

Expediente T-2.988.478

Sentencia T-505/11

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

ACCION DE TUTELA E INDEMNIZACION SUSTITUTIVA-Procedencia excepcional para ordenar pago

De conformidad con la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, la acción de tutela no procede, en principio, para ordenar el reconocimiento de prestaciones derivadas del derecho a la seguridad social, como la indemnización sustitutiva. La razón para ello es el carácter subsidiario que posee el mecanismo judicial previsto en el artículo 86 de la Constitución, pues el legislador ha establecido un escenario judicial concreto para los eventuales conflictos que surjan a propósito de la exigencia de este derecho, cual es la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social según el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Sin embargo, la jurisprudencia constante de esta Corporación, con base en el artículo 86 de la Constitución, también ha indicado dos excepciones a la regla general de la improcedencia. En primer lugar, la acción de tutela procederá como mecanismo principal en el evento en que el medio judicial previsto para este tipo de controversias no resulte idóneo y eficaz en el caso concreto. En segundo lugar, procederá como mecanismo transitorio, a pesar de la existencia de un medio judicial ordinario idóneo y eficaz, cuando es necesaria para evitar un perjuicio irremediable.

DERECHO A LA INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE LA PENSION DE VEJEZ-Vulneración por inaplicación del artículo 37 de la Ley 100 de 1993 al presente caso

Negar el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez con el argumento de que ésta solamente se aplica a aquellos empleados públicos que han cotizado con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, vulnera el derecho a la seguridad social de la personas que pertenecieron al sector que realizaron los aportes con anterioridad a esta ley.

INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE PENSION DE VEJEZ-Caso en que CAJANAL niega la prestación porque la última cotización se realizó antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993

Referencia: expediente T-2.988.478

Acción de tutela instaurada por Guillermo Casseres Hernández contra Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL – BUEN FUTURO PATRIMONIO AUTÓNOMO.

Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil once (2011).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Luís Ernesto Vargas Silva, María Victoria Calle Correa y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la

preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Nacional y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla y el Juzgado Doce Laboral del Circuito de la misma ciudad, en primera y segunda instancia respectivamente, en la acción de tutela instaurada por Guillermo Casseres Hernández contra la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL – BUEN FUTURO PATRIMONIO AUTONOMO.

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con las solicitudes de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, los accionantes sustentan su pretensión en los siguientes:

Hechos

- 1.- Guillermo Casseres Hernández, de 75 años de edad, cotizó a la Caja Nacional de Previsión Social 3425 días, equivalentes a 490 semanas (folio 8, cuaderno 2).
2. El 19 de julio de 2010 solicitó, ante dicha institución, el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva. Por medio de Resolución PAP 006723 de 2010, aquella negó la mencionada prestación, por cuanto “su retiro se efectuó con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir el 8 de mayo de 1985, [y] de hacerlo se estaría concediendo a la ley un efecto retroactivo” (folio 9, cuaderno 2).
3. Aunado a lo anterior, indica el peticionario que debido a su avanzada edad, no le es posible seguir trabajando y no cuenta con los recursos económicos suficientes para satisfacer sus necesidades básicas.

Solicitud de Tutela

- 4.- Con fundamento en los hechos narrados, el ciudadano Guillermo Casseres Hernández solicitó la protección de su derecho fundamental a la seguridad social vulnerado, en su opinión por parte de la entidad demandada al negarse a reconocerle la indemnización sustitutiva. En consecuencia pide que se le conceda dicha prestación

Respuesta de la entidad demandada

- 5.- La parte accionada por medio de escrito del 4 de noviembre de 2010 respondió la acción de tutela de la referencia, y solicitó declarar improcedente el recurso de amparo.
- 6.- En primer lugar, indicó que el accionante cuenta con otros mecanismos de defensa judicial, que son el proceso ordinario ante la jurisdicción laboral o contencioso administrativa, para lograr las pretensiones esbozadas en la acción de tutela, “dado que la solicitud del pago de las pretensiones económicas reconocidas por la entidad deben realizarse a través de otros medios empleados para su respectivo reconocimiento” (folio 30, cuaderno 2).
7. Así mismo, sostuvo que no se encuentra acreditada la existencia de un perjuicio irremediable,

puesto que de las pruebas que obran en el expediente no existe grado de certeza sobre la amenaza de algún derecho fundamental (folio 31, cuaderno 2).

Decisiones judiciales objeto de revisión

Sentencia de Primera Instancia

8.- El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Barranquilla declaró improcedente el amparo solicitado, por cuanto consideró que el actor cuenta con otro mecanismo de defensa judicial.

Sobre el particular afirmó que, “se está en presencia de una controversia jurídica de naturaleza laboral, susceptible de dirimirse ante la jurisdicción ordinaria laboral, lo que pone de presente la existencia de un mecanismo legal para dilucidar las pretensiones de la parte actora y la improcedencia de esta acción constitucional en virtud del principio de subsidiariedad”(folio 47, cuaderno 2). .

Impugnación

9.- El accionado interpuso recurso de apelación contra la decisión proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Barranquilla con el objetivo de que revoque la decisión de primera instancia.

Sentencia de Segunda Instancia

10. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla confirmó en su integridad y con idéntica motivación la decisión de primera instancia (folio 70, cuaderno 2).

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

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

2. Problema jurídico

En atención a lo expuesto, esta Sala de Revisión debe determinar si la Caja Nacional de Previsión Social hoy CAJANAL IECE – BUEN FUTURO patrimonio autónomo vulneró el derecho fundamental a la seguridad social de Guillermo Casseres Hernández al negar el reconocimiento de una indemnización sustitutiva con fundamento en que el afiliado realizó las cotizaciones al sistema de seguridad social con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993.

A fin de resolver el asunto, la Sala se pronunciará sobre los siguientes tópicos: (i) la seguridad social como derecho constitucional fundamental y su protección por medio de la acción de tutela; (ii) la procedencia de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva; (iii) la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y la aplicación de ésta a las

personas que cotizaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; y finalmente procederá al análisis del (iv) caso concreto.

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

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”[1].

La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho a la seguridad social se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional pues son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social[2]. El artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona afirma que:

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

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

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

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

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

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

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

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

Como se puede apreciar, el derecho a la seguridad social demanda el diseño de una estructura básica que, en primer lugar, establezca las instituciones encargadas de la prestación del servicio y precise, además, los procedimientos bajo los cuales éste debe discurrir. En segundo término, debe definir el sistema a tener en cuenta para asegurar la provisión de fondos que garanticen su buen funcionamiento. En este punto cobra especial importancia la labor del Estado, el cual, por medio de asignaciones de sus recursos fiscales, tiene la obligación constitucional de brindar las condiciones necesarias para asegurar el goce del derecho irrenunciable a la seguridad social[3].

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” [4].

Otra corriente doctrinal ha mostrado, entretanto, que los derechos civiles y políticos así como los derechos sociales, económicos y culturales son derechos fundamentales que implican obligaciones de carácter negativo como de índole positiva[5]. El Estado ha de abstenerse de realizar acciones orientadas a desconocer estos derechos (deberes negativos del Estado) y con el fin de lograr la plena realización en la práctica de todos estos derechos – políticos, civiles, sociales, económicos y culturales – es preciso, también, que el Estado adopte un conjunto de medidas y despliegue actividades que implican exigencias de orden prestacional (deberes positivos del Estado).

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

Es por ello que en pronunciamientos más recientes esta Corte ha señalado que todos los derechos constitucionales son fundamentales[6] pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención). Significan, de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios – económicos y educativos - indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar. De ahí el matiz activo del papel del Estado en la consecución de un mayor grado de libertad, en especial, a favor de aquellas personas ubicadas en un situación de desventaja social, económica y educativa. Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios

en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter positivo o de acción).

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

Existen facetas prestacionales de los derechos fundamentales – sean éstos civiles, políticos, económicos, sociales o culturales –, como el derecho a la pensión de vejez, cuya implementación política, legislativa, económica y técnica es más exigente que la de otras y depende de fuertes erogaciones económicas en un contexto de escasez de recursos. Esto supone que algunas veces sea necesario adoptar políticas legislativas y/o reglamentarias para determinar específicamente las prestaciones exigibles y las condiciones para acceder a las mismas, las instituciones obligadas a brindarlas y su forma de financiación, teniendo en cuenta que se debe atender, de modo prioritario, a quienes más lo necesitan. Sobra decir que, en esta tarea, el legislador y la administración deben respetar los mandatos constitucionales y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad, para lo cual deben tener en cuenta las interpretaciones que los órganos autorizados han hecho sobre el alcance de los derechos que reconocen estas normas[7].

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, quien es el titular y cual 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 acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de estos derechos fundamentales cuando quiera que este se encuentre amenazado de vulneración o haya sido conculcado[8], 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 indefensión[9].

De esta forma queda claro que el derecho a la seguridad social, es un derecho fundamental y que, cuando se presenten 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.

4. La procedencia de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva –Reiteración de Jurisprudencia–.

De conformidad con la jurisprudencia reiterada de esta Corporación[10], la acción de tutela no procede, en principio, para ordenar el reconocimiento de prestaciones derivadas del derecho a la seguridad social, como la indemnización sustitutiva.

La razón para ello es el carácter subsidiario que posee el mecanismo judicial previsto en el artículo 86 de la Constitución[11], pues el legislador ha establecido un escenario judicial concreto para los eventuales conflictos que surjan a propósito de la exigencia de este derecho, cual es la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social según el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Sin embargo, la jurisprudencia constante de esta Corporación[13], con base en el artículo 86 de la Constitución, también ha indicado dos excepciones a la regla general de la improcedencia.

En primer lugar, la acción de tutela procederá como mecanismo principal en el evento en que el medio judicial previsto para este tipo de controversias no resulte idóneo y eficaz en el caso concreto. Con el fin de determinar esta situación, la Corte, en oportunidades anteriores, ha valorado varios factores.

Uno de los criterios determinantes ha sido aquel de la avanzada edad del peticionario(a), sobretodo si sobrepasa el índice de promedio de vida en Colombia (74 años), pues el mecanismo ordinario resulta ineficaz si es probable que la persona no exista para el momento en el que se adopte un fallo definitivo tomando en cuenta el tiempo considerable que demora un proceso de esta índole y la edad del actor(a)[14].

En segundo lugar, procederá como mecanismo transitorio, a pesar de la existencia de un medio judicial ordinario idóneo y eficaz, cuando es necesaria para evitar un perjuicio irremediable.

La jurisprudencia constitucional, con el fin de comprobar la presencia de un perjuicio irremediable en el caso concreto, que en la mayoría de los casos consiste en la afectación del mínimo vital del peticionario(a) y de su familia, ha utilizado criterios como (i) la edad del actor(a) para ser considerado(a) sujeto de especial protección por ser una persona de la tercera edad, (ii) el estado de salud del (la) solicitante y su familia, y (iii) las condiciones económicas del peticionario(a)[15].

Es necesario aclarar que la existencia del perjuicio irremediable se verifica mediante el análisis de los hechos del caso concreto, pues éste puede provenir de situaciones diferentes a las contempladas en los criterios antes reseñados, de donde se sigue que éstos son una guía y no una camisa de fuerza para la autoridad judicial.

Si se alega como perjuicio irremediable la afectación del mínimo vital, la Corte ha indicado que si bien es posible presumir su afectación, en general quien alega una vulneración de este derecho como consecuencia de la falta de reconocimiento de su pensión, debe acompañar su afirmación de alguna prueba, al menos sumaria. Esta Corporación ha reconocido que la informalidad de la acción de tutela no exonera al actor de probar, aunque sea de manera sumaria, los hechos en los que basa sus pretensiones[16].

En relación con la existencia del otro medio de defensa judicial ha señalado la jurisprudencia de la Corte que no existe la obligación de iniciar el proceso ordinario antes de acudir a la acción de tutela, basta que dicha posibilidad esté abierta al interponer la demanda. Sin embargo, si el demandante ha dejado vencer la oportunidad para iniciar el trámite del proceso ordinario, por prescripción o caducidad de la acción, la tutela no procede como mecanismo transitorio[17].

Ante la presencia de alguno de los dos supuestos explicados la acción de tutela es procedente y la autoridad judicial debe estudiar entonces si se existe una violación o amenaza al derecho fundamental a la seguridad social y si esta cumple con el requisito de inmediatez.

5. La indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y la aplicación de ésta a las personas que cotizaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 - Reiteración de jurisprudencia-.

La indemnización sustitutiva, establecida en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993[18], es una de las prestaciones económicas establecidas para el Régimen Solidario de Prima Media con prestación definida.

Esta figura se instituyó como un derecho supletivo que tienen las personas que hayan cumplido la edad para acceder a la pensión de vejez pero que por alguna circunstancia, no cuente con las semanas establecidas para este fin, a recibir una compensación en dinero por cada una de las semanas cotizadas al sistema de seguridad social y que tiene como finalidad hacer efectivo el mandato constitucional que impone al Estado el deber de garantizar a todas las personas el derecho a la seguridad social.

La jurisprudencia reiterada de esta Corte, ha señalado que la indemnización sustitutiva se aplica aún a aquellas personas que hayan cotizado con anterioridad a la vigencia de la Ley, por cuanto en primer lugar, el literal f del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 2 del Decreto 1730 de 2001, regulan la forma en que ésta ha de liquidarse. El primero de estos dispone:

“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”. (Negrillas fuera del texto)

Y el segundo:

“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.**” (Negrillas fuera del texto)

En segundo lugar, porque las normas laborales y de la seguridad social al responder a intereses generales y a necesidades consideradas de importancia primordial para la sociedad, son normas de orden público, por lo que se aplica a las situaciones vigentes o en curso en el momento en que aquéllas entren a regir, pero no tiene efecto retroactivo, esto es, no afecta situaciones jurídicamente consolidadas.

En este sentido, el artículo 14 del Código Sustantivo del Trabajo indica:

“Las disposiciones legales que regulan el trabajo humano **son de orden público** y, por consiguiente, los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley.” (Negrillas fuera del texto)

Y el artículo 11 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003, sostiene:

“**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”. (Negrillas fuera del texto)

En tercer lugar, al ser la indemnización sustitutiva uno de los derechos subjetivos que emanan del derecho a la seguridad social, éste es irrenunciable conforme a lo establecido en el artículo 48 de la Constitución Política.

Una consecuencia que se deriva de la irrenunciabilidad del derecho a la indemnización sustitutiva es su imprescriptibilidad, lo que implica que ésta prestación puede ser reclamada en cualquier tiempo, siempre que el interesado haya cumplido la edad para pensionarse, pero no haya cotizado al Sistema de Seguridad Social en Pensiones el número de semanas requerido para obtener la pensión de vejez. En efecto, en sentencia T-746 de 2004, se indicó:

“En materia de reconocimiento de derechos pensionales, la Corte ha precisado que “es un **derecho imprescriptible**, en atención a los mandatos constitucionales que expresamente disponen que dicho derecho es irrenunciable (art. 48 C.P.) y que, a su vez, obligan a su pago oportuno (art. 53 C.P.). (...) Para la Corte la naturaleza no extintiva de dicho derecho, constituye un pleno desarrollo de los principios y valores constitucionales que garantizan la solidaridad que debe regir en la sociedad y, además, propende por la protección y asistencia especial a las personas de la tercera edad, con la finalidad de asegurar el mantenimiento de unas condiciones de vida dignas (arts. 1º, 46 y 48 C.P).”[19] (Negrillas fuera del texto)

En cuarto lugar, desconocer el derecho que les asiste a las personas que cotizaron antes de la Ley 100 de 1993 a acceder a la indemnización sustitutiva propiciaría un “enriquecimiento sin justa causa de la entidad a la cual efectuó aportes”. Así lo estableció el Consejo de Estado en la Sentencia de la Sección Segunda - Subsección A, número, 4109-04 del 26 de octubre de 2006, puesto que como allí se explicó[20], a pesar de que el afiliado hubiese llevado a cabo un número determinado de cotizaciones por un tiempo determinado “no tendría derecho a recibir la devolución de dichos saldos, aportes que en el sistema de seguridad social en pensiones constituyen el sustento económico de los afiliados una vez tiene ocurrencia la contingencia de la vejez”.

Finalmente, el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, por medio del cual se establece la figura de la indemnización sustitutiva, “no consagró ningún límite temporal a su aplicación, ni condicionó la misma a circunstancias tales como que la persona haya efectuado las cotizaciones con posterioridad a la fecha en que empezó a regir la Ley 100 de 1993”. [22]

Esta Corporación en diferentes ocasiones se ha pronunciado sobre el particular. Así, en sentencia T- 235 de 2010, la Sala Novena de Revisión determinó que existía una infracción al derecho a la seguridad social por parte de la Caja Nacional de Previsión, por cuanto esta última entidad negó el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva, bajo los argumentos de que: (i) a la actora no le era aplicable la Ley 100 de 1993 dado que, la última cotización realizada había sido antes de la entrada en vigencia de la mencionada ley, y que la accionante no reunía el requisito de edad al momento del retiro de la actividad laboral y por tanto de CAJANAL.

En esta oportunidad, este Alto tribunal, con el objetivo de garantizar el derecho a la seguridad social de la petente, dispuso que CAJANAL, debía dejar sin efecto las resoluciones 48084 de 5 de octubre de 2007 y 42371 de 28 de agosto de 2008, mediante las cuales se negó la solicitud de

reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en favor de Zunilda del Socorro Roca de Centeno y ordenó pagar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a la peticionaria, teniendo todas las semanas de cotización que se encuentren debidamente acreditadas.

Del mismo modo, en sentencia T- 080 de 2010, la Sala Novena de Revisión determinó que existía una infracción al derecho a la seguridad social por parte de la Gobernación del Tolima y el Fondo Territorial de Pensiones del Tolima, por cuanto estas entidades, se negaron a reconocer y pagar la indemnización sustitutiva de que trata el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, aduciendo que aquella no tuvo la calidad de afiliada activa al entrar en vigencia el Sistema General de Seguridad Social.

En este caso se ordenó adelantar el trámite pertinente para el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva a que tiene derecho el señor Benjamín Navarro Sánchez, de acuerdo con las semanas de cotización que se encuentran debidamente acreditadas y de conformidad con las reglas que para el efecto contiene el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes.

Igualmente, en sentencia T- 597 de 2009, la Sala Primera de Revisión comprobó que existía una vulneración al derecho a la seguridad social por parte de la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, por cuanto, esta última, se negó a reconocer la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez arguyendo que a la fecha de retiro el accionante no cumplió con el requisito de edad exigido y el retiro se efectuó con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

En esta litis se ordenó a la Caja Nacional de Previsión Social reconocer la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a la que tiene derecho el señor Francisco Biblio Quintero Bedoya, de acuerdo a las semanas de cotización que se encuentren debidamente acreditadas y pague de conformidad con las normas que rigen el proceso de liquidación de la entidad accionada.

En este mismo sentido, en la sentencia T- 539 de 2009, la Sala Octava de Revision decidió que la conducta desplegada por CAJANAL, quebrantó el derecho a la seguridad del accionante, por cuanto, esta entidad negó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva con fundamento en que el afiliado realizó las cotizaciones al sistema de seguridad social con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993.

Este Tribunal, en el asunto en cuestión, ordenó a CAJANAL que proceda a reconocer y sufragar el valor correspondiente a la indemnización sustitutiva del ciudadano Manuel Ignacio Ruiz Bello, de acuerdo con las semanas de cotización que han sido debidamente acreditadas.

De igual forma, en la sentencia T- 529 de 2009 se estableció que existía una infracción al derecho a la seguridad social, por cuanto la entidad accionada no reconoció la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a la petente, con el argumento de que su retiro se efectuó con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, aun cuando ya había reconocido dicha prestación a otras personas que se encontraban en similares circunstancias a las de la accionante.

En esta oportunidad, la Sala Novena de Revisión, ordenó expedir un nuevo acto en el que se reconozca y pague la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a que tiene derecho la señora Helena Fernández Garbiras, de acuerdo con las semanas de cotización que se encuentren debidamente acreditadas y respecto de las cuales no se hubiere hecho restitución alguna.

Igualmente, en la sentencia T- 850 de 2008, la Corte determinó que existía una vulneración al derecho a la seguridad social, por cuanto el Departamento del Tolima negó el reconocimiento y pago de la indemnización de vejez, con el argumento que las personas que cotizaron para pensiones con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y nunca fueron afiliadas al Sistema General de Seguridad Social previsto en la misma, no tienen derecho a que se les reconozca la mencionada indemnización.

En este caso, el juez constitucional dictaminó que adelante el trámite pertinente para el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva a que tiene derecho el señor Alejandro Sierra Benítez, de acuerdo con las semanas de cotización que se encuentren debidamente acreditadas y de conformidad con las reglas que para el efecto contiene el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes.

Del mismo modo, en sentencia T- 1088 de 2007, la Sala Cuarta de Revisión determinó que existía una vulneración al derecho a la seguridad social, por cuanto CAJANAL negó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva solicitada por el actor, esgrimiendo que, en primer lugar, al ser su retiro con anterioridad a la vigencia de dicha normatividad no le es aplicable la ley 100 de 1993 y en segundo lugar que el actor no cumplió con el requisito establecido en el artículo 1 del Decreto 1730 de 2001.

Este Tribunal, en el asunto en cuestión, ordenó a CAJANAL que adelante el trámite pertinente para el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva a que tiene derecho el señor Justo Abraham Zea, de acuerdo con las semanas de cotización que se encuentren debidamente acreditadas.

Finalmente, en sentencia T- 972 de 2006, la Sala Quinta de Revisión comprobó que existía una vulneración al derecho a la seguridad social, debido a que la Caja de Previsión Social negó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva al demandante, bajo el argumento de que la situación de éste no se ajustaba a los requisitos señalados en la Ley 100 de 1993 para el reconocimiento de dicha prestación.

En esta litis se ordenó a la Caja Nacional de Previsión Social que adelante el trámite pertinente para el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva a que tiene derecho el señor Luis Felipe Murcia Páez.

En este orden de ideas, se concluye que negar el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez con el argumento de que ésta solamente se aplica a aquellos empleados públicos que han cotizado con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, vulnera el derecho a la seguridad social de la personas que pertenecieron al sector que realizaron los aportes con anterioridad a esta ley.

7. Caso concreto

En el presente asunto, el señor Guillermo Casseres Hernández considera vulnerado su derecho fundamental a la seguridad social por la Caja Nacional de Previsión Social –CAJANAL- ahora hoy CAJANAL IECE – BUEN FUTURO patrimonio autónomo, entidad que se negó a reconocerle la indemnización sustitutiva.

La primera verificación que se debe realizar en este caso es aquélla que consiste en determinar si los derechos fundamentales presuntamente vulnerados son susceptibles de protección por medio de la acción de tutela, ya que, como se señaló anteriormente, algunas facetas prestacionales de ciertos derechos fundamentales requieren para ello de desarrollo legal y/o reglamentario, salvo que se concrete el supuesto de hecho de la excepción ya explicada.

Como se expuso, en el caso del derecho a la indemnización sustitutiva, que hace parte del derecho fundamental a la seguridad social, es necesario un desarrollo legal y/o reglamentario que establezca (i) las instituciones encargadas de la prestación del servicio, (ii) las condiciones para acceder a tal prestación y (iii) un sistema que asegure la provisión de fondos, pues la Constitución no determina directamente tales elementos. Este desarrollo se efectuó por la Ley 100 de 1993, lo que hace que el derecho a la indemnización sustitutiva sea susceptible de protección mediante la acción de tutela.

La segunda verificación que se debe llevar a cabo en este caso es la relativa a la procedibilidad de la acción de tutela, pues el artículo 86 de la Constitución prescribe que la acción de tutela sólo procederá cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial idóneo, salvo que se interponga de forma transitoria para evitar un perjuicio irremediable.

En efecto, la jurisprudencia de esta Corporación, ha sostenido que esta acción no procede, en principio, para ordenar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva pues el legislador ha establecido para ello un escenario judicial concreto: la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social. De modo tal que es necesario analizar si, en este caso, se presenta alguna de las excepciones indicadas por el ordenamiento jurídico para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva por medio de acción de tutela.

Esta Sala considera que, en esta oportunidad, el mecanismo ordinario no resulta idóneo y eficaz según los factores valorados por la jurisprudencia constitucional pues el actor sobrepasa el índice de promedio de vida en Colombia (74 años) al contar con 75 años de edad[23] por lo que es posible inferir, tal como lo ha hecho esta Corporación en otras oportunidades, que probablemente ocurra alguna circunstancia funesta que imposibilite al actor el goce del derecho en cuestión para el momento en el que se adopte un fallo definitivo en la jurisdicción ordinaria laboral dada la congestión existente por el alto número de procesos que se discuten en la misma.

Por las razones anteriormente expuestas, la Sala estima que la acción de tutela de la referencia es procedente.

Superadas las cuestiones acerca de la procedibilidad, en adelante la Sala analizará si la Caja Nacional de Previsión Social hoy CAJANAL IECE – BUEN FUTURO patrimonio autónomo vulneró el derecho fundamental a la seguridad social del actor al negarle el reconocimiento de la indemnización sustitutiva.

Tal y como quedó señalado en la parte motiva de esta sentencia, la indemnización sustitutiva es

una alternativa con la que cuenta el afiliado, que cumplió la edad para acceder a la pensión de vejez, pero que, por alguna circunstancia, no tiene las semanas establecidas para este fin y no desea, o no puede seguir realizando los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, que cobija a todas las personas, aún a aquellas personas que hayan cotizado con anterioridad a la vigencia de la Ley, por cuanto las normas que regulan la materia son de (i) orden público; (ii) el literal f del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 2 del Decreto 1730 de 2001 señalan que al momento de reconocer la referida prestación se deberán tener en cuenta la totalidad de semanas cotizadas, incluidas las anteriores a la Ley 100 de 1993; (iii) este derecho es irrenunciable y como consecuencia imprescriptible; (iv) que no reconocerlo propiciaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de la entidad que ha recibido los aportes del afiliado; y que (v) el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, no consagró ningún límite temporal a su aplicación, ni condicionó la misma a circunstancias tales como que la persona haya efectuado las cotizaciones con posterioridad a la fecha en que empezó a regir la Ley 100 de 1993.

En este orden de ideas, la entidad responsable del reconocimiento de la indemnización sustitutiva, en este caso CAJANAL IECE, no puede oponer al actor, el hecho de haber realizado los aportes correspondientes antes de la promulgación de la Ley 100 de 1993, como argumento para rechazar la referida prestación.

En consecuencia, en atención a que se encuentra acreditado que el señor Guillermo Casseres Hernández cotizó a la Caja Nacional de Previsión Social 3425 días, equivalentes a 490 semanas y que, aunado a lo anterior, la indemnización sustitutiva correspondiente fue negada con fundamento en el hecho indicado, la Sala procederá a revocar la decisión de instancia y, en su lugar, concederá amparo judicial al derecho fundamental a la seguridad social del demandante. Por consiguiente, ordenará al representante legal de la entidad demandada llevar a cabo el reconocimiento y pago de la prestación reclamada, como mecanismo de protección de la garantía infringida.

III. DECISION

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla y, en consecuencia, CONCEDER amparo al derecho fundamental a la seguridad social del señor Guillermo Casseres Hernández.

Segundo.- ORDENAR a la Caja Nacional de Previsión Social hoy CAJANAL IECE – BUEN FUTURO patrimonio autónomo, que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas contado a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a reconocer y sufragar el valor correspondiente a la indemnización sustitutiva del ciudadano Guillermo Casseres Hernández, de acuerdo con las semanas de cotización que han sido debidamente acreditadas.

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

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con aclaración de voto

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] 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 N° 102, relativo a la norma mínima de la seguridad social (1952) y Convenio N° 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".

[2] (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;

[3] Sentencia C-623 de 2004

[4] Posición planteada desde la sentencia T-406 de 1992.

[5] Víctor Abramovich, Christian Courtis, Los derechos sociales como derechos exigibles, Editorial Trotta, Madrid, 2002.

[6] 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.

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

[8] Sentencia T-016-07.

[9] Ibidem.

[10] Sentencias T-174-08, T-762-08, T-286-08, T-239-08, T-052-08, T-607-07, T-691A-07, T-652-07, T-307-07, T-376-07, T-284-07, T-529-07, T-149-07, T-935-06, T-229-06, entre otras.

[11] "Esta acción [la de tutela] sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable".

[12] ARTICULO 2o. COMPETENCIA GENERAL. <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de: (...) 4. Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan.

[13] Sentencias T-762-08, T-286-08, T-239-08, T-052-08, T-691A-07, T-376-07, T-284-07, T-529-07, T-149-07, T-229-06, entre otras.

[14] Sentencias T-239-08, T-284-07, T-149-07 y T-229-06.

[15] Sentencia T-762-08, T-376-07, T-607-07, T-652-07, T-529-07, T-935-06 y T-229-06, entre otras.

[16] En sentencia SU-995 de 1999 la Corte señaló que "(...) en esta clase de procesos preferentes

y sumarios, el régimen probatorio está orientado por las facultades excepcionales que confiere el Decreto 2591 de 1991 al juez de amparo, especialmente en los artículos 18, 20, 21 y 22. Además, en la aplicación de las reglas de la sana crítica, debe partir el fallador del principio de la buena fe, constitucionalizado en el artículo 83 de la Carta de 1991." En el mismo sentido, ver las sentencias T-174-08, T-286-08, T-284-07, T-307-07 y T-1088 de 2000, entre otras.

[17] Sentencias T-286-08, T-284-07, T-871 de 1999, T-812 de 2000, entre otras.

[18] Artículo 37 , Ley 100 de 1993: "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".

[19] Corte Constitucional, Sentencia T-746 de 2004.

[20] Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección A, Expediente 4109-04 "(...) en aras de despejar cualquier duda respecto del reconocimiento de un derecho consagrado en la Ley 100 de 1993, a una persona que para la fecha en la cual ésta entró en vigencia no estaba vinculada al servicio público, destaca la Sala que el legislador no exigió como presupuesto del reconocimiento del derecho a la indemnización sustitutiva estar vinculado al servicio, ni excluyó de su aplicación a las personas que estuvieran retiradas del servicio. Si así lo hubiere hecho, tal disposición sería a todas luces inconstitucional, entre otras razones, por ser violatoria del derecho a la igualdad contenido en el artículo 13 de la Carta y desconocer la irrenunciabilidad de los derechos ciertos e indiscutibles (art. 15 C.S. del T.) y de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales – art. 53 ibídem-, así como la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho, la garantía a la seguridad social y la asistencia a las personas de la tercera edad -art. 46-."

[21] Corte Constitucional, Sentencia T 850 de 2008.

[22] Corte Constitucional, Sentencia T-597 de 2009.

[23] Folio 10, Cuaderno 2.

[24] Sentencias T-239-08, T-284-07, T-149-07 y T-229-06.



