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. ¶ En caso de que la administradora a la que se hubieren efectuado las cotizaciones haya sido liquidada, la obligación de reconocer la indemnización sustitutiva corresponde a la entidad que la sustituya en el cumplimiento de la obligación de reconocer las obligaciones pensionales. ¶ En el caso de que las entidades que hayan sido sustituidas en la función de pagar las pensiones por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, Fopep, será ésta la entidad encargada del pago, mientras que su reconocimiento continuará a cargo de la caja o fondo que reconozca las pensiones. ¶ 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”.

25 Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

26 El artículo 67 de la Ley 797 de 2003 prescribe al respecto: “Artículo 14. El artículo 65 de la Ley 100 de 1993 quedará así: Artículo 65. Garantía de Pensión Mínima de Vejez. En desarrollo de los artículos 13 y 48 de la Constitución Política, créase el Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro individual con Solidaridad, como un patrimonio autónomo con cargo al cual se pagará, en primera instancia, la garantía de que trata este artículo. El

Gobierno Nacional definirá el régimen de organización y administración de este fondo, así como la entidad o entidades que lo administrarán. Los afiliados que a los sesenta y dos (62) años de edad, si son hombres, y cincuenta y siete (57), si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la Ley 100 de 1993, y hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta (1.150) semanas tendrán derecho a que el Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión”.

27 Sentencia C-375 de 2004, Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

28 “ARTÍCULO 11. CAMPO DE APLICACIÓN. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.// Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes.”

29 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”.

30 Argumento expuesto, entre otras, en las sentencias T-286 de 2008; T-529 y T-849A ambas de 2009.

31 Otras sentencias que confirman la línea jurisprudencial son T-850 de 2008, T-529 de 2009 y T-539 de 2009.

