

Sentencia T-681/13

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PRESTACIONES SOCIALES-Procedencia excepcional

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

Aun cuando la acción de tutela es subsidiaria o residual, ello no impide su procedencia excepcional para casos en los cuales existen medios ordinarios de defensa judicial, como ocurre cuando se pretende el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. La idoneidad de tales medios debe ser apreciada en concreto, teniendo en cuenta criterios tales como la calidad de la persona, el estado de debilidad manifiesta, la demora del resultado del proceso –que repercuta en la imposibilidad del goce del derecho– y la prevalencia del derecho sustancial. Un criterio adicional que justifica la procedencia del amparo constitucional se encuentra en aquellos casos en que una entidad obra de manera contraria a las reglas expuestas y reiteradas por esta Corporación para, de manera arbitraria, someter a las personas a un desgastante e injustificado proceso judicial, dirigido a obtener el reconocimiento de un derecho.

INDEMNIZACION SUSTITUTIVA Y DEVOLUCION DE SALDOS EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL-Reiteración de jurisprudencia

En cuanto a la indemnización sustitutiva y a la devolución de saldos, es preciso señalar que se trata de prestaciones que surgen cuando las personas han cumplido con la edad para obtener la pensión de vejez, pero no acreditan el cumplimiento del resto de exigencias de las cuales depende el reconocimiento del citado derecho. Es decir, el sistema fue diseñado para afrontar la contingencia de la vejez a través de la pensión y, en caso de que la persona no alcance el requisito de las semanas cotizadas o laboradas, mediante la indemnización aludida o la devolución de saldos.

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

La jurisprudencia también ha señalado que abstenerse de tener en cuenta el tiempo laborado o cotizado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se genera un enriquecimiento sin causa, en aquellos casos en que se hayan realizado aportes a las entidades de previsión social. En efecto,

no sobra insistir que el fin de la cotización es soportar económicamente el amparo de una contingencia que pueda afectar la vida digna del trabajador, como lo es, en este caso, la vejez. Por ello, si se han efectuado cotizaciones y las normas reconocen el derecho a obtener una indemnización en reemplazo de la pensión de vejez, cuando no se han cotizado el número mínimo de semanas exigidas, no pagarla constituiría una modalidad de dicho tipo de enriquecimiento, ya que se habrían otorgado unos recursos para cubrir una eventualidad que, al materializarse, se quedaría sin protección.

DERECHO A LA INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE LA PENSION DE VEJEZ-Se deben tener en cuenta las semanas cotizadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993

En el caso de la indemnización sustitutiva, el acceso a este derecho no depende de si la relación laboral finiquitó antes o después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues su reconocimiento tan sólo surge a favor de una persona cuando habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez, no haya cotizado el mínimo de semanas exigidas y declare su imposibilidad de continuar cotizando. Existen otras razones que sustentan la conclusión atinente a que todas las semanas han de servir para reconocer y pagar la indemnización sustitutiva, así la persona haya dejado de laborar con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993. Desde esta perspectiva, por ejemplo, en la Sentencia T-1088 de 2007, este Tribunal señaló que el artículo 37 de la ley 100/93 (i) no fijó límite temporal alguno en relación con las semanas laboradas o cotizadas, (ii) ni tampoco condicionó el reconocimiento del citado derecho a que dichas cotizaciones o tiempo laborado lo hubiese sido tras la entrada en vigencia de la mencionada ley. Para la Corte, lo anterior implica que el régimen normativo vigente, (iii) se abstuvo de imponer la carga de seguir trabajando hasta completar un mínimo de semanas cotizadas o (iv) de tener que renunciar a la expectativa de tener en cuenta un tiempo cotizado, por el hecho de haber entrado en vigencia la Ley 100 de 1993. Por esta razón, en criterio de esta Corporación, es posible que una persona continúe trabajando y aportando al sistema o que haya dejado de hacerlo antes de tal momento, sin que las semanas que fueron trabajadas o cotizadas se pierdan.

INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE PENSION DE VEJEZ-Responsables del reconocimiento/**INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE PENSION DE VEJEZ-**Entidades encargadas de su reconocimiento, deben tener en cuenta semanas cotizadas con anterioridad a vigencia del Sistema de Seguridad Social en Pensiones

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Marco normativo

PRINCIPIO DE EQUIDAD-Criterio de interpretación de la ley ante la imposibilidad de los sujetos de especial protección constitucional de

cumplir con los requisitos del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones

PRINCIPIO DE EQUIDAD-Elementos que orientan su aplicación

INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE TRABAJADORES PARTICULARES QUE LABORARON CON ANTERIORIDAD A LA LEY 100 DE 1993-Reconocimiento corresponde a empleadores que no hayan transferido aportes al sistema de seguridad social, como obligación que responde a los principios de equidad y pro operario

INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE TRABAJADORES DE ENTIDADES PUBLICAS QUE LABORARON CON ANTERIORIDAD A LA LEY 100 DE 1993-Reconocimiento corresponde a la entidad pública que no haya afiliado al trabajador a entidades de seguridad social

DERECHO A LA INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE PENSION DE VEJEZ Y PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL-Cajanal debe reconocer la indemnización a los afiliados que cotizaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993

Referencia: expedientes T-3.918.123, T-3.919.580, T-3.924.020, T-3.927.410, T-3.928.436 y T-3.928.584

Magistrado Ponente:
LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá DC., veintiséis (26) de septiembre de dos mil trece (2013)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos dictados por las autoridades judiciales mencionadas en el siguiente cuadro:

Número del	Partes	Autoridad judicial de primera	Autoridad judicial de
------------	--------	-------------------------------	-----------------------

expediente		instancia	segunda instancia
T-3.918.123	Herenia Alzate de Gómez contra el Ministerio de Educación Nacional (Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio) y la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas.	Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Manizales	Sala de Decisión Penal de Tutelas de la Corte Suprema de Justicia
T-3.919.580	Alcira Rosa Yeneris Melano contra la Caja Nacional de Previsión Social (CAJANAL) y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP ¹ .	Juzgado 1° Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Sincelejo	No se surtió
T-3.924.020	Blas Niceforo Velásquez Sánchez contra la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y Colpensiones.	Juzgado 26 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cali	Juzgado 2° Penal del Circuito del Valle del Cauca
T-3.927.410	Ana Margoth Clavijo de Vargas contra CAJANAL, Buen Futuro y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional	Juzgado 21 Civil del Circuito de Bogotá	No se surtió

¹ La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP– fue vinculada a la causa mediante auto del 4 de febrero de 2013 (Cuaderno 1, folio 42).

	y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).		
T-3.928.436	Luzmila Molina Turriago contra el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Gobernación del Quindío.	Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia	No se surtió
T-3.928.584	Rosalba Vargas Gamboa contra CAJANAL.	Juzgado 7º Penal del Circuito de conocimiento Bucaramanga	Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga

I. ANTECEDENTES

1.1. Aclaración metodológica

Teniendo en cuenta que la Sala de Selección Número Seis, mediante Auto del 6 de junio de 2013, además de seleccionar los expedientes de la referencia, decidió acumularlos para que fueron fallados en una sola providencia, la presente decisión desarrollará los hechos y argumentos formulados por las partes de manera conjunta. Al final de esta sentencia, en el anexo, pueden consultarse las particularidades de cada una de las causas, desarrolladas de manera separada. Por lo demás, al momento de resolver cada uno de los casos sometidos a revisión, esta Corporación aplicará de manera puntual las consideraciones generales que se exponen en la parte motiva de este fallo.

1.1 Hechos

- (i) En la mayoría de los casos, las partes demandadas son entidades del Estado (CAJANAL, Departamentos de Caldas y Quindío, y la UGPP), sólo en uno de ellos se cuestiona la actuación de un particular, en concreto, de la Federación Nacional de Cafeteros.
- (ii) Todos los peticionarios solicitaron a las entidades demandadas el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva al haber cumplido el requisito de edad para acceder a la pensión de vejez y no haber cotizado el número mínimo de semanas requeridas para tener derecho a dicha prestación.

Solo uno de ellos pidió el reconocimiento y pago del bono pensional o, en su defecto, la devolución de los aportes. Sin embargo, con base en el artículo 14 del Decreto 2591 de 1991, la Sala entiende que se trata de un caso que está revestido de las mismas circunstancias fácticas que los otros, por lo que se

considera que también se discute el mencionado derecho a la indemnización sustitutiva². En efecto, no se trata de una devolución de aportes, debido a que el actor nunca estuvo vinculado al régimen de ahorro individual con solidaridad. Además, no está acreditada ninguna otra actividad laboral distinta a aquella surtida con el empleador.

(iii) En todas las causas, los accionantes son trabajadores que laboraron y se retiraron antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Igualmente se trata de personas cuyas edades oscilan entre los 59 y 73 años. Por lo demás, a pesar de haber laborado varias semanas, ninguno de ellos cumple con el requisito del tiempo de servicio o de cotizaciones necesarias para acceder a la pensión de vejez. Aducen también que se hallan en imposibilidad de ingresar al mercado laboral, pues padecen de quebrantos de salud y la negativa de las demandadas a reconocer y pagar la indemnización sustitutiva afecta su derecho fundamental al mínimo vital.

(iv) Los argumentos de las entidades accionadas para negar las solicitudes de reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva son, en esencia, los siguientes:

- a. La persona nunca estuvo afiliada al Sistema General de Seguridad Social en pensiones de la Ley 100 de 1993, por lo que para el momento en que trabajó y se retiró del servicio no estaba consagrada normativamente dicha prestación.
- b. No se acreditaron semanas cotizadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la referida Ley 100 de 1993, lo que impide aplicar la normatividad concerniente a la indemnización sustitutiva.
- c. El sistema de seguridad social en pensiones sólo cubre prestaciones causadas dentro de su vigencia, como quiera que la persona se retiró antes del 1º de abril de 1994, no le asiste el derecho a reclamar la indemnización sustitutiva.
- d. Las competencias de la entidad no son comparables con una Administradora de Fondo de Pensiones o con una Administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por lo que no es posible reconocer dicha prestación. Incluso, de hacerlo, se podrían generar consecuencias disciplinarias y penales.

² No sobra aclarar que, con fundamento en la citada disposición, la jurisprudencia de la Corte ha admitido que el juez de tutela, de manera oficiosa, tiene competencia para esclarecer las actuaciones u omisiones que amenazan o vulneran los derechos fundamentales, así como para determinar –realmente– qué norma constitucional fue infringida y cuál es la pretensión que se pretende realizar a través del amparo constitucional.

- e. Nunca se efectuaron descuentos al salario para efectos pensionales, razón por la cual no le corresponde al antiguo empleador asumir dicha prestación.
- f. En uno de los casos, se enfatizó que la afiliación al ISS se efectuaba según los lugares donde se venía prestando el servicio por el citado Instituto. Si la persona no fue afiliada, tampoco se efectuaron los descuentos. En el caso bajo análisis, la persona laboró entre 1960 y 1973, en un lugar donde el ISS no prestaba sus servicios, a pesar de que ya, para ese entonces, desde 1967, la empresa había afiliado a sus trabajadores al sistema en otras regiones.

1.2. Argumentos de los demandantes

1.2.1. En criterio de la Corte, se presentan –en esencia– dos argumentos principales para justificar el otorgamiento del amparo, a saber:

1.2.2. En el primero se hallan razonamientos atinentes a la procedencia de la acción de tutela. En este orden de ideas, señalan que en razón a su avanzada edad, les resulta imposible continuar cotizando al sistema o ingresar al mercado laboral para solventar económicamente sus necesidades básicas, por lo que la negativa de las entidades a reconocer y pagar la indemnización sustitutiva les vulnera su derecho fundamental al mínimo vital.

Esta circunstancia, en criterio de los demandantes, los pone en una situación apremiante que convoca la intervención del juez constitucional para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable, sobre todo teniendo en cuenta que la mayoría alega complicaciones de salud, lo que hace que las reglas de procedencia del amparo constitucional deban ser aplicadas con mayor flexibilidad.

1.2.3. En el segundo se encuentran los argumentos jurídicos de fondo. Así sostienen que se presenta un desconocimiento de la normatividad pertinente, pues en las normas aplicables se destaca que todas las semanas laboradas, incluso aquellas cotizadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, han de ser tenidas en cuenta para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales. Adicionalmente, exponen que desde 1946 existía el deber de los empleadores de aprovisionar recursos para pagar la pensión de sus trabajadores y que sólo si cumplían los requisitos para subrogar el riesgo, podían liberarse de dicha obligación y trasladarla al ISS³. Por lo demás, también afirman que en caso de negar el derecho que tienen al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva, se produciría un enriquecimiento sin justa causa en cabeza de las entidades demandadas.

³ Los demandantes citan la Ley 90 de 1946, “por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales”.

1.3. Solicitud de tutela

Con fundamento en los hechos narrados, se solicita el amparo de los derechos al mínimo vital y a la seguridad social. Para estos efectos se formulan las siguientes pretensiones, por una parte, la mayoría de los demandantes piden a las autoridades judiciales que ordenen reconocer y pagar la indemnización sustitutiva a la cual, según ellos, tienen derecho y; por la otra, uno de los accionantes solicitó que se proceda a la devolución de sus aportes. En todo caso, como previamente se dijo, es claro que más allá del carácter textual de esta última pretensión, la solicitud de amparo también está encaminada hacia el mismo objetivo, esto es, el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva en cabeza de trabajadores que laboraron antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

1.4. Contestación de las demandas

1.4.1. Los argumentos expuestos por las entidades demandadas también se agrupan en dos categorías: aquellos empleados para solicitar la improcedencia de la acción de amparo y aquellos otros que fundamentan su oposición a las pretensiones invocadas.

1.4.2. En cuanto a los primeros, se alega que las acciones de tutela son improcedentes, básicamente, por la existencia de otros mecanismos de defensa judicial o por no haber acreditado la ocurrencia de un perjuicio irremediable. También se exponen argumentos relacionados con el desconocimiento del principio de inmediatez, para lo cual se alega que se trata de hechos ocurridos hace varios lustros o que el amparo se interpuso luego de varios años de haberse negado el reconocimiento de la indemnización sustitutiva. Finalmente, CAJANAL alegó la falta de legitimación por pasiva, pues como consecuencia de su liquidación, cualquier discusión sobre el tema se debía tramitar ante la UGPP.

1.4.3. En lo que respecta a los argumentos de fondo, algunas de las entidades plantearon que para el momento en el cual se encontraba vigente el vínculo laboral, los trabajadores no efectuaron cotizaciones, pues nunca estuvieron afiliados a sistema alguno, ya que el régimen normativo vigente en aquel momento tan sólo reconocía la pensión de jubilación cuando se llegase a cumplir el tiempo laborado y la edad exigida. Otras, por el contrario, alegaron que los accionantes trabajaron antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, que fue la que estableció la indemnización sustitutiva. Por esta razón, en su criterio, no es posible aplicar de forma retroactiva el citado régimen y reconocer una prestación que para el momento en el cual los demandantes prestaron sus servicios no existía.

Por lo demás, también se expuso que el artículo 37 de la citada Ley 100 de 1993 establece como requisito un número de *semanas cotizadas* para acceder

a la indemnización sustitutiva, circunstancia que no ocurrió en los casos sometidos a revisión, por lo que no existe fundamento jurídico alguno para que los accionantes accedan al derecho reclamado. De igual manera, se explicó que para poder ser sujeto pasivo de esta obligación, se requiere tener la calidad de administrador de pensiones o ser reconocido como caja de previsión, hecho que tampoco ocurre en los casos sometidos a decisión.

Finalmente, en el expediente que se promueve contra la Federación Nacional de Cafeteros, se sostiene que el demandante laboró en dicha empresa entre el 1° de noviembre de 1960 y el 31 de mayo de 1973, siendo el municipio de Fresno (Tolima) el lugar acordado para la prestación de sus servicios. Por esta razón, a pesar de que la Federación fue llamada a afiliar a sus trabajadores desde 1967, no lo hizo en la zona donde trabajó el actor, por cuanto el ISS no ofrecía allí sus servicios.

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

Todas las autoridades judiciales, independientemente de haber sido jueces de primera o de segunda instancia, decidieron con base en argumentos atinentes a la improcedencia de la acción de amparo, así como a la falta de acreditación de una situación apremiante que convocara la intervención del juez de tutela.

En este contexto, se invocó el desconociendo del principio de inmediatez, pues en la mayoría de los casos el amparo se propuso tiempo después de haberse cumplido el requisito de edad o de haberse solicitado el reconocimiento de la indemnización sustitutiva a la entidad demandada. Por último, en algunos casos, se alegó que no se estaba en presencia de sujetos de especial protección, ya que no pertenecían a la tercera edad y lo que se pretendía era la obtención de una prestación económica.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

3.1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar las decisiones proferidas en las acciones de tutela de la referencia, con fundamento en lo previsto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política. El expediente fue seleccionado por medio de Auto del 6 de junio de 2013 proferido por la Sala de Selección número Seis.

3.2. Problema jurídico y esquema de resolución

3.2.1. A partir de las circunstancias que rodearon el ejercicio de las acciones de tutela de la referencia y de las decisiones adoptadas en las respectivas instancias judiciales, esta Corporación debe determinar, si las entidades demandadas han conculcado los derechos al mínimo vital y a la seguridad social de los accionantes, como consecuencia de su negativa a reconocer y

pagar la indemnización sustitutiva por ellos reclamada, con fundamento en el hecho de que trabajaron y concluyeron su relación laboral con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Para estos efectos, es preciso analizar tres escenarios:

- En el primero, la persona estuvo vinculada con una entidad pública y realizó cotizaciones a una caja de previsión. En este evento, la objeción de las entidades demandadas radica en que la indemnización sustitutiva sólo procede para quienes hayan tenido una vinculación laboral con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.
- En el segundo, la persona estuvo vinculada con una entidad pública, pero no realizó cotizaciones a una caja de previsión. En este caso, además de la anterior objeción, las entidades demandadas apuntaron que la indemnización sustitutiva sólo se contempló a cargo de empresas de la seguridad social, por lo que no se encuentran obligadas a su reconocimiento.
- Finalmente, en el tercero, la persona estuvo vinculada a una entidad privada y no realizó cotizaciones al Sistema de Seguridad Social. De ahí que, además de la primera objeción señalada, que es común a los tres escenarios, se suma que las empresas privadas, en relación con los trabajadores que no se hubiesen vinculado al ISS, no tenían la obligación de hacer cotizaciones o reservas de cotizaciones, ni de subrogar el riesgo al sistema.

3.2.2. Con el fin de resolver el citado problema jurídico y cada uno de los escenarios mencionados, la Sala inicialmente, (i) reiterará la jurisprudencia constitucional en relación con la procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de prestaciones sociales; a continuación, (ii) estudiará el alcance de la indemnización sustitutiva como prestación de la seguridad social, con especial énfasis en las reglas jurisprudenciales que se han elaborado en torno a los beneficiarios, a la posibilidad de reconocerla así la vinculación laboral haya finiquitado antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y a los responsables de dicha prestación; y por último, (iii) hará un pronunciamiento concreto sobre los casos sometidos a revisión.

3.3. De la procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de prestaciones sociales

3.3.1. Según fue establecido por el Constituyente, la acción de tutela es un mecanismo excepcional para la defensa de los derechos fundamentales, en tanto se parte de la base de que en el ordenamiento jurídico se consagran otros instrumentos judiciales para asegurar la protección de los mismos⁴. Por esta

⁴ Respecto a la existencia de mecanismos judiciales ordinarios, en la Sentencia T- 453 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez), donde se estudió un caso en el cual el ISS le adeudaba al accionante varias mesadas

razón, a partir de lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política⁵ y en el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991⁶, esta Corporación ha admitido que la acción de amparo constitucional se torna procesalmente viable, en el evento en que los derechos fundamentales resulten afectados o amenazados y los medios ordinarios de defensa judicial sean: a) inexistentes, b) carezcan de idoneidad para responder a la pretensión invocada o c) sean ineficaces ante la posible configuración de un perjuicio irremediable⁷. Estas reglas de procedencia constituyen el origen de una de las principales características de la acción de tutela, conforme a la cual tiene una naturaleza residual o subsidiaria.

Ahora bien, siguiendo los postulados contemplados en el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, la jurisprudencia de este Tribunal ha sido enfática en señalar que la configuración de las causales excepcionales de procedencia de la acción de tutela ha de estudiarse según las circunstancias particulares en que se encuentra el solicitante⁸.

pensionales afectando su derecho al mínimo vital, se señaló lo siguiente: “Fue así como la Constitución Política dispuso un sistema jurídico al que todas las personas tienen derecho a acceder, con el fin de que, en el mismo, todos los conflictos jurídicos fueren resueltos en derecho en virtud de normas sustanciales y procesales preexistentes, erigiendo diversas jurisdicciones (ordinaria -artículo 234-, contencioso administrativo -artículo 236-, constitucional -artículo 239-) y en cada una de éstas determinando la competencia material, las autoridades y las acciones y procedimientos para su acceso.// De esta forma, el ordenamiento jurídico ofrece normas procesales y sustanciales ejecutadas por autoridades previamente instituidas, para que sean resueltos todos los conflictos que en él sucedan. (...) // Así, la acción de tutela es un mecanismo efectivo para el amparo de los derechos fundamentales cuyo ejercicio ante la existencia de otros medios de defensa judicial, no significa el remplazo de éstos, sino el desarrollo mismo de su finalidad, esto es, que en interés de la salvaguarda de los derechos fundamentales afectados, la acción de tutela procederá de manera excepcional y subsidiaria ante la inexistencia de un medio de defensa judicial o ante la amenaza de configuración de un perjuicio irremediable”.

⁵ “Artículo 86: Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. (...) Esta acción solo 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” (Subrayado por fuera del texto original).

⁶ “Artículo 6°: CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA. La acción de tutela no procederá: // 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante” (Subrayado por fuera del texto original). Sobre este tema se pueden consultar, entre otras, las Sentencias T-705 de 2012, T-310 de 2012 y T-486 de 2010.

⁷ De acuerdo con la Sentencia T-705 de 2012 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), el perjuicio irremediable se caracteriza por “(i) ser inminente, es decir, que se trata de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) porque las medidas que se requirieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.”

⁸ Véase, por ejemplo, la Sentencia T-645 de 2008 (M.P. Jaime Córdoba Triviño). En esta providencia se analizó el caso de una mujer de avanzada edad, que cuidaba de una hija con retardo mental, la cual solicitaba por vía de tutela el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes. La Corte consideró que, en este asunto, la acción constitucional se tornaba procesalmente viable, ya que al tener 74 años de edad, encontrarse enferma y responder por una hija con retraso mental severo y epilepsia, se hallaba en un estado de indefensión que hacía que los medios ordinarios de defensa judicial resultaren inanes. Adicionalmente, antes de morir, según lo dispuesto por el Acuerdo 049 de 1990, el cónyuge había cotizado más de 300 semanas, lo que hacía que se cumpliera con el requisito de período mínimo de cotización.

3.3.2. En este orden de ideas, tratándose del reconocimiento de derechos relacionados con la seguridad social, como lo es la indemnización sustitutiva, la acción de tutela no puede, *prima facie*, ser tenida como un mecanismo para desplazar los medios ordinarios de defensa judicial, salvo que ellos no sean idóneos para satisfacer las pretensiones invocadas por los demandantes o sean ineficaces para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, cuyo examen –como ya se dijo– debe ser apreciado en cada caso concreto, o lo que es lo mismo, “*atendiendo a las circunstancias en que se encuentra el solicitante*”⁹.

3.3.3. En lo que respecta a la idoneidad de los otros medios de defensa judicial, las distintas Salas de Revisión de esta Corporación han justificado la procedencia excepcional de la acción de tutela para obtener el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, a partir de dos líneas argumentativas que no se excluyen ni se contraponen entre sí y que emplean las reglas generales de procedencia de la acción, incluso con alguna referencia a aspectos de fondo en los casos objeto de estudio¹⁰.

3.3.3.1. En la primera se ha analizado la viabilidad procesal de la acción de amparo frente a actos administrativos que niegan el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva. Así, por ejemplo, en la Sentencia T-385 de 2012, esta Corporación abordó el asunto a partir del examen de la vulneración del derecho fundamental al debido proceso administrativo, consagrado en el artículo 29 de la Constitución.

Para la Corte, en los casos en que se niega el reconocimiento de un derecho que emana del régimen de seguridad social con violación del citado derecho al debido proceso administrativo, resulta procedente la acción de amparo constitucional como mecanismo definitivo (si se presenta un problema de idoneidad para el caso concreto) o al menos como mecanismo transitorio (por el acaecimiento de un perjuicio irremediable), (i) cuando a través de un acto administrativo se reconoce la existencia de un derecho, pero se niega su otorgamiento por razones de trámite; o (ii) cuando en un acto administrativo se omite la aplicación normas que corresponden al caso concreto o su uso e interpretación se realizan de forma menos favorable para el trabajador. En todo caso, es procedente la acción, como mecanismo definitivo, (iii) cuando se demanda la salvaguarda del principio de primacía del derecho sustancial sobre lo procesal, ante una flagrante trasgresión de los derechos fundamentales.

En este sentido, en la aludida sentencia T-385 de 2012, este Tribunal se pronunció sobre la solicitud de reconocimiento de una indemnización sustitutiva promovida por una persona que había trabajado en la Registraduría Nacional del Estado Civil, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. En su momento, CAJANAL se negó a otorgar el citado derecho,

⁹ Numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991.

¹⁰ Véase, entre otras, las Sentencias T-385 de 2012, T-784 de 2010, T-849A de 2009, T-286 de 2008, T-1088 de 2007 y T-972 de 2006.

con el argumento de que dicha prestación sólo aplicaba para aquellas relaciones laborales vigentes para el momento en el cual entró a regir la mencionada ley.

Esta Corporación determinó que a pesar de existir otros medios judiciales que no habían sido empleados por el actor, el análisis de fondo era viable, con carácter definitivo, pues se estaba en presencia de un caso en el que existía una flagrante violación del principio de primacía del derecho sustancial (por desconocimiento de la jurisprudencia reiterada de la Corte sobre la materia), aunado al hecho de que el actor era un sujeto de especial protección por tener 84 años de edad. A continuación, este Tribunal otorgó el amparo solicitado al encontrar que se desconocía lo establecido en la Ley 100 de 1993, pues no es posible negar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva frente a semanas laboradas con anterioridad a la entrada en vigencia de la citada ley.

Finalmente, en esta providencia también se señaló que el desconocimiento del derecho a la indemnización sustitutiva constituye un daño continuado, en lo que respecta a la afectación del derecho al mínimo vital, razón por la cual el principio de inmediatez no resulta aplicable, entre otras, (i) cuando el peticionario es un sujeto de avanzada edad, (ii) cuando se encuentra en un estado de debilidad manifiesta por el deterioro ostensible de su derecho a la salud; (iii) cuando la decisión de tutela no afecta derechos de terceros o la seguridad jurídica y, finalmente, (iv) cuando la conducta del interesado frente al reconocimiento de su derecho no ha sido negligente.

3.3.3.2. En la segunda vertiente se ha enfatizado en la condición de sujetos de especial protección constitucional. Precisamente, en las Sentencias T-286 de 2008 y T-1088 de 2007 se utilizó tal calidad para analizar de manera menos rigurosa los requisitos de procedibilidad de la acción, específicamente en casos en que los interesados dejaron de utilizar los otros medios de defensa judicial, invocaron la carencia de recursos económicos para sufragar sus necesidades básicas y alegaron la imposibilidad para reingresar al mercado laboral debido a su avanzada de edad¹¹.

¹¹ En la Sentencia T-286 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinoza), la Corte revisó un caso en el cual una persona de 77 años de edad, quien trabajó para el Ministerio de Transporte 2169 días antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, demandó a CAJANAL por cuanto dicha entidad resolvió denegar la indemnización sustitutiva con base en el argumento –insistentemente controvertido por esta Corporación– atinente a que la prestación sólo cobijaba las relaciones laborales vigentes cuando esa normatividad entró a regir. Al momento de analizar la viabilidad procesal de la acción de tutela, la Sala indicó que se debían aplicar con menor rigurosidad las reglas de procedencia la citada acción, por cuanto el amparo era promovido por un sujeto de especial protección. Al pronunciarse sobre el asunto de fondo, esta Corporación reiteró su jurisprudencia, conforme a la cual las semanas laboradas o cotizadas con anterioridad a la entrada vigencia de la citada ley, también tienen que ser tenidas en cuenta para efectos de reconocer dicha prestación.

Por su parte, en la Sentencia T-1088 de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), este Tribunal analizó un caso en el cual el ISS sólo tenía en cuenta aquellas semanas cotizadas por el demandante y no todas aquellas efectivamente laboradas para reconocer la pensión de vejez. Igualmente se negaba a otorgar la indemnización sustitutiva con el argumento de que dicho derecho había prescrito. Para efectos de determinar la procedencia del amparo, la Corte indicó que se trataba de una persona de la tercera edad (79 años), en un lamentable estado de salud (padecía afectaciones cardíacas), por lo que se convertía en un sujeto de especial protección, frente al cual debían ser analizados de manera menos rigurosa los requisitos de procedencia de la acción. A continuación, indicó que todas las semanas, incluso aquellas laboradas con anterioridad a la entrada en

En ambos casos, a pesar de que los demandantes no habían acudido a los medios ordinarios de defensa judicial, la Corte consideró que los mismos no resultaban idóneos, básicamente por el tiempo que demandaban para resolver las controversias planteadas, teniendo en cuenta las condiciones particulares de los accionantes, en especial, lo avanzado de su edad.

Obsérvese como, en lo que respecta a la procedencia de la acción de tutela como mecanismo de amparo definitivo, el punto relevante que surge de las citadas providencias, se encuentra en el análisis de la aptitud del otro medio de defensa judicial para generar efectos en un corto tiempo. En dichos casos, como ya se dijo, se tuvo en cuenta la demora del proceso ordinario frente a las contingencias de edad de los accionantes, lo que no excluye su réplica frente a otras posibilidades, como ocurre, por ejemplo, con **la necesidad** de evitar que una persona acuda a los estrados judiciales y espere hasta el final de un proceso, cuando la jurisprudencia de esta Corporación, desde la óptica constitucional, ya ha otorgado de manera reiterada un derecho y ha insistido en la improcedencia de los argumentos y razones expuestas para negar su reconocimiento.

3.3.4. Como se infiere de lo expuesto, en lo que a la idoneidad de los mecanismos judiciales se refiere, cuando se alega la procedencia excepcional de la acción de tutela para reconocer el derecho a la indemnización sustitutiva, es claro que la demostración de esa circunstancia depende de múltiples situaciones circunscritas a las complejidades de cada caso en concreto. Así, en primer lugar, se encuentran ejemplos vinculados con la calidad de la persona, es decir, si se trata de un sujeto de especial protección. En segundo lugar, se resaltan las hipótesis relacionadas con la afectación al mínimo vital, ya sea porque se busca proteger las condiciones básicas de subsistencia de las personas o cuando el amparo se promueve ante el padecimiento de enfermedades que generan un estado de debilidad manifiesta. En tercer lugar, se ha utilizado un criterio de proporcionalidad concerniente a la carga de someter a una persona a un proceso judicial, entre otras razones, por la tardanza que suelen presentar frente a la necesidad de resolver la situación y de dar una respuesta oportuna y eficiente al requerimiento ciudadano. A esto se le suma, la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas, pues, finalmente, conforme con la Constitución, las autoridades públicas *“están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades”*, dentro de los cuales se hallan los derechos al mínimo vital y la seguridad social.

Todos estos ejemplos conducen a la necesidad de brindar protección por vía de tutela a los derechos de las personas en casos en los que, por las

vigencia de la Ley 100 de 1993 debían ser tenidas en cuenta para reconocer la indemnización sustitutiva y reiteró que dicho derecho no prescribe. En este orden de ideas, ordenó al ISS reconocer dicha prestación con base en todas las semanas acreditadas, independientemente de que hubieran sido o no cotizadas al sistema.

circunstancias en las que se hallan, tal objetivo no se pueda obtener por las vías judiciales ordinarias. Se trata de una lógica que parte de la base de reconocer la flexibilización de las reglas de viabilidad procesal del amparo, ligada con la materialización de los derechos constitucionales. Lo anterior no significa que obligatoriamente la tutela ha de ser concedida, ya que en esta primera etapa del análisis lo que se consagra a cargo de los jueces es el deber de estudiar de fondo los casos sometidos a su decisión para evitar que, por cuestiones estrictamente procesales, los derechos no sean satisfechos, como se deriva de la estructura normativa de esta acción prevista en la Constitución del 91 y en las demás normas que la desarrollan.

3.3.5. En este sentido, como lo ha señalado esta Corporación, los procesos judiciales deben ser entendidos como medios para materializar los derechos y resolver controversias jurídicas, sin que puedan convertirse en un instrumento para dilatar injustificadamente ante los estrados judiciales el reconocimiento de los derechos que les asisten a las personas.

Por esta razón, esta Sala considera que no resulta legítimo reiterar argumentos insistentemente refutados y descartados por esta Corporación para denegar el reconocimiento de derechos, sin aportar nuevos elementos de análisis, máxime cuando dicha actuación desconoce aspectos ligados al mínimo vital de las personas. No admite duda que resulta desproporcionado y contrario al principio de eficiencia que rige la administración de justicia, someter a un ciudadano o a cualquier persona al deber de adelantar un proceso judicial para controvertir, nuevamente, argumentos que ya han sido rechazados a la luz de la Constitución.

En estos casos, *la necesidad* del proceso ordinario riñe con el deber de materializar los derechos como fin esencial del Estado (CP art. 2). Por ello, la idoneidad del otro medio de defensa judicial para descartar la procedencia de la acción de tutela, en casos como el expuesto, debe ser examinada no sólo a partir del criterio de proporcionalidad sino también en relación con el principio de prevalencia del derecho sustancial.

3.3.6. En este contexto, cabe indicar que la Corte ya se ha pronunciado en innumerables oportunidades frente al mismo problema jurídico planteado por las entidades públicas demandadas, en las que se ha puesto de presente el mismo tipo de argumentos y han sido resueltas por esta Corporación de la misma manera. Ejemplo de ello son las Sentencias T-972 de 2006, T-1088 de 2007, T-286 de 2008, T-849A de 2009, T-784 de 2010 y T-385 de 2012.

En dichas sentencias, además de conceder el amparo, este Tribunal fijó varios parámetros que vinculan a las entidades demandadas, en lo que se refiere al contenido y alcance de la indemnización sustitutiva frente a la realización de derechos fundamentales como el mínimo vital. La obligatoriedad de dichos parámetros surge no sólo de la necesidad de salvaguardar la integridad de la

Constitución, sino también del régimen normativo que regula la acción de tutela. Precisamente, el artículo 24 del Decreto 2591 de 1991 establece que el amparo tiene un fin preventivo por el cual se busca que las autoridades dejen de incurrir nuevamente *“en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela”*. En relación con lo anterior, el mentado artículo contempla igualmente que: *“El juez también prevendrá a la autoridad en los demás casos en que lo considere adecuado para evitar la repetición de la misma acción u omisión”*, de lo que se desprende que incluso a través de esta función se busca precaver que el proceso judicial deje de fungir como un medio para resolver controversias jurídicas y proteger derechos, y se convierta en un mecanismo inerte, donde prime la inconsciencia burocrática, en contra de los mandatos de la Constitución y, en especial, de la protección que demandan los derechos fundamentales.

3.3.7. En conclusión, aun cuando la acción de tutela es subsidiaria o residual, ello no impide su procedencia excepcional para casos en los cuales existen medios ordinarios de defensa judicial, como ocurre cuando se pretende el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. La idoneidad de tales medios debe ser apreciada en concreto, teniendo en cuenta criterios tales como la calidad de la persona, el estado de debilidad manifiesta, la demora del resultado del proceso –que repercuta en la imposibilidad del goce del derecho– y la prevalencia del derecho sustancial. Un criterio adicional que justifica la procedencia del amparo constitucional se encuentra en aquellos casos en que una entidad obra de manera contraria a las reglas expuestas y reiteradas por esta Corporación para, de manera arbitraria, someter a las personas a un desgastante e injustificado proceso judicial, dirigido a obtener el reconocimiento de un derecho.

3.4. La indemnización sustitutiva: una prestación de la seguridad social

3.4.1. De las generalidades de la indemnización sustitutiva

3.4.1.1. En su jurisprudencia, esta Corporación ha indicado que la seguridad social presenta una dualidad que ha de tenerse en cuenta al momento de hacer su análisis dentro de las dinámicas propias del Estado Social de Derecho¹². Así, conforme con el artículo 48 de la Constitución Política, la seguridad social ha sido concebida como un servicio público de carácter obligatorio y como un derecho irrenunciable que cubre a todos los habitantes del país¹³.

Como servicio público, además de regirse por los principios de eficiencia, solidaridad, integralidad y universalidad, la seguridad social se torna en una

¹² Véase, entre otras, las Sentencias T-849A de 2009, T-1088 de 2007 y T-972 de 2006.

¹³ Los incisos 1º y 2º del citado artículo establecen que: *“La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. // Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social”*.

manifestación inherente a las finalidades sociales del Estado¹⁴, descritas en el artículo 2º de la Carta, en cuanto apunta a la garantía efectiva de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, dentro de un marco normativo fundado en el respeto de la dignidad humana¹⁵.

Como derecho, la seguridad social se halla vinculada con la garantía de protección frente a determinadas contingencias que pueden afectar la vida de las personas. De ahí que su realización se enfoque en la satisfacción de derechos fundamentales como el mínimo vital, lo que le otorga el carácter de derecho irrenunciable¹⁶.

3.4.1.2. En desarrollo de tales postulados fue proferida la Ley 100 de 1993, que creó el Sistema de Seguridad Social Integral (SSSI), el cual, conforme con el artículo 1º, tiene *“por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan”*.

Más allá de que el SSSI responde a un todo regido por los mismos principios, su examen puede disgregarse en sus distintos componentes. Precisamente, en lo que se refiere al asunto *sub-judice*, esta Corporación se pronunciará de forma exclusiva sobre el régimen general de pensiones y, en especial, frente a una de sus prestaciones: la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Para tal efecto, resulta relevante el principio de integralidad, conforme al cual el sistema de seguridad social debe brindar una *“cobertura [frente a] todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población (...)”*¹⁷.

3.4.1.3. Así las cosas, según el artículo 10 de la Ley 100 de 1993, el objetivo del citado subsistema (esto es, el de pensiones) es proteger a la población frente a las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez o la muerte¹⁸. Para tal efecto, se prevé el reconocimiento de prestaciones específicas, entre las cuales se encuentran la indemnización sustitutiva y la devolución de saldos. Esto significa que, al amparo del principio de integralidad, además de la pensión, existen otras prestaciones buscan responder a la contingencia de la vejez.

¹⁴ C.P., art. 365,

¹⁵ C.P., preámbulo.

¹⁶ El artículo 3º de la Ley 100 de 1993 establece que *“El Estado garantiza a todos los habitantes del territorio nacional, el derecho irrenunciable a la seguridad social (...)”*.

¹⁷ Ley 100 de 1993, art. 2.

¹⁸ El texto del citado artículo es el siguiente: *“El Sistema General de Pensiones tiene por objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones”*.

Este subsistema se encuentra conformado por dos regímenes solidarios, excluyentes entre sí, como son el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Ambos regímenes presentan características comunes que se consagran en el artículo 13 de la aludida Ley 100 de 1993. Para efectos de esta sentencia, es pertinente resaltar dos de dichas características: En primer lugar, la consagrada en el literal f), en la que se dispone que: *“para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de [la ley 100], al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidor público (...)”*; y, en segundo lugar, la establecida en el literal p), modificada por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, por virtud de la cual: *“los afiliados que al cumplir la edad de pensión no reúnan los demás requisitos para tal efecto, tendrán derecho a una devolución de saldos o indemnización sustitutiva de acuerdo con el régimen al cual estén afiliados (...)”*.

El hecho de que el legislador haya establecido, expresamente, que se tendrán en cuenta las semanas laboradas como servidor público o las cotizaciones efectuadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, permite entender que el reconocimiento de estas prestaciones funciona bajo la lógica de un sistema programático, en el que tiene especial preponderancia los principios de integralidad y universalidad. Obsérvese como, de no haberse previsto una fórmula para cubrir lo ocurrido con anterioridad, la mayoría de los trabajadores habrían visto truncado su derecho pensional, pues el cambio normativo habría llevado a la pérdida del tiempo efectivamente trabajado.

3.4.1.4. En cuanto a la indemnización sustitutiva y a la devolución de saldos, es preciso señalar que se trata de prestaciones que surgen cuando las personas han cumplido con la edad para obtener la pensión de vejez, pero no acreditan el cumplimiento del resto de exigencias de las cuales depende el reconocimiento del citado derecho. Es decir, el sistema fue diseñado para afrontar la contingencia de la vejez a través de la pensión y, en caso de que la persona no alcance el requisito de las semanas cotizadas o laboradas, mediante la indemnización aludida o la devolución de saldos.

Así, en lo que respecta a la indemnización sustitutiva, que hace parte del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, prevé su otorgamiento para 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 [haciéndolo]”*. Por su parte, la devolución de saldos, como prestación del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se regula en el artículo 66 de la aludida ley, en los siguientes términos: *“Quienes a las edades previstas en el artículo anterior [62 años si es hombre y 57 si es mujer] 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 éste hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho”.

De manera que, tanto la indemnización sustitutiva como la devolución de saldos, son prestaciones supletorias del derecho a la pensión, que existen como desarrollo del principio de integralidad. Así, en la Sentencia T-972 de 2006 se dijo que: *“la indemnización sustitutiva, en el régimen de prima media con prestación definida, como derecho suplementario dentro del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, ha sido definido como el derecho que le asiste a las personas que no logran acreditar los requisitos para obtener el reconocimiento de una pensión de invalidez, de vejez y de sobrevivientes, para reclamar –en sustitución de dicha pensión– una indemnización equivalente a las sumas cotizadas debidamente actualizadas”*¹⁹.

3.4.2. De la posibilidad de reconocer la indemnización sustitutiva, así la vinculación laboral haya finiquitado antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993

3.4.2.1. En virtud de los principios de eficiencia y continuidad, y a partir de una lectura armónica y sistemática del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 junto con los Decretos 1730 de 2001²⁰ y 4640 de 2005²¹, esta Corporación ha expuesto que, para efectos de reconocer y pagar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, se han de tener en cuenta las semanas laboradas o cotizadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la mencionada ley.

Desde esta perspectiva, la Corte ha considerado que, como la citada prestación es un derecho supletorio de la pensión de vejez, la dinámica existente para acceder a ambos derechos, supone tener en cuenta las semanas anteriores a la entrada en vigor de la aludida ley, como regla que se aplica tanto para la prestación principal como para aquella que surge en su reemplazo²². Esta decisión se justifica en el literal f) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual contempla que: *“Para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de semanas cotizadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley (...) o el tiempo de servicio como servidores públicos (...)”*.

¹⁹ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²⁰ El último inciso del artículo 2º del citado Decreto 1730 de 2001, señala que: *“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”*.

²¹ *“Por medio del cual se modifica el artículo 1º del Decreto 1730 de 2001.”*

²² Sobre el tema se puede consultar la Sentencia T-385 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

3.4.2.2. Sin embargo, en la práctica, es posible distinguir dos escenarios distintos relacionados con las semanas que se han de tener en cuenta para reconocer y pagar la indemnización sustitutiva. El primero, en el que una persona cotizó antes y después de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993. Y, el segundo, en el que el vínculo laboral terminó antes de su vigencia y, por ello, la persona no realizó ninguna cotización adicional al sistema.

El primer caso no plantea dificultad alguna, pues expresamente el citado literal f) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, señala que se deben tener en cuenta las semanas anteriores. El segundo, por su parte, ha sido resuelto por la Corte en el mismo sentido, en especial, a partir del efecto general e inmediato de las normas que regulan el derecho a la seguridad social, que, como se sabe, ha sido reconocido con una vocación general y universal, lo que supone que las prestaciones que se reconocen a su cargo, tan sólo se causan en el momento en que se tornan efectivas la contingencias objeto de amparo y al tenor del régimen normativo en ese momento vigente, sin importar si las mismas estaban o no previstas cuando la persona ingresó al sistema.

Así las cosas, en el caso de la indemnización sustitutiva, el acceso a este derecho no depende de si la relación laboral finiquitó antes o después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues su reconocimiento tan sólo surge a favor de una persona cuando habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez, no haya cotizado el mínimo de semanas exigidas y declare su imposibilidad de continuar cotizando, como expresamente lo dispone el artículo 37 de la citada ley²³. En este sentido, en la Sentencia T-386 de 2009, al invocar el carácter de orden público de las normas de la seguridad social y, por ende, su efecto general e inmediato, se expuso que:

“[La] Corte ha reconocido [que] el derecho a la indemnización sustitutiva también tiene aplicación en relación con aquellas personas que cotizaron bajo la vigencia de la normatividad anterior a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 y cuya situación jurídica no se consolidó en aplicación de normas precedentes. Para la Corte, (...) 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 señaló, las normas establecidas en la Ley 100 de 1993 son de orden público, lo que implica que ellas son de inmediato y

²³ Precisamente, la norma en cita dispone que: “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”.

obligatorio cumplimiento y, por tanto, afectan situaciones no consolidadas que se encuentren en curso.”²⁴

3.4.2.3. Con todo, existen otras razones que sustentan la conclusión atinente a que todas las semanas han de servir para reconocer y pagar la indemnización sustitutiva, así la persona haya dejado de laborar con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993. Desde esta perspectiva, por ejemplo, en la Sentencia T-1088 de 2007²⁵, este Tribunal señaló que el citado artículo 37 de la ley en mención (i) no fijó límite temporal alguno en relación con las semanas laboradas o cotizadas, (ii) ni tampoco condicionó el reconocimiento del citado derecho a que dichas cotizaciones o tiempo laborado lo hubiese sido tras la entrada en vigencia de la mencionada ley. Para la Corte, lo anterior implica que el régimen normativo vigente, (iii) se abstuvo de imponer la carga de seguir trabajando hasta completar un mínimo de semanas cotizadas o (iv) de tener que renunciar a la expectativa de tener en cuenta un tiempo cotizado, por el hecho de haber entrado en vigencia la Ley 100 de 1993. Por esta razón, en criterio de esta Corporación, es posible que una persona continúe trabajando y aportando al sistema o que haya dejado de hacerlo antes de tal momento, sin que las semanas que fueron trabajadas o cotizadas se pierdan²⁶.

Por lo demás, la jurisprudencia también ha señalado que abstenerse de tener en cuenta el tiempo laborado o cotizado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se genera un enriquecimiento sin causa, en aquellos casos en que se hayan realizado aportes a las entidades de previsión social. En efecto, no sobra insistir que el fin de la cotización es soportar económicamente el amparo de una contingencia que pueda afectar la vida digna del trabajador, como lo es, en este caso, la vejez. Por ello, si se han efectuado cotizaciones y las normas reconocen el derecho a obtener una indemnización en reemplazo de la pensión de vejez, cuando no se han cotizado el número mínimo de semanas exigidas, no pagarla constituiría una modalidad de dicho tipo de enriquecimiento, ya que se habrían otorgado unos recursos para cubrir una eventualidad que, al materializarse, se quedaría sin protección. Esta regla igualmente aplica para aquellos casos en que los empleadores, teniendo la obligación de aportar al sistema, se abstienen de trasladar el riesgo. Precisamente, sobre este punto, el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 dispone que: *“El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio (...)”*. Desde esta perspectiva, en la Sentencia T-850 de 2008 se manifestó que:

²⁴ M.P. María Victoria Calle Correa. Al respecto también se puede consultar la Sentencia T-578A de 2010, en la que se realiza un resumen de varias providencias en el mismo sentido.

²⁵ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²⁶ Al respecto, expresamente se señaló que: *“el artículo 37 de la citada Ley, el cual -tal y como se señaló- 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 hubiera efectuado las cotizaciones con posterioridad a la fecha en que empezó a regir la Ley 100 de 1993 o que aquél que pretenda acceder a ella hubiere cumplido la edad para pensionarse bajo el imperio de la nueva normatividad(...)”*.

“El derecho a reclamar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez se encuentra en cabeza de aquellas personas que, independientemente de haber estado afiliadas al Sistema Integral de Seguridad Social en el momento de entrada en vigencia la Ley 100 de 1993, pero que habiendo cumplido con la edad para reclamar la pensión, no cuenten con el número de semanas cotizadas para acceder a dicha prestación. **Además las entidades de previsión social a las que en algún momento cotizó el accionante, deben reconocer y pagar la indemnización so pena de que se incurra en un enriquecimiento sin causa**”²⁷.

3.4.2.4. El conjunto de razones previamente expuestas fueron resumidas por la Corte en la Sentencia T-386 de 2012, en los siguientes términos: “(...) *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*”²⁸.

3.4.2.5. En conclusión, independientemente de si la persona se encontraba o no afiliada al sistema de seguridad social después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, es claro que las semanas cotizadas o laboradas con anterioridad a dicha fecha, han de tenerse en cuenta para el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva. Máxime cuando el citado derecho prestacional tan sólo se consolida en cabeza de una persona, al momento en que se torna efectiva la contingencia objeto de amparo.

3.4.3 Responsables del cubrimiento de la prestación

3.4.3.1. Ahora bien, en el marco del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, es claro que son diferentes los entes obligados a reconocer la indemnización sustitutiva, a partir de factores como (i) la condición del empleador, (ii) la naturaleza jurídica de las entidades que asumieron los riesgos que surgen como consecuencia de la vejez y (iii) el momento en que cesó la relación laboral.

Así, por ejemplo, por regla general, (i) su reconocimiento le corresponde a la administradora del régimen de prima media a la que se encuentra vinculado el

²⁷ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Subrayado y sombreado por fuera del texto original.

²⁸ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

trabajador, incluso frente el tiempo laborado o cotizado con anterioridad a la Ley 100 de 1993²⁹. Sin embargo, (ii) en tratándose de servidores públicos que laboraron antes de la entrada en vigencia de la aludida ley, cuyo riesgo no haya sido trasladado a una entidad de previsión social, su otorgamiento le corresponde a la última entidad o empresa pública que haya fungido como empleadora, tal y como se deriva de lo previsto en el literal b) del artículo 33 de la ley en cita, conforme al cual: *“Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta: (...) b) el tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos de servicio en regímenes exceptuados”*.

En efecto, el sistema fue delineado por el legislador con el fin de proteger al trabajador, por lo que en tratándose de la contingencia relativa a la vejez, ello supuso la guarda de los recursos necesarios para el reconocimiento de las prestaciones en el momento en el que ellas se generaran. En este contexto, es posible encontrar disposiciones como el artículo 22 de ley en comento, según el cual, *“el empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador”*. Resta por señalar que, conforme con lo anterior, si la persona tenía que ser afiliada al sistema y no lo fue o aún no estaba en vigencia la Ley 100 de 1993, entonces el responsable de los recursos para el reconocimiento y pago de la prestación era la entidad a la que se encontraba vinculado el servidor público. De allí se concluye que, de no haberse subrogado el riesgo, entonces la entidad pública también tendría que reconocer y pagar la prestación supletoria que reemplaza a la pensión de vejez³⁰.

La anterior hipótesis ha sido tratada por esta Corporación. En efecto, en la Sentencia T-849A de 2009, reiterando la jurisprudencia de esta Corte, se enfatizó que: *“(...) el derecho a reclamar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez está en cabeza de todos los habitantes del territorio nacional que, habiendo cumplido con la edad de pensión, no cuentan con el número de semanas de cotización exigidas para acceder a esa prestación, independientemente de haber estado afiliadas o no al Sistema Integral de Seguridad Social en el momento en que entró en vigencia la Ley 100 de*

²⁹ Sentencia T-750 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

³⁰ Sobre este punto, en la Sentencia T-149 de 2012 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez), se expuso que: *“Desde la expedición de la ley 6ª de 1945, se determinó que era obligación del patrono responder por las prestaciones sociales para con sus empleados, mientras se creaba el sistema de seguridad social correspondiente para el caso. Para la fecha en la cual el accionante trabajó con el municipio, las entidades territoriales tenían la autonomía para determinar la forma en la cual respondían por las prestaciones sociales de la cual los empleados eran acreedores de acuerdo con la legislación nacional. De forma que el que no se hubieran hecho las contingencias necesarias para responder por estas obligaciones en un futuro no significa que el municipio pueda desconocer la obligación que se tiene con los derechos adquiridos del trabajador. Adicionalmente, es claro que en virtud del Decreto 1848 de 1969, en los casos en los cuales el empleado oficial no estuviere afiliado a ninguna entidad de previsión social, el reconocimiento de la prestación corre por cuenta de la última entidad o empresa social empleadora”*. No sobra recordar que el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 también dispone que: *“El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador”*.

1993” (énfasis del original)³¹. Con fundamento en ello, se ordenó a dos entidades diferentes a las administradoras de fondos o al ISS, el reconocimiento y pago de la citada prestación. En este orden de ideas, en la citada sentencia se dispuso que: “**ORDENAR** al Departamento de Antioquia (...) [que] expida un nuevo acto en el que reconozca y pague la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez (...) [y] **ORDENAR** a la Gobernación del Tolima, Secretaría Administrativa, Dirección del Fondo Territorial de Pensiones o a la entidad que haga sus veces, por intermedio del Gobernador o el respectivo representante, que (...) expida un nuevo acto en el que reconozca y pague la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez (...)”.

A lo anterior se suma (iii) el caso de los trabajadores particulares cuyos empleadores, estando vigente la Ley 100 de 1993, omitieron su deber de aportar al sistema. En estos casos, literal d) del parágrafo del artículo 33 de la Ley 100 dispone que dicho tiempo se tendrá en cuenta para reconocer el derecho a la pensión, o en su lugar, la indemnización sustituida, cuyo reconocimiento estará a cargo del empleador³², a menos que la suma correspondiente a los cotizaciones se traslade a una entidad administradora del régimen de prima media, conforme a lo dispuesto en la ley.

Desde esta perspectiva, se concluye que el obligado a reconocer y pagar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez depende de cada caso en concreto, en especial, a partir de factores como la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y el hecho de haber efectuado o no las cotizaciones al sistema. A continuación se examinará una de esas hipótesis específicas, referente a la indemnización sustitutiva frente a trabajadores particulares.

3.4.4. De la indemnización sustitutiva frente a trabajadores particulares que laboraron antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y cuyo vínculo contractual finiquitó con anterioridad a dicho momento

Debido a la especificidad de uno de los casos objeto de estudio, se procederá a examinar –como ya se dijo– qué pasa con los trabajadores particulares que laboraron antes de la entrada en vigencia de la aludida ley y cuyo vínculo contractual finiquitó con anterioridad a dicho momento, en especial cuando

³¹ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En el caso sometido a decisión, los accionantes habían trabajado para entidades públicas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y les habían negado las prestaciones correspondientes a la seguridad social bajo dos argumentos. El primero de ellos atinente a que el vínculo contractual había finiquitado con anterioridad a entrada en vigencia de la citada ley; y, el segundo, relativo a que sólo las entidades que tuviesen la naturaleza de caja de previsión tenían la obligación de reconocer y pagar la indemnización sustitutiva. En las consideraciones generales, la Corte analizó si la negativa de reconocer y pagar la citada prestación vulneraba los derechos a la seguridad social y al mínimo vital de los accionantes, luego de lo cual concluyó que, en efecto, había una trasgresión, pues no era de recibo que se dejaran de tener en cuenta las semanas laboradas con anterioridad a la vigencia de la ley 100 y que se invocara una condición especial para tener a su cargo el cumplimiento de la mencionada obligación.

³² En Sentencia T-075 de 1998 se manifestó que: “En efecto, ya la jurisprudencia de esta Corte ha expresado que, cuando por negligencia del patrono en el pago de las cotizaciones que inciden en la pensión de jubilación, la entidad de seguridad social correspondiente no la cancela, aquél está obligado a asumirla, ya que el trabajador no debe correr con las consecuencias de la indolencia patronal (...)”. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

tales trabajadores brindaban sus servicios para determinados empleadores que habían sido llamados a subrogar el riesgo al seguro social.

3.4.4.1. Para abordar esta cuestión, es necesario que la Sala se pronuncie someramente sobre algunas normas que regularon las materias atinentes a la seguridad social, antes de la Ley 100 de 1993.

Inicialmente la Ley 6ª de 1945 contempló prestaciones patronales para el cubrimiento de contingencias en las relaciones de trabajo, entre las cuales se hallaban las indemnizaciones por accidentes de trabajo y las indemnizaciones por enfermedades profesionales, al igual que una pensión vitalicia de vejez³³. Dichas obligaciones estarían a cargo del empleador, “(...) *mientras se organiza[ba] el seguro social obligatorio*”³⁴. La idea del legislador era de la crear un sistema general de aseguramiento que librara al empresario de la carga prestacional, sin dejar, en el entretanto, desprotegido al trabajador.

Sin embargo, dichas obligaciones no le fueron impuestas por igual a todos los empleadores, pues, en ciertos casos, de manera expresa, el artículo 13 excluyó o condicionó el cubrimiento de ciertas prestaciones patronales³⁵. Para efectos de esta sentencia, es relevante enfatizar en uno de dichos condicionamientos referente al patrimonio de la empresa. Al respecto, en el numeral 3º del citado artículo, se expuso que no se aplicarían las coberturas consagradas en la ley (en especial, las indemnizaciones por accidentes de trabajo, el auxilio por enfermedad no profesional, las indemnizaciones por enfermedades profesionales, el auxilio por gastos de entierro, el auxilio de cesantías, etc.), para “*la empresa cuyo capital no exceda de ciento veinticinco mil pesos (\$125.000). [No obstante] el decreto reglamentario determinará las diversas categorías en que puedan ser clasificadas tales empresas, en proporción al capital respectivo, y asignará a cada categoría las indemnizaciones y prestaciones precisas que deban corresponderle*”.

En este contexto se encuentra que, dependiendo del patrimonio, se graduaría el porcentaje de las prestaciones patronales, que, para el caso de las empresas, no desaparecería incluso si tenían un “*capital inferior a diez mil pesos (\$10.000), [pues] solamente estarán obligadas a un auxilio por enfermedad (...) y a un auxilio de cesantías (...)*”. En términos generales, se observa que la Ley 6º de 1945 fue pensada con una tendencia hacia la universalización, a partir del reconocimiento progresivo de las prestaciones allí previstas, igual lógica que fue expuesta en lo atinente a la pensión vitalicia de vejez, que sólo se impuso a ciertos patronos. En efecto, el artículo 14 de la citada ley estableció que: “*La empresa cuyo capital exceda de un millón de pesos (\$1.000.000) estará*

³³ Ley 6ª de 1945, “*Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo*”, en: Acto Legislativo y Leyes de 1945, Imprenta Nacional MCMXLV, Bogotá, pp. 111 a 134.

³⁴ Artículo 12 de la Ley 6ª de 1945.

³⁵ Algunos de los casos excluidos fueron la industria puramente familiar, los trabajadores accidentales o transitorios, los trabajadores a domicilio y los artesanos.

también obligada (...) a pagar al trabajador que haya llegado o llegue a los cincuenta (50) años de edad después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, una pensión vitalicia de jubilación equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados (...)”. Así las cosas, conforme con esta disposición, en el sector privado, sólo aquellos trabajadores que hubiesen cumplido la edad, el tiempo de servicio y hubiesen laborado para una empresa con cierto capital, tendrían derecho a acceder a esta prestación patronal.

Los condicionamientos a los que se sometió la citada prestación generaron un problema de movilidad laboral de la población trabajadora, pues sólo tendrían derecho a la pensión si cumplían para el mismo patrono los requisitos descritos. Sobre este punto, en la Sentencia C-506 de 2001 –reiterando lo expuesto en la Sentencia C-177 de 1998– se dijo que: *“El derecho a acumular tiempos servidos en el sector privado, para efecto de la pensión de vejez, no existía previamente y como tal solo surge con la ley 100 de 1993. Con anterioridad a dicha ley los trabajadores privados no podían exigir el pago de una pensión por los tiempos servidos a entidades privadas que tuviesen a cargo el reconocimiento y pago de pensiones, si no cumplían integralmente los requisitos exigidos para acceder a la pensión dentro de la empresa respectiva. Como corolario de lo anterior, si los trabajadores privados no alcanzaban a cumplir de manera completa tales requisitos, no se consolidaba el derecho a la prestación y las semanas servidas a la entidad no podían tenerse en cuenta para efectos de ninguna otra pensión”*³⁶.

3.4.4.2. Con posterioridad, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 90 de 1946, se inició la dinámica de un seguro social universal administrado por el ISS³⁷, con la idea –al menos normativamente– de trasladar el reconocimiento de la pensión de vejez (entendida como una prestación patronal) a una entidad de aseguramiento. En efecto, lo que se buscó fue subrogar el riesgo que surge de la contingencia de la vejez, siempre y cuando se tratara de empleadores responsables de tal obligación. Para el resto, obviando las dificultades atinentes a la aplicación de dicha normatividad–que también se reflejó en posteriores disposiciones–, la obligación supondría la afiliación al seguro y el pago de las cotizaciones³⁸.

Precisamente, el artículo 1º de dicha ley contempló las siguientes contingencias que serían cubiertas por el seguro social obligatorio: *“(...) a) enfermedades no profesionales y maternidad, b) invalidez y vejez, c) accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y d) muerte”*. En cuanto

³⁶ M.P. Álvaro Tafur Galvis.

³⁷ Ley 90 de 1946, *Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales*, en Leyes de 1946 y Acto Legislativo 1, Bogotá: Imprenta Nacional MCMXLVII, pp. 268 a 288. Conforme con la sentencia C-506 de 2001, el ISS comenzó a asumir el reconocimiento y pago de las pensiones de trabajadores privados a partir de 1967.

³⁸ En efecto, más adelante se verá que el legislador pretendió eliminar la dependencia entre capital empresarial y el derecho a la pensión de vejez, ya que el obligado no sería más el patrono, sino el ISS.

a los asegurados, conforme al artículo 2º, lo serían: “(...) *todos los individuos, nacionales y extranjeros, que presten sus servicios a otra persona en virtud de un contrato (...) inclusive los trabajadores a domicilio y los del servicio doméstico*”³⁹. Cabe señalar que, en lo respecto a su cobertura, la Ley 90 de 1946 incluyó a más asegurados que aquellos comprendidos en las prestaciones patronales, ya que el artículo 13 de la Ley 6ª de 1945 excluía, precisamente, a estos dos últimos (trabajadores a domicilio y trabajadores del servicio doméstico), lo que, de nuevo, demuestra una tendencia hacia la universalización, para alcanzar –de manera progresiva– el cubrimiento de los aludidos riesgos.

No obstante, con carácter excepcional, la aludida ley reconoció la existencia de afiliados facultativos y de población excluida del sistema. En cuanto a los primeros, se incluían a los pequeños industriales, los agricultores, los comerciantes, los maestros de taller, los artesanos, entre otros⁴⁰. Y, frente a los segundos, se mencionaban a ciertos trabajadores con vínculos filiales o afines con el patrono, por ejemplo, el “*cónyuge, los padres y los hijos menores de catorce (14) años (...) aunque figuren asalariados de éste*” o a “*(...) los demás miembros de la familia del patrono, dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad (...)*”⁴¹.

Desde esta perspectiva, se puede concluir que, salvo algunas excepciones, todo trabajador debía estar afiliado al seguro social obligatorio⁴², con el propósito –entre otras– de desligar la dependencia capital/protección a la seguridad social. Esta circunstancia se observa en la salvaguarda frente a la contingencia de la vejez, en la que se pretendió superar la pensión patronal, que dependía del capital de las empresas, por una prestación sometida a los requisitos de edad y cotizaciones. Así, el artículo 47 de aludida ley disponía que: “*El asegurado tendrá derecho a una pensión mensual vitalicia de vejez, no inferior a quince pesos (\$15), sin necesidad de demostrar invalidez, cuando reúna los requisitos de edad y cotizaciones previstas que el Instituto determine*”.

Este nuevo marco normativo, además de corregir el hecho atinente a que sólo ciertos trabajadores estuvieran cubiertos al momento de alcanzar su vejez, también superaba –al menos normativamente– el problema atinente a la movilidad laboral. Para tal efecto, se disponía que, si la persona se había afiliado al seguro pero por algún motivo perdía la calidad y reingresaba, tendría “*(...) derecho a que se le recono[cieran] las cotizaciones anteriores, siempre que la interrupción no hubiere durado más de tres (3) años; y si hubiere durado mayor tiempo, sólo se le recono[cerían] sus derechos cuando*

³⁹ Subrayas fuera del original.

⁴⁰ Ley 90 de 1946, art. 5º.

⁴¹ Ley 90 de 1946, art. 6º.

⁴² Para los efectos de esta sentencia no resulta relevante hacer referencia a la pluralidad de regímenes existentes o a la variedad de entidades que cubrían la contingencia de la vejez. Con todo, una aproximación a estas materias se puede realizar a través de la Sentencia C-506 de 2001, previamente mencionada.

tenga cubiertas veintiséis (26) semanas de cotizaciones posteriores al reingreso”⁴³.

Con esta normatividad, es claro que la responsabilidad de todo empleador, a partir de la afiliación de sus trabajadores, sería aportar al seguro, tal y como se desprende del artículo 24 de la ley en comento, conforme a la cual *“El patrono estará obligado a entregar la totalidad de la cotización, es decir, tanto su propio aporte como el de sus asalariados, en su caso, a la correspondiente Caja Seccional, en el tiempo y forma que establezca el Instituto (...)”*.

3.4.4.3. Como expresión de la visión proteccionista de este nuevo régimen normativo, el legislador creó un mecanismo para trasladar el riesgo sobre las contingencias y las prestaciones que los patronos tenían a su cargo con anterioridad a la Ley 90 de 1946, entre ellas, la pensión vitalicia de vejez.

En este orden de ideas, resultan relevantes los artículos 72 y 76 de la Ley 90 del 46. En cuanto al primero, porque se contempló que *“las prestaciones reglamentadas en esta ley, que venían causándose en virtud de disposiciones anteriores a cargo de los patronos, seguirán rigiendo por tales disposiciones[,] hasta la fecha en que el seguro las vaya asumiendo por haberse cumplido el aporte previsto señalado para cada caso (...)”*. En lo que respecta al segundo, en la medida en que se estableció que *“[el] seguro de vejez a que se refiere la sección Tercera de esta ley reemplaza la pensión de jubilación que ha venido figurando en la legislación anterior. Para que el Instituto pueda asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con anterioridad a la presente ley, el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes”*.

Como se observa de lo expuesto, los patronos que tenían a su cargo el reconocimiento de la pensión vitalicia de vejez, sólo podrían liberarse de dicha obligación al momento de transferir el riesgo al Instituto de Seguros Sociales, tras realizar los correspondientes aportes. Por lo mismo, si no trasladaban el riesgo y el trabajador cumplía con los requisitos para acceder a la citada prestación, serían obligados a su reconocimiento y pago. De ahí que, en términos generales, se entienda que el tránsito normativo no implicó una desprotección para los trabajadores.

3.4.4.4. En todo caso, es preciso aclarar que con el propósito de asegurar la viabilidad económica del Instituto, la transferencia del riesgo se sometió al llamamiento que este último realizaría a los patronos, a quienes les recaía la obligación de aportar las *“cuotas proporcionales correspondientes”* del tiempo que la prestación estuvo bajo su cargo. Se observa entonces que el sistema se construyó bajo la lógica de la progresividad, con la idea de ir cobijando a todos los trabajadores hasta alcanzar una cobertura universal, sin

⁴³ Ley 90 de 1946, artículo 27,

obviar la necesidad de que el Instituto contara con los recursos económicos suficientes para responder por las prestaciones asumidas.

3.4.4.5. Con posterioridad, mediante el Decreto 3041 de 1966 –que aprobó el Acuerdo 224 del mismo año del Consejo Directivo del ISS– se adoptó el reglamento general del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte. Conforme con su artículo 38, *“el patrono está obligado a entregar al instituto, a través de la caja seccional u oficina local que corresponda a su jurisdicción[,] en el plazo y forma que determine el reglamento de aportes y recaudos, la totalidad de cotizaciones, que sean de su cargo y las que deben ser satisfechas por el asegurado”*. Esta disposición ratificó la forma como se ideó la transferencia del riesgo, pues, como ya se dijo, el ISS –de manera paulatina– iba llamando a los patronos que tenían a su cargo la pensión. Por ello, en la Sentencia C-506 de 2001, se expresó que: *“(...) a partir de 1967, el ISS empezó a asumir el reconocimiento y pago de pensiones de trabajadores privados”*⁴⁴.

Ahora bien, comoquiera que la operación del Seguro no fue automática ni cobijó de forma inmediata a todo el territorio nacional, la pensión –como obligación patronal– siguió subsistiendo en el ordenamiento jurídico. Así, el Código Sustantivo del Trabajo, en el Título IX, contempló nuevamente las prestaciones patronales especiales. En este sentido, el artículo 260 volvió a mencionar los requisitos establecidos en la Ley 6ª de 1945, en los siguientes términos: *“Todo trabajador que preste servicios a una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$800.000 pesos) o superior, que llegue o haya llegado a los cincuenta y cinco años, si es varón, o a los cincuenta (50) años si es mujer, después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos anteriores o posteriores a la vigencia de este código, tiene derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación o de vejez (...)”*. Sin embargo, preservando la misma lógica expuesta, reiteró la posibilidad de subrogar el riesgo, en el numeral 2º del artículo 259, al disponer que: *“Las pensiones de jubilación, el auxilio de invalidez y el seguro de vida colectivo obligatorio dejarán de estar a cargo de los patronos cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales (...)”*.

En todo caso, como ya se expuso, la subrogación dependía del llamamiento del empleador y del traslado de los aportes que se le indicaran. Lo anterior explica el argumento esbozado por esta Corporación en la Sentencia C-506 de 2001, en donde se dijo que: *“(...) solo con la Ley 100 de 1993, es que se establece una nueva obligación para los empleadores del sector privado a cuyo cargo se encontraba el reconocimiento y pago de la pensión, cual es la de aprovisionar hacia el futuro el valor de los cálculos actuariales en la suma correspondiente al tiempo de servicios del trabajador con contrato laboral vigente a la fecha en que entró a regir la Ley, o que se inició con*

⁴⁴ M.P. Álvaro Tafur Galvis.

posterioridad a la misma, para efectos de su posterior transferencia, en caso del traslado del trabajador, a las entidades administradoras del régimen de prima media con prestación definida (art. 33 de la Ley 100)”⁴⁵, pues con anterioridad –hasta tanto fueran llamados– seguirían a su cargo el reconocimiento de las prestaciones patronales que se estuvieran causando. En este sentido, hasta antes de la Ley 100 de 1993 se requería de una actuación administrativa para que el empleador estuviera obligado a aprovisionar y transferir el riesgo, mientras que, tras su entrada en vigencia, dichas obligaciones se impusieron por ministerio de la ley.

3.4.4.6. En conclusión, desde el momento en el que se producía el llamado a transferir el riesgo y se trasladaban las cuotas proporcionales correspondientes a cargo del empleador, el Seguro Social asumía el reconocimiento de las prestaciones creadas por el sistema, entre ellas la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, cuyo antecedente normativo se encuentra en el Decreto 3041 de 1966⁴⁶. Si el empleador incumplía con dicho deber, como previamente se expuso, sería obligado al reconocimiento y pago de las prestaciones que le correspondían asumir al ISS.

Ahora bien, el reconocimiento de la indemnización sustitutiva se mantuvo luego de la expedición de la Ley 100 de 1993, por lo que con fundamento en el efecto general inmediato de las normas laborales, aquellas personas que la solicitaren en este momento, obtendrían su liquidación conforme con los postulados definidos en esta última normatividad. De tal suerte que, siguiendo los elementos señalados con anterioridad, las semanas que servirán de base para tal liquidación, incluyen aquellas laboradas con anterioridad a la entrada en vigencia de la citada Ley 100 de 1993⁴⁷.

3.4.4.7. Comoquiera que las anteriores consideraciones permiten entender aspectos del seguro obligatorio y de las prestaciones patronales, al igual que la función del llamamiento por parte del ISS –atinente a la subrogación del riesgo–, resta por dilucidar un aspecto en específico, esto es, qué sucedía si la empresa era llamada a subrogar el riesgo, pero tenía presencia en diferentes lugares del territorio nacional.

Esta cuestión admite, para efectos de resolver el asunto delimitado por esta sentencia, al menos dos posibles soluciones, sin que ninguna de ellas se encuentre expresamente excluida del ordenamiento jurídico. Por esta razón, es deber del juez constitucional solventar esta situación, a través de un ejercicio hermenéutico que responda a los mandatos establecidos en el Texto Superior.

⁴⁵ M.P. Álvaro Tafur Galvis. Subrayas conforme al texto original.

⁴⁶ En efecto, el inciso 1° del artículo 13 del mencionado Decreto contemplaba lo siguiente: “Los asegurados que habiendo cumplido las edades mínimas señaladas, se retiraren definitivamente de las actividades sujetas al seguro social y no hubieren acreditado el número suficiente de semanas de cotización requeridas para el derecho a la pensión de vejez, percibirán en sustitución, por cada veinticinco (25) semanas de cotización acreditadas, una indemnización equivalente a una mensualidad de la pensión de invalidez que les hubiere correspondido en el supuesto de haberse invalidado al cumplimiento de la respectiva edad”.

⁴⁷ Véase, al respecto, las razones expuestas en el acápite 3.4.1.5 de esta providencia.

(i) La primera solución conduciría a suponer que el llamamiento se limitaría al lugar concreto en el cual era convocada la empresa a subrogar el riesgo, por lo que, simultáneamente, algunos trabajadores entrarían al seguro social obligatorio y otros permanecerían cubiertos por las prestaciones patronales. Esta posición se justificaría en el hecho de que la obligación emanada del citado llamamiento estaría limitada al acto administrativo circunscrito al territorio concreto, conforme a la existencia de un criterio territorial.

Adicional a lo expuesto podría alegarse la legalidad de la medida y la progresividad de la misma, pues, paulatinamente, según se fuera ampliando institucionalmente la presencia del Seguro Social, el empleador dejaría de estar obligado a reconocer las prestaciones patronales que se venían causando. En la práctica, esta solución también protegería patrimonialmente al empleador, ya que no adeudaría ninguna suma al ISS hasta tanto fuera convocado en los demás sitios en los que hiciera presencia su empresa y sólo tendría que responder por la pensión de vejez –de no subrogar el riesgo– al momento en el cual el trabajador cumpliera el tiempo de servicios y la edad correspondiente.

(ii) La otra posible solución estaría desligada del elemento territorial. Para tal efecto se entendería que una vez la empresa ha sido llamada, sin importar el lugar concreto en el que se produjo dicho llamamiento, ella tendría el deber de empezar a aprovisionar los dineros que cubran el traslado del riesgo frente a todos sus trabajadores, en el entendido que se trata de un sistema progresivo tendiente a brindar una salvaguarda universal. En este caso se impondría un criterio subjetivo vinculado con el empleador convocado por el ISS. Una postura distinta, implicaría aceptar que, a pesar de trabajar para la misma empresa, unos trabajadores estarían protegidos por el seguro obligatorio, mientras que los otros lo estarían –sólo dentro de las eventualidades concretas, que comprenden el monto de capital– por las prestaciones patronales.

3.4.4.8. La primera postura enfrenta dificultades. Así, por ejemplo, cabe preguntarse si resultaría legítimo –a la luz del derecho– que un trabajador que estuviese vinculado con una empresa en un territorio donde sí hubiese sido expresamente llamado, se viese sometido a la carga de perder ese beneficio o de salir del sistema, si era trasladado a otro lugar donde tal acto del Instituto no se hubiese materializado, a pesar de no cambiar en ningún momento de empleador. Sin duda, tal consecuencia desconocería mínimos irrenunciables en materia de seguridad social, en contravía de lo regulado en el artículo 14 del CST, conforme al cual: *“Las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público y, por consiguiente, los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables (...)”*, así como del mandato de mínimos contenido en el artículo 13 del mismo Código, que reconoce que sus disposiciones *“(...) contienen el mínimo de derechos y garantías consagradas a favor de los trabajadores (...)”*.

Igualmente sería necesario determinar que el trato diferente entre trabajadores de una misma empresa estuviese justificado y no constituyese –en sí mismo– una discriminación. En efecto, se tendría que esclarecer si resultaría legítimo entender que algunos trabajadores de la misma empresa estuviesen cobijados por la movilidad en materia de seguridad social y por la subrogación del riesgo; mientras que, los otros, permanecieran en el ámbito de una mera expectativa en lo que se refiere a su derecho a la seguridad social, hasta tanto se efectuara el llamado expreso territorial. En este punto, resulta relevante enfatizar que, en el caso de las prestaciones patronales, si se liquidaba la empresa, ya no existiría obligado a quién responsabilizar frente a la pensión de jubilación por vejez. De ahí que, sería necesario superar lo dispuesto en el artículo 10 del CST, modificado por el artículo 2º de la Ley 1496 de 2011, conforme al cual “(...) *Todos los trabajadores y trabajadoras son iguales ante la ley, tienen la misma protección y garantías, en consecuencia, queda abolido cualquier tipo de distinción por razón del carácter intelectual o material de la labor, su forma o retribución, el género o sexo salvo las excepciones establecidas por la ley*”.

Ahora bien, la segunda alternativa también plantea dificultades, como aquella atinente a que ninguna norma establece expresamente que el llamado a un empleador con varias sedes a nivel nacional, lo convierte en responsable directo de los aportes de todos sus trabajadores, esto es, que el llamamiento tiene aplicación más allá del criterio territorial.

3.4.4.9. A pesar de que ambas soluciones responden a una lectura posible del sistema seguridad social vigente antes de la Ley 100 de 1993 y que ambas plantean dificultades en lo que respecta a su aplicación, en criterio de esta Sala de Revisión, es la segunda alternativa la que se acomoda y recoge los mandatos de las normas laborales –que son de orden público–, y la que obedece a una lectura conforme con las disposiciones constitucionales, como pasa a demostrarse.

3.4.4.9.1. En primer lugar, el artículo 19 del CST establece que: “*Cuando no haya norma expresamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las que regulen casos o materias semejantes, los principios que se deriven de este Código, la jurisprudencia, la costumbre o el uso, la doctrina, los convenios y recomendaciones adoptados por la organización y las conferencias internacionales del trabajo, en cuanto no se opongan a las leyes sociales del país, los principios del derecho común que no sean contrarias a los derechos del trabajo, **todo dentro de un espíritu de equidad***”⁴⁸.

Como se observa de lo expuesto, la equidad aparece como la principal herramienta que debe guiar la aplicación del régimen supletorio de las normas del trabajo, lo que resulta a fin con lo previsto en el inciso 2º del artículo 230

⁴⁸ Subrayado por fuera del texto original.

de la Constitución, en el que se reconoce su rol como criterio auxiliar de la actividad judicial⁴⁹, más allá de que algunas ocasiones desempeña un papel principal, como ocurre con el servicio que prestan los jueces de paz⁵⁰ o con los tribunales de arbitramento habilitados para resolver controversias o litigios en equidad⁵¹.

Para el caso concreto, resulta relevante ahondar en la función que cumple la equidad en relación con administración de justicia, entre otras, a partir de lo previsto en el artículo 18 del CST en el que se consagra que “[para su interpretación (...) debe tomarse en cuenta su finalidad, expresada en el artículo 1º”, siendo esta “(...) la justicia en las relaciones que surgen entre patronos y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social”.

Al respecto, en la aludida Sentencia SU-837 de 2002, se indicó que la equidad tiene por objeto ajustar el derecho a las particularidades de cada asunto, racionalizando la igualdad que la ley presupone y ponderando aquellos elementos que las normas expresamente no consideran relevantes y que, por lo mismo, pueden conllevar a la formación de injusticias. En otras palabras, la equidad tiene en cuenta los efectos concretos que se derivan para las partes del hecho de cumplir con el deber de decidir un asunto en específico. Así se dijo que:

“(...) En primer lugar, la equidad le permite al operador jurídico evaluar la razonabilidad de las categorías generales de hechos formuladas por el legislador, a partir de las situaciones particulares y concretas de cada caso. En este sentido, la equidad se introduce como un elemento que hace posible cuestionar e ir más allá de la igualdad

⁴⁹ La norma en cita dispone que: “(...) La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”. Esta Corporación, en la Sentencia SU-837 de 2002, admitió que la equidad tiene disímiles y múltiples ámbitos de aplicación dentro de la Constitución. Al respecto, de manera ilustrativa, expuso que: “(...) Varias disposiciones de la Carta Política se refieren expresamente a ella. El artículo 20 inciso 2 C.P. garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad; el artículo 95 inciso 2 numeral 9 C.P. eleva a deber de la persona y del ciudadano el “contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad”; el artículo 150 numeral 16 C.P. establece que el Estado podrá, “sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados”; el artículo 226 C.P. ordena al Estado promover “la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional”; el artículo 227 C.P. ordena al Estado promover “la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales (...)”; el artículo 267 inciso 3 C.P. establece que la “vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales”; y, finalmente, el artículo 363 C.P. determina que el “sistema tributario se funda en los principios de equidad, eficiencia y progresividad”. M.P. Manuel José Cepeda Espinoza.

⁵⁰ El artículo 247 de la Constitución establece que: “La ley podrá crear jueces de paz encargados de resolver en equidad conflictos individuales y comunitarios. (...)”. Subrayado y sombreado no original.

⁵¹ El artículo 116 del Texto Superior señala que: “(...) Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”. Subrayado y sombreado por fuera del texto original.

de hecho que el legislador presupone. La equidad permite al operador jurídico reconocer un conjunto más amplio de circunstancias en un caso determinado. Dentro de dichas circunstancias, el operador escoge no sólo aquellos hechos establecidos explícitamente en la ley como premisas, sino que, además, puede incorporar algunos que, en ciertos casos “límites”, resulten pertinentes y ponderables, y permitan racionalizar la igualdad que la ley presupone.

En segundo lugar, la equidad actúa como un elemento de ponderación, que hace posible que el operador jurídico atribuya y distribuya las cargas impuestas por la norma general, proporcionalmente, de acuerdo con aquellos elementos relevantes, que la ley no considera explícitamente. La consecuencia necesaria de que esta ley no llegue a considerar la complejidad de la realidad social, es que tampoco puede graduar conforme a ésta los efectos jurídicos que atribuye a quienes se encuentren dentro de una determinada premisa fáctica contemplada por la ley. Por ello, la equidad –al hacer parte de ese momento de aplicación de la ley al caso concreto– permite una graduación atemperada en la distribución de cargas y beneficios a las partes. En este sentido, el operador, al decidir, tiene en cuenta no las prescripciones legales, sino los efectos concretos de su decisión entre las partes.”⁵²” (Subrayas del texto)

En desarrollo de lo expuesto, también se reconoce que la equidad actúa en los espacios dejados por el legislador, en aras de evitar la consolidación de injusticias, ya sea porque no se regló una hipótesis específica dentro de una norma, o porque una situación en general no ha sido regulada. En este sentido, en la pluricitada sentencia de unificación, se indicó que: “(...) el lugar de la equidad está en los espacios dejados por el legislador y su función es la de evitar una injusticia como resultado de la aplicación de la ley a un caso concreto. La injusticia puede surgir, primero, de la aplicación de la ley a un caso cuyas particularidades fácticas no fueron previstas por el legislador, dado que éste se funda para legislar en los casos usuales, no en los especiales y excepcionales. La omisión legislativa consiste en no haber contemplado un caso especial en el cual aplicar la regla general produce un efecto injusto. Segundo, la injusticia puede surgir de la ausencia de un remedio legal, es decir, ante la existencia de un vacío. En esta segunda hipótesis, la equidad exige decidir como hubiera obrado el legislador. En la primera hipótesis la equidad corrige la ley, en la segunda integra sus vacíos. Así entendida, la equidad brinda justicia cuando de la aplicación de la ley resultaría una injusticia”.

En todo caso, al momento de acudir a la equidad, se deben tener en cuenta los siguientes elementos característicos que orientan su aplicación:

⁵² Corte Constitucional, Sentencia C-1547 de 2000, M.P. Cristina Pardo Schlesinger, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 38 numeral 1 del Código de Procedimiento Civil.

“(...) El primero es la importancia de las particularidades fácticas del caso a resolver. La situación en la cual se encuentran las partes – sobre todo los hechos que le dan al contexto empírico una connotación especial– es de suma relevancia para determinar la solución equitativa al conflicto. El segundo es el sentido del equilibrio en la asignación de cargas y beneficios. La equidad no exige un equilibrio perfecto. Lo que repugna a la equidad son las cargas excesivamente onerosas o el desentendimiento respecto de una de las partes interesadas. El tercero es la apreciación de los efectos de una decisión en las circunstancias de las partes en el contexto del caso. La equidad es remedial porque busca evitar las consecuencias injustas que se derivarían de determinada decisión dadas las particularidades de una situación. De lo anterior también se concluye que decidir en equidad no es, de ninguna manera, decidir arbitrariamente. Al contrario, la equidad busca evitar la arbitrariedad y la injusticia, aún la injusticia que pueda derivar de la aplicación de una ley a una situación particular cuyas especificidades exigen una solución distinta a la estricta y rigurosamente deducida de la norma legal”.

En este orden de ideas, es claro que dentro de lo que se debate en esta sentencia, ha de analizarse una circunstancia específica que no fue regulada por el legislador y que, frente a una hipótesis en particular, genera una injusticia, esto es, la pérdida del tiempo laborado para un trabajador frente al cual sus compañeros de una misma empresa, por el hecho de prestar sus servicios en otros territorios, si lograron ingresar al seguro social obligatorio.

La aplicación de la equidad, en este caso, demanda que se equilibren las cargas entre el trabajador y el empleador, exigiéndole a este último el deber de asumir el aprovisionamiento de los recursos para cubrir la asunción de los riesgos propios del seguro social, en el entendido que al tratarse de un sistema progresivo tendiente a brindar una cobertura universal, tarde que temprano sería llamado a cumplir con dichas obligaciones frente a todos los trabajadores de su empresa, sin distinción y sin importar el lugar territorial donde se inició la cobertura. Una decisión en sentido contrario, como previamente se expuso, impondría un trato diferente entre trabajadores de una misma empresa carente de justificación, en perjuicio de los mínimos irrenunciables en seguridad social.

Se trata de una solución que responde a los elementos característicos de la equidad, ya que (i) se está en presencia contexto empírico de connotación especial no previsto por el legislador, (ii) genera una situación de equilibrio entre las partes, pues no impone una carga excesivamente onerosa y (iii) guarda coherencia con la lógica del sistema y con la coberturas mínimas de protección previstas para los trabajadores.

3.4.4.9.2. Adicionalmente, otros argumentos expuestos por esta Corporación relativos al derecho al trabajo, también justifican que se imponga la segunda solución reseñada. Al respecto, en la Sentencia SU-120 de 2003⁵³, este Tribunal analizó la obligación de indexar la primera mesada pensional de los trabajadores que, antes de la Ley 100 de 1993, hubiesen terminado su vínculo laboral, pero al momento de alcanzar la edad requerida, el salario que para entonces percibían había sufrido un ostensible detrimento económico.

Al momento de pronunciarse sobre el caso concreto, la Corte indicó que: “(...) *puede afirmarse que la liquidación de la base pensional a partir del último salario devengado, sin reajustes, no tiene asidero en el ordenamiento*”. Igualmente, “(...) *i) que no existe normativa que establezca con precisión la base para liquidar la pensión de jubilación de quien se retire o sea retirado del servicio sin cumplir la edad requerida –el inciso segundo del artículo 260 del C.S.T no la precisa–; ii) que ninguna disposición ordena indexar ésta base salarial expresamente; iii) que no existe precepto que excluya o prohíba tal indexación*”.

Ante esta circunstancia, similar a la expuesta en esta oportunidad, la Corte señaló que era obligación del intérprete aplicar el artículo 53 de la Constitución Política, en el que se consagra el principio *pro operario*, cuyo ámbito de aplicación no sólo se limita a los casos de conflictos normativos y de interpretación de preceptos dudosos, sino que también abarca la solución de situaciones no reguladas en beneficio de la parte débil de la relación laboral⁵⁴.

Además, un elemento que el juez constitucional debe tener en cuenta para poder determinar cuando una interpretación es más favorable para el trabajador, lo constituye el comportamiento asumido por el legislador en la regulación de la materia, pues ello brinda herramientas que permiten inferir cuál hubiese sido la solución brindada de no presentarse un vacío en la regulación.

Desde esta perspectiva y frente a la obligación de indexar la primera mesada pensional, este Tribunal observó un esfuerzo del legislador por reparar dicha injusticia, ya que habían suficientes normas en el ordenamiento jurídico “(...) *que denota[ban] un afán permanente (...) por compensar la pérdida del poder adquisitivo de las pensiones*”, por lo que ante la falta de una regulación específica sobre la materia, en aplicación del principio de *pro operario*, era preciso que el ordenamiento jurídico diera una respuesta en favor de los

⁵³ M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁵⁴ En este sentido, en la Sentencia en cita se dijo que: “(...) *el principio pro operario es un recurso obligado del fallador en su labor de determinar el referente normativo para solventar asuntos del derecho del trabajo no contemplados explícitamente en el ordenamiento. // El sentido protector del derecho del trabajo se refleja, entonces, en la solución de conflictos normativos, en la interpretación de preceptos dudosos, y en la solución de situaciones no reguladas en beneficio de la parte débil de la relación; porque las normas laborales tienen como fin último el equilibrio de las relaciones del trabajo, objetivo que comporta inclinar la relación en beneficio del estado de inferioridad económica del trabajador, por ser éste el que genera la injusticia que se pretende corregir*” (subrayas fuera del original).

derechos del trabajador. En consecuencia de lo expuesto, se manifestó que: *“(...) el artículo 53 de la Constitución Política impone al interprete de las fuentes formales del derecho laboral el criterio de elegir, en caso de duda, por la interpretación que más favorezca al trabajador, y en consecuencia optar por ordenar a las entidades financieras obligadas mantener el valor económico de la mesada pensional de los actores, por ser ésta la solución que los beneficia y que condice con el ordenamiento constitucional”*.

Pues bien, como previamente se dijo, en el caso bajo examen, es inequívoca la intención del legislador de consagrar un sistema obligatorio de protección de la seguridad social desligado del capital del empleador, como se estableció en la Ley 90 de 1946, en beneficio de los trabajadores y, en especial, de su movilidad laboral. En concreto, en dicha normatividad, se dispuso la finalidad de lograr una ampliación progresiva y universal de la cobertura, para lo cual los obligados a sufragar las prestaciones patronales –que incluían la pensión de vejez– tenían que aportar tan pronto fueran llamados, siendo el empleador responsable de las cotizaciones si no las hacía a tiempo. Esa misma lógica aparece consagrada en la Ley 100 de 1993, en los artículos 21 y 33. En el primero, al disponer que: *“(...) El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno.// El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador”*. Y, en el segundo, al establecer que para calcular las prestaciones contempladas en la ley, se tendrá en cuenta *“[el] tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador”*.

Así las cosas, apelando al *principio pro operario*, se impone la misma solución previamente expuesta, esto es, que el empleador que fue objeto de llamamiento por el ISS es responsable del aprovisionamiento de los recursos para cubrir la asunción de los riesgos propios del seguro social frente a todos sus trabajadores, sin distinción y sin importar el lugar del territorio en donde se inició la cobertura. Dicha conclusión se ajusta al querer del legislador plasmado en la creación de un sistema obligatorio de protección con carácter progresivo y universal, cuya aplicación se deslinda del capital del empleador, como se infiere de lo inicialmente previsto en la Ley 90 de 1946 y con posterioridad en la Ley 100 de 1993.

Precisamente, un análisis integral de las normas mencionadas, en especial de las disposiciones de la Ley 90 de 1946, muestran el afán del legislador en lograr la sostenibilidad económica del Instituto de los Seguros Sociales, por lo que el llamamiento progresivo al empleador se justificaba, básicamente, en el

hecho de permitirle a la citada entidad contar con un soporte económico para responder por las contingencias a las que se obligaba tras la subrogación del riesgo, sin dejar –en ningún momento– desprotegido al trabajador. Ejemplos de ello son el artículo 77, según el cual, “(...) *mientras el seguro social obligatorio no esté en condiciones de tomar a su cargo el riesgo de cesantía, continuará rigiendo las disposiciones vigentes sobre la materia*”, o el numeral 5° del artículo 9°, conforme al cual, dentro de las funciones del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, se hallaba la de “(...) *Determinar (...) las actividades y regiones y las categorías de empresas situadas fuera de dichas regiones, a las cuales se aplicará la obligación del seguro social desde su iniciación; el orden de prelación de los riesgos, que hayan de asumirse, empezando por el de enfermedad-maternidad, y las etapas para la organización de los servicios restantes y para su extensión progresiva a otras regiones y actividades y a otras categorías de empresas, a medida que éstas vayan ofreciendo la requerida base*”.

3.4.5. Con fundamento en las anteriores consideraciones, esta Sala de Revisión se pronunciará sobre cada uno de los casos en concreto, abordando inicialmente lo referente a la procedencia de la acción y, en seguida, procediendo al examen de fondo.

Sin embargo, cabe señalar desde un principio, que los tres escenarios formulados al momento de exponer el problema jurídico, se resuelven de la siguiente manera: (i) en primer lugar, la Corte no encuentra sustento jurídico alguno para negar la indemnización sustitutiva porque la persona no estuvo laborando con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta el efecto general e inmediato de las normas que rigen la seguridad social, el marco regulatorio previsto en el artículo 37 de la citada ley y los desarrollos que esta Corporación ha expuesto sobre la teoría del enriquecimiento sin causa⁵⁵; (ii) en segundo lugar, las entidades públicas que no hayan afiliado a sus trabajadores a entidades de la seguridad social, serán las responsables de asumir el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva, independientemente de si el vínculo laboral terminó con anterioridad a la entrada en vigor de la aludida Ley 100 de 1993, como obligación que emana del contexto regulatorio del sistema de seguridad social, en especial, a partir de sus principios de universalidad e integralidad⁵⁶; y finalmente, (iii) los empleadores que tuviesen presencia en varias partes del territorio nacional y hubiesen sido llamados a subrogar el riesgo por el ISS en alguno de esos lugares, serán los obligados a reconocer y pagar la aludida prestación frente a todos sus trabajadores, siempre y cuando no hayan transferido los aportes al sistema de seguridad social, como obligación que responde a los principios constitucionales de equidad y *pro operario*⁵⁷.

⁵⁵ Véase acápite 3.4.2 de esta providencia.

⁵⁶ Véase acápite 3.4.3 de esta providencia.

⁵⁷ Véase acápite 3.4.4 de esta providencia.

4. Casos concretos

4.1 *Análisis de procedencia*

4.1.1. Conforme con las consideraciones de esta providencia, es claro que los casos objeto de estudio cumplen –por sus circunstancias concretas– las reglas de viabilidad excepcional de la acción de tutela para asuntos relacionados con la seguridad social, en especial, con el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva. Para estos efectos, es preciso tener en cuenta que la idoneidad de los otros medios de defensa judicial ha de ser analizada en concreto, siendo –por lo general– procedente el amparo constitucional en casos vinculados con sujetos de especial protección, con personas en estado de debilidad manifiesta o cuando la demora en el trámite ordinario amenaza la posibilidad de disfrutar del derecho. Igualmente, conforme con los principios del Estado Social de Derecho, la tutela es procedente en aquellos casos en que se da primacía al derecho sustancial sobre el procesal, como consecuencia de *la necesidad* de evitar que una persona acuda a los estrados judiciales y espere hasta el final de un proceso, cuando la jurisprudencia de esta Corporación, desde la óptica constitucional, ya ha otorgado de manera reiterada un derecho y ha insistido en la improcedencia de los argumentos y razones expuestas para negar su reconocimiento.

4.1.2. Así, en cuanto al expediente T-3.918.123, la accionante contaba con 73 años de edad al momento de interponer el amparo. Adicionalmente, debido a su avanzada edad, le resulta imposible continuar trabajando. Por tal motivo, a más de tratarse de un sujeto de especial protección, su mínimo vital se encuentra amenazado. Finalmente, es claro que la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, sin brindar nuevas razones para ello, reitera los mismos argumentos insistentemente desvirtuados por esta Corporación, referentes a la supuesta imposibilidad de tener en cuenta el tiempo trabajado con anterioridad a la Ley 100 de 1993 para reconocer la indemnización sustitutiva. Por tales motivos, la acción de tutela resulta procedente para este caso.

4.1.3. En lo que se refiere al expediente T-3.919.580, si bien la señora Alcira Rosa Yeneris Melano tan sólo contaba con 59 años de edad al momento de solicitar el amparo –lo que no permite tenerla por sujeto de especial protección constitucional–, lo cierto es que CAJANAL utilizó los mismos argumentos insistentemente desvirtuados por esta Corporación, pues adujo que, debido a que el tiempo laborado y cotizado fue anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no le correspondía prestación alguna. Por ello, y con base en las reglas anteriormente expuestas, relativas al abuso de algunas entidades en torno a la utilización de los mecanismos procesales como trabas injustificadas para la realización de los derechos, la acción de tutela se torna procedente.

4.1.4. Con respecto al expediente T-3.924.029, al momento de interponer el amparo, el señor Blas Niceforo Velásquez Sánchez contaba con 71 años de edad, lo que lo convierte en sujeto de especial protección constitucional. Además, conforme se expuso, por su avanzada edad, no cuenta con la posibilidad de reingresar al mercado laboral para sufragar sus necesidades básicas. El carácter apremiante que envuelve la prestación solicitada también se acredita por las insistentes peticiones que elevó a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, al menos desde el 2007, en las cuales viene pidiendo que le certifiquen el tiempo laborado –equivalente a semanas– para reclamar prestaciones atinentes a la seguridad social. Por esta razón, la Sala considera que la acción de tutela se torna procedente.

4.1.5. En cuanto al proceso T-3.927.410, al momento de ejercer la acción de tutela, la demandante tenía 69 años de edad. Si bien ello no la convierte inmediatamente en sujeto de especial protección, lo cierto es que presenta problemas en su estado de salud, sin que se observe que cuente con medios económicos para tratar sus padecimientos. En efecto, según obra en el expediente, la señora Clavijo padece de un desprendimiento de la retina inferior del ojo derecho y su columna sufre cambios degenerativos en los discos intervertebrales, además de presentar escoliosis lumbar izquierda.

Adicionalmente, en este caso, CAJANAL reiteró las mismas razones desvirtuadas por esta Corporación para denegar el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva, es decir, también se trata de un caso en el cual una entidad estatal, creada para proteger los derechos de las personas, sobre todo cuando han alcanzado la tercera edad, pretende someter a sus afiliados a un prolongado proceso judicial sin brindar nuevas razones para ello. En este contexto, la Sala considera que, en virtud de la primacía del derecho sustancial, la causa se torna procesalmente viable.

4.1.6. En lo que respecta al expediente T-3.928.436, la accionante contaba con 63 años al momento de interponer la acción de tutela. Si bien esta edad no la torna en sujeto de especial protección, lo cierto es que la señora Luzmina Molina es viuda, está desempleada y a través de una declaración juramentada enfatizó que carece de medios económicos para solventar su mínimo vital. Por lo demás, la Gobernación del Quindío, contrariando las reglas ampliamente reseñadas en las consideraciones precedentes, argumentó que la indemnización sustitutiva sólo cubre a aquellos trabajadores que se retiraron con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Bajo estas condiciones y en respuesta a la primacía del derecho sustancial, la Sala considera que el amparo es procesalmente viable.

4.1.7. Por último, en lo que concierne al expediente T-3.928.584, la accionante contaba con 65 años de edad al momento de instaurar la acción de tutela. Al igual que los casos anteriores, la sola edad no la convierte en un sujeto de especial protección. Empero, en este asunto, se vislumbra que la actora aduce

carecer de medios económicos para satisfacer su mínimo vital. A más de ello, CAJANAL reiteró las mismas razones que han sido reiteradamente rechazadas por esta Corporación para negarse a reconocer la indemnización sustitutiva. Comoquiera que, según se expuesto en las consideraciones de esta providencia, tal proceder atenta contra una racionalidad compatible con el Estado Social de Derecho, la Sala encuentra que esta causa resulta procesalmente viable.

4.2. Análisis de fondo

Todos los casos obedecen a personas que culminaron su relación laboral antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Sin embargo, se diferencian en torno a los escenarios mencionados, es decir, si la indemnización sustitutiva fue negada únicamente por tal motivo, o lo fue alegando que le correspondía exclusivamente a entidades de la seguridad social, o porque –al trabajar para una empresa privada– no se contaba con la obligación de efectuar cotizaciones o reservas pensionales, ni de transferir el riesgo al sistema de seguridad social.

4.2.1. Así las cosas, los primeros a resolver de fondo, son aquellos en los cuales se negó la prestación con fundamento en el momento en el cual se terminó la relación laboral. Es decir, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

4.2.1.1. En lo que se refiere al expediente T-3.919.580, no admite duda alguna que la señora Yeneris Merlano laboró un total de 3.400 días antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones. Ello se desprende de la Resolución No. 041799 de 2011, mediante la cual CAJANAL negó el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva. Comoquiera que, conforme con las reglas reseñadas en las consideraciones generales de esta sentencia, dichas semanas han de tenerse en cuenta para el reconocimiento de la prestación aquí mencionada, la accionante tiene derecho a que le sea liquidada y pagada la mentada indemnización.

En este sentido, la Sala revocará la decisión del juez de instancia que declaró improcedente el amparo constitucional y, en su lugar, ordenará a CAJANAL –o quien haga sus veces– el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva. En efecto, si bien los Decretos 2196 de 2009 y 4269 de 2011 ordenaron la liquidación de la citada entidad y delegaron la responsabilidad del reconocimiento de derechos pensionales y prestaciones económicas a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), se estableció como fecha de corte las peticiones radicadas a partir del 8 de noviembre de 2011. Por esta razón, como la solicitud de la accionante se interpuso con anterioridad a dicho momento, esto es, el 13 de marzo de 2009, a juicio de esta Sala, es a

CAJANAL a quien le corresponde reconocer y pagar la indemnización sustitutiva a favor de la señora Alicia Rosa Yeneris Merlano.

4.2.1.2. En lo que respecta al expediente T- 3.927.410, la señora Ana Margoth Clavijo de Vargas demandó a CAJANAL para que le reconociera y pagara la indemnización sustitutiva por el tiempo laborado que, según se encuentra probado, corresponde a 539 semanas, tal y como consta en la Resolución No. UGM 022132 de diciembre 22 de 2011.

Ahora bien, al igual que en el caso anterior, la entidad demandada adujo que debido a que tal tiempo fue cotizado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la accionante no tenía derecho a la mencionada prestación. Sin embargo, como ya se señaló, esta postura contraviene las reglas ampliamente desarrolladas y reiteradas por la jurisprudencia constitucional, por lo que Sala la revocará la decisión del juez de instancia que declaró improcedente el amparo y, en su lugar, ordenará que se reconozca y pague a favor de la señora Clavijo de Vargas la indemnización sustitutiva a la que tiene derecho. Al igual que en el expediente T-3.919.580, como la solicitud se elevó con anterioridad 8 de noviembre de 2011, esto es, 14 de enero del año en cita, su otorgamiento se encuentra a cargo de CAJANAL o de quien haga sus veces.

4.2.1.3. En lo que respecta al expediente T-3.928.584, es claro que la señora Rosalba Vargas Gamboa laboró en el INPEC entre el 6 de mayo de 1974 y el 30 de noviembre de 1981. Adicionalmente, está probado que CAJANAL denegó la prestación en comento con base en que las 398 semanas laboradas lo fueron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Teniendo en cuenta que esta argumentación es contraria a las consideraciones generales expuestas ampliamente en esta providencia y que ambas autoridades judiciales declararon improcedente el amparo, la Sala revocará tales providencias y, en su lugar, ordenará a CAJANAL reconocer y pagar la indemnización sustitutiva. Al igual que en los casos anteriores, el otorgamiento de la citada prestación le corresponde a la mencionada entidad pública, en el entendido que la señora Vargas Gamboa elevó múltiples solicitudes desde junio de 2009, esto es, con anterioridad al 8 de noviembre de 2011.

4.2.2. Los segundos casos a resolver de fondo son aquellos en los cuales, además de la objeción atinente al momento en el cual terminó la vinculación laboral, la responsable de reconocer y pagar la indemnización sustitutiva sería una entidad pública que no transfirió el riesgo al sistema de seguridad social.

4.2.2.1. En cuanto al proceso T-3.918.123, es claro que la señora Herenia Álzate de Gómez laboró como educadora para el Departamento de Caldas entre el 1º de marzo de 1954 y el 31 de marzo de 1960. También se evidencia que nunca fue afiliada al seguro obligatorio, pues el citado Departamento

asumía directamente las prestaciones sociales de los trabajadores a su cargo. Adicionalmente, a partir de los medios probatorios obrantes en el expediente y de los argumentos expuestos por la Unidad de Prestaciones Sociales de la Gobernación de Caldas, se desprende que el motivo por el cual la entidad territorial negó la indemnización sustitutiva radica en que nunca cotizó a nombre de la demandante y que, al haber laborado antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, dichas semanas no podían ser tenidas en cuenta para el otorgamiento de prestación alguna.

Como se señaló en las consideraciones generales de esta providencia, tales alegaciones no son de recibo, pues incluso el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 contempla que el tiempo laborado con anterioridad a su vigencia como servidor público ha de tenerse en cuenta para el reconocimiento de las prestaciones en ella establecidas. Así las cosas, la accionante tiene derecho a que se le reconozca y pague la indemnización sustitutiva correspondiente al tiempo laborado entre el 1º de marzo de 1954 y el 31 de marzo de 1960.

Finalmente, como el juez de primera instancia declaró improcedente el amparo y dicha decisión fue confirmada por el *ad-quem*, la Sala revocará esas providencias y, en su lugar, ordenará a la Unidad de Prestaciones Sociales del Departamento de Caldas reconocer y pagar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a la señora Herenia Álzate de Gómez, conforme a lo establecido en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993.

4.2.2.2. En cuanto al expediente T-3.928.436, la señora Luzmila Molina Turriago laboró como servidora pública entre el 27 de julio de 1987 y el 15 de febrero de 1992 para la Gobernación del Quindío. Al momento de denegar la indemnización sustitutiva, la citada entidad alegó que tal prestación sólo correspondía a aquellas relaciones laborales vigentes con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Comoquiera que este argumento ha sido insistentemente desvirtuado por esta Corporación y que el juez de tutela declaró improcedente el amparo, la Sala revocará tal decisión y, en su lugar, ordenará a la Gobernación del Quindío que reconozca y pague la indemnización sustitutiva a la que la accionante tiene derecho.

4.3. Finalmente, la Sala ha de resolver el caso perteneciente al tercer escenario mencionado, esto es, en el que la objeción de reconocer y pagar la indemnización sustitutiva se sustentó en que la persona estuvo vinculada a una entidad privada que no realizó cotizaciones al ISS antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, ya que sólo había sido convocada a subrogar el riesgo en ciertos lugares del país.

Así las cosas, en lo que respecta al caso contenido en el expediente T-3.924.020, es claro que el señor Blas Niceforo Velázquez laboró para la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia entre el 1º de noviembre de 1960 y el 31 de mayo de 1973. Conforme fue expuesto, si las relaciones

laborales terminaban sin justa causa tras haber cumplido 10 años de servicios y el trabajador no había sido afiliado al seguro obligatorio por omisión del empleador, le correspondía a su favor el reconocimiento de una pensión de vejez. Empero, en este caso, de los medios probatorios obrantes en el expediente no es posible inferir la causa de terminación contrato. De ahí que, para los efectos de esta sentencia, no es posible realizar un juicio sobre el reconocimiento de dicha prestación.

Sin embargo, como la Federación hacía presencia en diferentes lugares del territorio nacional, había sido llamada a subrogar el riesgo correspondiente a la seguridad social y había afiliado a algunos de sus trabajadores al seguro obligatorio a partir de 1967, esto es, en el tiempo en el cual el señor Blas Niceforo Velásquez prestó sus servicios, no cabe duda de que este caso se ajusta a las excepcionales circunstancias previamente mencionadas, relativas a una especialísima situación que no fue regulada por el legislador, en la que esta Corporación está llamada a llenar el vacío⁵⁸.

De ahí que, tal y como fue señalado en las consideraciones generales de esta providencia, con el fin de realizar los principios de equidad y *pro operario* –en un contexto en el cual resulta claro el propósito del legislador de lograr una protección progresiva y universal para los trabajadores–, la Sala considera que la relación existente entre el empleador y el trabajador ha de ser nivelada en beneficio de este último (sujeto de 71 años de edad), por lo que ordenará a la Federación Nacional de Cafeteros que reconozca y pague al accionante la indemnización sustitutiva por los años laborados que, como se vio, beneficiaron a la citada empresa en el Departamento del Tolima por casi tres lustros. Lo anterior, como previamente se expuso, en el entendido que el empleador que fue objeto de llamamiento por el ISS es responsable del aprovisionamiento de los recursos para cubrir la asunción de los riesgos propios del seguro social frente a todos sus trabajadores, sin distinción y sin importar el lugar del territorio en donde se inició la cobertura. En consecuencia, esta Sala de revisión revocará las decisiones de las autoridades judiciales que declararon improcedente el amparo y, en su lugar, accederá a las pretensiones del demandante.

4.3. En conclusión, debido a que en todas las causas se cumplen los presupuestos para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, conforme con la jurisprudencia y los preceptos constitucionales y legales mencionados en las consideraciones generales de esta providencia, la Sala revocará las decisiones de instancia y, en su lugar, concederá el amparo de los derechos al mínimo vital y a la seguridad social. Por lo demás, con fundamento en el efecto general e inmediato de las normas de la seguridad social, la aludida prestación se liquidará según lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y demás disposiciones complementarias, teniendo en cuenta la correspondiente indexación.

⁵⁸ Véase, al respecto, las consideraciones expuestas en el acápite 3.4.2.9 de esta providencia.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida el 30 de abril de 2013 por la Sala de Decisión Penal de Tutelas de la Corte Suprema de Justicia, que a su vez confirmó la providencia emanada el 8 de abril de 2013 por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Manizales. En su lugar, se **CONCEDE** el amparo de los derechos al mínimo vital y a la seguridad social de la señora Herenia Álzate de Gómez y, en consecuencia, se **ORDENA** a la Unidad de Prestaciones Sociales de la Gobernación de Caldas que, en el término perentorio de 10 días contados a partir de la notificación de esta providencia, reconozca y pague a favor de la demandante la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, con base en los lineamientos contemplados en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, por el tiempo laborado entre el 1º de marzo de 1954 y el 31 de marzo de 1960. La suma correspondiente a la indemnización ha de ser actualizada al valor monetario actual (expediente T-3.918.123).

Segundo.- REVOCAR la sentencia proferida el 6 de febrero de 2013 por el Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de tierras de Sincelejo. En su lugar, se **CONCEDE** el amparo de los derechos al mínimo vital y a la seguridad social de la señora Alicia Rosa Yeneris Merlano y, en consecuencia, se **ORDENA** a CAJANAL -o quien haga sus veces- que, en el término perentorio de 10 días contados a partir de la notificación de esta providencia, reconozca y pague a favor de la demandante la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, con base en los lineamientos contemplados en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, por las 85 semanas laboradas antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones. La suma correspondiente a la indemnización ha de ser actualizada al valor monetario actual (expediente T-3.919.580).

Tercero.- REVOCAR la sentencia proferida el 15 de abril de 2013 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cali, que a su vez confirmó la providencia emanada el 13 de febrero de 2013 por el Juzgado 26 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de la misma ciudad. En su lugar, se **CONCEDE** el amparo de los derechos al mínimo vital y a la seguridad social del señor Blas Niceforo Velázquez y, en consecuencia, se **ORDENA** a la Federación Nacional de Cafeteros que, en el término perentorio de 10 días contados a partir de la notificación de esta providencia, reconozca y pague a favor del demandante la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, con base en los lineamientos contemplados en el artículo 37

de la Ley 100 de 1993, por el tiempo laborado entre el 1º de noviembre de 1960 y el 31 de mayo de 1973. La suma correspondiente a la indemnización ha de ser actualizada al valor monetario actual (expediente T-3.924.020).

Cuarto.- REVOCAR la sentencia proferida el 1º de abril de 2013 por el Juzgado Veintiuno Civil del Circuito de Bogotá. En su lugar, se **CONCEDE** el amparo de los derechos al mínimo vital y a la seguridad social de la señora Ana Margoth Clavijo de Vargas y, en consecuencia, se **ORDENA** a CAJANAL -o quien haga sus veces- que, en el término perentorio de 10 días contados a partir de la notificación de esta providencia, reconozca y pague a favor de la demandante la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, con base en los lineamientos contemplados en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, por el tiempo laborado correspondiente a 539 semanas. La suma correspondiente a la indemnización ha de ser actualizada al valor monetario actual (expediente T-3.927.410).

Quinto.-REVOCAR la sentencia proferida el 15 de abril de 2013 por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia. En su lugar, se **CONCEDE** el amparo de los derechos al mínimo vital y a la seguridad social de la señora Luzmila Molina Turriago y, en consecuencia, se **ORDENA** a la Gobernación del Quindío que, en el término perentorio de 10 días contados a partir de la notificación de esta providencia, reconozca y pague a favor de la demandante la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, con base en los lineamientos contemplados en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, por el tiempo laborado entre el 27 de julio de 1987 y el 15 de febrero de 1992. La suma correspondiente a la indemnización ha de ser actualizada al valor monetario actual (expediente T-3.928.436).

Sexto.- REVOCAR la sentencia proferida el 29 de abril de 2013 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga, que a su vez confirmó la providencia emanada el 7 de marzo de 2013 por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de la misma ciudad. En su lugar, se **CONCEDE** el amparo de los derechos al mínimo vital y a la seguridad social de la señora Rosalba Vargas Gamboa y, en consecuencia, se **ORDENA** a CAJANAL -o quien haga sus veces- que, en el término perentorio de 10 días contados a partir de la notificación de esta providencia, reconozca y pague a favor de la demandante la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, con base en los lineamientos contemplados en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, por el tiempo laborado entre el 6 de mayo de 1974 y el 30 de noviembre de 1981. La suma correspondiente a la indemnización ha de ser actualizada al valor monetario actual (T-3.928.584).

Séptimo.- Por Secretaría General, **LÍBRESE** la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado
Con salvamento parcial de voto

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General

ANEXO

La acción constitucional fue admitida por las autoridades judiciales de primera instancia en diferentes fechas⁵⁹ y los hechos se resumen así:

- (i) Los accionantes solicitaron a los demandados el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva por cumplir la edad para acceder a la pensión de vejez, pero carecer del tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas necesarias. El siguiente cuadro muestra la fecha de solicitud de cada accionante, al igual que la autoridad administrativa o el particular que recibió la petición.

Número del expediente	Fecha de solicitud	Entidad a la que solicitó y qué se pidió
T-3.918.123	24 de agosto de 2012	Departamento de Prestaciones Sociales del Departamento de Caldas. Solicitó la liquidación y pago de la indemnización sustitutiva por el tiempo de servicios. Elevó recurso de apelación ante la Gobernación del Departamento.
T-3.919.580	13 de marzo de 2009	CAJANAL. Solicitó el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva.
T-3.924.020	4 de noviembre de 2010	Federación Nacional de Cafeteros. Solicitó “(...) <i>el reconocimiento y pago del bono pensional (...)</i> ”.
T-3.927.410	14 de enero de 2011 a CAJANAL	CAJANAL. Pidió el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva.
T-3.928.436	21 de noviembre de 2012	Gobernación del Quindío. Pidió el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva.
T-3.928.584	11 de junio de 2009 y 15 de febrero de 2011 ante	CAJANAL y UGPP. Solicitó el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva.

⁵⁹ Para el expediente T-3.918.123, la autoridad judicial de primera instancia admitió la causa el 20 de marzo de 2013 (Cuaderno 1, folio 52). En lo que al expediente T-3.919.580 se refiere, la autoridad judicial lo hizo el 24 de enero de 2013 (Cuaderno q, folio 13). La causa correspondiente al expediente T-3.924.020, fue admitida por la autoridad judicial de instancia el 1º de febrero de 2013 (Cuaderno 1, folio 43). Con relación al expediente T-3.927.410, el juez constitucional admitió la demanda el 12 de marzo de 2013 (Cuaderno 1, folio 57). En cuanto al expediente T-3.928.436, la autoridad judicial de primera instancia admitió la causa el 3 de abril de 2013 (Cuaderno 1, folio 33). Finalmente, para el expediente T-3.928.584, la autoridad judicial de primera instancia admitió la demanda el 22 de febrero del año en curso.

	CAJANAL. 10 de abril de 2012 ante la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales	
--	---	--

(ii) Las entidades demandadas denegaron la petición esbozando los siguientes argumentos:

Número del expediente	Entidad que denegó y fecha de contestación	Argumento jurídico
T-3.918.123	Departamento de Prestaciones Sociales del Departamento de Caldas, el 31 de agosto de 2012 y Gobernación de Caldas, el 6 de noviembre de 2012.	La accionante nunca estuvo afiliada al sistema general de pensiones contemplado en al Ley 100 de 1993 y, para esa época, era el Departamento de Caldas el que pensionaba a sus empleados. Como nunca se efectuaron descuentos, no puede concederse la pretensión. Por su parte, para confirmar la negativa, la Gobernación planteó similares argumentos.
T-3.919.580	CAJANAL, el 28 de febrero de 2011. No elevó recurso alguno.	No acreditó cotizaciones al Sistema General de Pensiones con posterioridad a su vigencia.
T-3.924.020	Federación Nacional de Cafeteros.	A partir de 1967 y dependiendo de la sede de trabajo, la Federación fue afiliando al Sistema de Seguridad Social en pensión del Seguro Social. Ello dependía de los lugares donde el ISS prestaba los servicios. Por lo mismo, entre noviembre de 1960 y el 31 de diciembre de 1966 no se efectuaron descuentos ni estuvo afiliado. Además,

		la Federación no es una entidad de previsión social, por lo que no tiene por qué asumir la responsabilidad de los bonos pensionales.
T-3.927.410	CAJANAL, el 22 de diciembre de 2011. Elevó recurso de reposición que fue desatado el 16 de febrero de 2012, en el que se confirmó la negativa.	No es procedente la reclamación, pues cotizó antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993. El sistema general de Seguridad Social sólo cubre prestaciones causadas durante su vigencia.
T-3.928.436	Gobernación del Quindío, el 11 de diciembre de 2012, el 12 de enero de 2013 y el 11 de marzo de 2013. (Las primeras dos fueron peticiones separadas y la tercera la resolución del recurso de apelación).	La indemnización sustitutiva sólo opera para aquellos trabajadores que hayan cotizado con posterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social y que, tras retirarse, no cuenten con el requisito de semanas cotizadas. Además, el Departamento no es una Caja de Previsión Social, por lo que no le es dado reconocer este tipo de prestaciones. Ahora bien, si es el caso, la entidad responsable de reconocer la prestación sería el Fondo Nacional de Pensiones de los Entes Territoriales, por lo que se le insta acudir a tal entidad.
T-3.928.584	CAJANAL, el 30 de marzo de 2010. Resolvió el recurso de reposición el 18 de mayo del mismo año. Tras la nueva solicitud, respondió el 16 de agosto de 2012 y resolvió la reposición el 13 de septiembre del mismo año.	CAJANAL, no tiene derecho a la indemnización, debido a que se retiró antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. UGPP, indicó que es CAJANAL quien debe responder la solicitud.

- (iii) En el expediente T-3.918.123 la actora -quien para el momento de instaurar la tutela tenía 73 años de edad- trabajó como directora de la Escuela “El Jardín” del Municipio de Aránzazu desde 1º de marzo de 1954 hasta el 31 de marzo de 1959. También laboró entre el 1º de enero y el 31 de marzo de 1960 en el Instituto de Primaria del aludido Municipio.

- (iv) En el expediente T-3.919.580, la actora, de 59 años de edad, trabajó como mensajera aseoadora en el Instituto Nacional de Salud entre el 5 de octubre de 1979 y el 17 de junio de 1988, y en el Uni Colegio Mayor entre el 9 de junio de 1993 y el 4 de marzo de 1994, para un total de 485 semanas cotizadas.

- (v) En el expediente T-3.924.020, el accionante, de 71 años de edad, laboró para la Federación Nacional de Cafeteros -Comité Departamental de Cafeteros del Tolima- desde el 1º de noviembre de 1960 hasta el 31 de mayo de 1973. Presentó varias peticiones, la primera el 26 de julio de 2007 y la segunda el 4 de noviembre de 2010, para que le reconocieran el bono pensional.

- (vi) En el expediente T-3.927.410, la accionante laboró un total de 644 semanas. Tenía 69 años de edad al momento de elevar la tutela, pues nació el 9 de septiembre de 1943. Empezó a laborar el 26 de junio de 1974 hasta el 1 de enero de 1985, cotizando de manera ininterrumpida. Volvió a laborar entre el 30 de marzo de 1992 y el 30 de enero de 1994.

- (vii) En el expediente T-3.928.436, la accionante laboró en calidad de servidora pública, entre el 27 de julio de 1987 y el 15 de febrero de 1992 para la Gobernación del Quindío. Al momento de instaurar la acción de tutela contaba con 63 años de edad.

- (viii) En el expediente T-3.928.584, la accionante contaba con 65 años de edad al momento de instaurar la tutela y alegaba tener 398 semanas cotizadas. Laboró para el INPEC y su renuncia fue aceptada el 13 de enero de 1982.

1.2. Argumentos de los demandantes

Número del expediente	Argumentos
T-3.918.123	La negativa de la Gobernación desconoce que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 establece que se tendrán en cuenta las semanas cotizadas con anterioridad a dicha ley. Además, conforme con la Ley 33 de 1985 y el Decreto 1848 de 1969 ya

	existía para los empleadores la obligación de reconocer y pagar la pensión de vejez a sus trabajadores y de efectuar las cotizaciones respectivas. De otra parte, así no se hayan efectuado los descuentos correspondientes a la pensión, la Ley 6 de 1945 obliga a las entidades públicas a aprovisionar los recursos necesarios para otorgar las prestaciones que se causen a futuro. Finalmente, expuso que en un caso similar (T-083 de 2011), la Corte Constitucional concedió el amparo.
T-3.919.580	Según la accionante, al tener 59 años de edad, le resulta imposible ingresar al mercado laboral, razón por la cual no puede satisfacer sus necesidades básicas y se encuentra ante el acaecimiento de una situación apremiante que convoca la intervención del juez constitucional. Asimismo, expuso que de no reconocerle la indemnización sustitutiva se generaría un enriquecimiento sin causa a favor de CAJANAL. Finalmente, señaló que la Ley 100 de 1993 no estableció límite temporal a su aplicación, por lo que no sólo cubre a personas que hayan efectuado cotizaciones con posterioridad a su vigencia.
T-3.924.020	Es una persona de la tercera edad, que no puede reingresar al mercado laboral. En su criterio, se encuentra dentro del régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993. A continuación, citó los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, para señalar que las prestaciones que se venían causando a cargo de los patronos lo seguirían estando hasta tanto el ISS asumiera el riesgo, al tiempo que contempló el deber de los empleadores de realizar los aportes correspondientes para ello. De ahí que, sólo hasta la subrogación del pago de las obligaciones por parte del Seguro Social, los empleadores se liberarían de esta carga. Por lo demás, mencionó una sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que reiteró las normas antedichas, sobre todo en lo que respecta a la carga del empleador de velar por esos recursos para la pensión de vejez de sus trabajadores, antes de que el ISS asumiera el riesgo.
T-3.927.410	Se encuentra imposibilitada para seguir cotizando al sistema por su edad, por tener quebrantos de salud y por carecer de recursos económicos para ello. Si bien no cuenta con las semanas para acceder a la pensión de vejez, al tener la edad, le corresponde la indemnización sustitutiva. Para calcularla, por mandato de la Ley 100 (artículos 1 y 2 del Decreto 1730 de 2001, y el Decreto 4630 de 2005), han de tenerse en cuenta las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de dicha norma. Negar lo anterior, además de desconocer la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, se constituye en un enriquecimiento sin justa causa.
T-3.928.436	Trajo a colación providencias proferidas por la Corte

	Constitucional, donde se han favorecido este tipo de pretensiones, en las que se cuestionó el argumento en torno a que la indemnización sustitutiva sólo cubija hechos acaecidos con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993. En este sentido, enfatizó que el literal f) del artículo 13 de la mencionada ley contempla que para el reconocimiento de las prestaciones se tendrán en cuenta las semanas cotizadas con anterioridad a su vigencia. Aspecto que también se desprende del artículo 37 de dicha ley, que no condiciona su aplicación con relación a límite temporal alguno. Con respecto a la procedencia del amparo, se limitó a señalar que era la última posibilidad con que contaba para que sus derechos fundamentales fueran protegidos.
T-3.928.584	Cuenta con 65 años de edad y 398 semanas cotizadas. Sin embargo, carece de los medios para continuar aportando al sistema, razón por la cual solicita la indemnización sustitutiva. También refirió que en casos similares al suyo, la Corte Constitucional ha reconocido el amparo.

1.3. Intervención de las partes demandadas

Número del expediente	Entidades que intervienen	Argumentos de las entidades
T-3.918.123	Unidad de Prestaciones Sociales de la Gobernación de Caldas (UPSGP), la Secretaría de la Gobernación de Caldas y Ministerio de Educación	La Secretaría de la Gobernación de Caldas ⁶⁰ indicó que la actora laboró para el Departamento como Directora de la Escuela Rural “El Jardín” y posteriormente como Institutora Primaria, por lo que nadie más podría ser sujeto pasivo de la presente acción. Entre el 1 de marzo de 1954 y el 31 de marzo de 1960 nunca cotizó. En este sentido, enfatizó que se requiere determinada calidad (Administradora de Pensiones o Caja de Previsión) para reconocer una indemnización sustituida, según indica el artículo 2 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 1º del Decreto 4640 de 2005. De igual manera, enfatizó que el artículo 37 de la Ley 100 habla de <i>semanas</i> cotizadas para acceder a la

⁶⁰ Cuaderno 1, folio 61 a g

		indemnización en comento. Como quiera que la actora no cotizó, no le es aplicable, ya que su finalidad es restituir unos aportes que se efectuaron. Finalmente, el Ministerio indicó que carece de legitimación por pasiva en esta causa. Ello en razón al proceso de descentralización del sector educativo establecido en la Ley 60 de 1993. Las demás entidades vinculadas guardaron silencio.
T-3.919.580	CAJANAL y Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP	CAJANAL⁶¹ adujo que no se elevaron recursos contra la negativa de reconocer la indemnización solicitada. Igualmente enfatizó que debe ser desvinculada de la causa, ya que perdió competencia para reconocer este tipo de prestaciones en virtud del artículo 156 del Plan Nacional de Desarrollo (Ley 1151 de 2007), es decir, carece de competencia desde el 8 de noviembre de 2011, conforme lo establece el Decreto 4269 de 2011⁶². Además, a partir del 1º de diciembre se encuentra imposibilitada para reconocer prestaciones, ya que así lo establece el Decreto 4107 de 2011. Tal actuación le compete entonces a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, entidad a la cual se le envió el expediente de la señora Merlano el 30 de mayo de 2012. La Unidad mencionada guardó silencio.
T-3.924.020	Federación Nacional de Cafeteros y Colpensiones.	La Federación⁶³ contestó que no son 2 sino 3 las reclamaciones efectuadas por el actor. La que no mencionó la llevó a cabo en el 2002. Por lo mismo, no se cumple con el principio de inmediatez.

⁶¹ Cuaderno 1, folio 20 a 25.

⁶² El artículo 1º de ese decreto establece una distribución de competencias y determina que aquellas solicitudes de reconocimiento anteriores al 8 de noviembre de 2011 corresponderán a CAJANAL, mientras que el resto serán responsabilidad de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP.

⁶³ Cuaderno 1, folio 47 a 51.

		Aspecto que se enfatiza con el hecho de que la respuesta a la última petición tenga más de dos años. Además, el actor debe acudir a la jurisdicción ordinaria para resolver el conflicto que lo aqueja. Igualmente, no hay perjuicio irremediable, pues se persigue una prestación de vejez después de 40 años de retiro de la compañía. Con todo, mencionó que no es claro que el actor haya cotizado para otra entidad, luego no existen elementos que permitan determinar si le asiste la pensión de vejez. Colpensiones guardó silencio.
T-3.927.410	Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, CAJANAL	La UGPP⁶⁴ indicó que la acción de tutela no es procedente, pues los actos administrativos que dieron respuesta a la petición de reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva, pueden ser controvertidos en la jurisdicción contencioso administrativa. CAJANAL⁶⁵ solicitó ser desvinculado de la causa. Planteó las mismas razones resumidas en el expediente T-3.919.580.
T-3.928.436	Departamento del Quindío, y Ministerio de Hacienda y Crédito Público.	El Departamento del Quindío⁶⁶ indicó que esta controversia debe resolverse en la jurisdicción ordinaria, por lo que la tutela es improcedente. También reiteró que la indemnización sustitutiva sólo opera para aquellos trabajadores que se retiran con posterioridad a la Ley 100 de 1993. Por su parte, el Ministerio aludido⁶⁷, señaló que carece de legitimación por pasiva en esta causa. En este sentido, intervino como administrador del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET), que no es una administradora del sistema general de pensiones y que, por lo

⁶⁴ Cuaderno 1, folio 63 a 65.

⁶⁵ Cuaderno 1, folio 81 a 85.

⁶⁶ Cuaderno 1, folio 38 a 44.

⁶⁷ Cuaderno 1, folio 53 a 60.

		mismo, no le compete resolver este tipo de pretensiones. Con todo, enfatizó que la existencia de este fondo no exonera a las entidades territoriales de cumplir sus obligaciones pensionales, según se establece en el artículo 3º de la Ley 549 de 1999.
T-3.928.584	CAJANAL y UGPP	CAJANAL⁶⁸ afirmó que no se cumplen los requisitos para que la tutela sea procedente, ni siquiera como mecanismo transitorio, pues en la causa no hay un mínimo de evidencia fáctica que demuestre amenaza alguna. Igualmente, reiteró las mismas razones expuestas en el expediente T-3.919.580 relativas a que carece de legitimación por pasiva. Por lo demás, arguyó que la actora no cumple con los requisitos para acceder a la indemnización, ya que laboró entre 1974 y 1981. Por lo mismo, no se trata de una prestación causada dentro de la vigencia de la Ley 100 de 1993. La UGPP⁶⁹ también adujo que la acción de tutela resultaba improcedente, pues tenía que debatirse la legalidad del acto administrativo que denegó la indemnización sustitutiva. A continuación, refirió que la demandante debe acudir a otras instancias judiciales diferentes y no emplear una acción que por su naturaleza es subsidiaria y residual. Finalmente, enfatizó que lo que se disputa es una declaración en torno a derechos litigiosos, sobre los cuales el juez constitucional no es competente.

2. Sentencias de tutela

2.1 Sentencias de Primera Instancia

Número del	Autoridad judicial	Decisión y argumentos
------------	--------------------	-----------------------

⁶⁸ Cuaderno 1, folio 63 a 68.

⁶⁹ Cuaderno 1, folio 83 a 84.

expediente	y fecha de la decisión	
T-3.918.123	Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Manizales, el 8 de abril de 2013.	Declaró improcedente el amparo. Enfatizó en el carácter subsidiario de la acción de tutela y reiteró las reglas de procedencia ante el acaecimiento de un perjuicio irremediable. A continuación arguyó que en tratándose del reconocimiento de prestaciones sociales, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha exigido que se acredite “(...) (i) la existencia y titularidad del derecho reclamado, (ii) un grado importante de diligencia al momento de buscar la salvaguarda del derecho invocado y; (iii) la afectación del mínimo vital como consecuencia de la negación del derecho prestacional” ⁷⁰ . En lo referente al caso en concreto, enfatizó que existen otros medios de defensa judicial, como son las acciones existentes ante la jurisdicción contencioso administrativa. Por lo demás, no vislumbró el acaecimiento de un perjuicio irremediable. Finalmente, concluyó que tampoco se observa diligencia por parte de la actora, ya que ha transcurrido un tiempo considerable entre el momento en el cual cumplió la edad y los 73 años que en este momento tiene.
T-3.919.580	Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Sincelejo, el 6 de febrero de 2013.	Declaró improcedente el amparo ante la existencia de mecanismos ordinarios de defensa judicial. También enfatizó que no se cumplen las excepciones establecidas en la jurisprudencia para que la tutela proceda. En efecto, tras citar la Sentencia T-080 de 2010, concluyó que no se vislumbra un perjuicio irremediable, dado que no se aportaron medios probatorios que lo acrediten y no se trata de una persona

70

Cuaderno 1, folio 74.

		de la tercera edad, ya que para el momento tenía 59 años y no padece ninguna enfermedad. Además, la accionante no acudió durante casi dos años a los medios judiciales idóneos y eficaces para solventar su situación.
T-3.924.020	Juzgado Veintiséis Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cali, el 13 de febrero de 2013.	Declaró improcedente el amparo, pues el actor debe acudir a la jurisdicción ordinaria laboral para dirimir la controversia. No vislumbró el acaecimiento de un perjuicio irremediable, por el tiempo desde el cual dejó de laborar para la empresa - 40 años- y porque han pasado más de 2 años desde la respuesta a la última petición.
T-3.927.410	Juzgado Veintiuno Civil del Circuito de Bogotá, el 1º de abril de 2013.	Denegó el amparo. Al respecto consideró que la demandante debió acudir a la jurisdicción contencioso administrativa para resolver la controversia. Además, no vislumbró el acaecimiento de un perjuicio irremediable.
T-3.928.436	Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, el 15 de abril de 2013.	Declaró improcedente la acción. Consideró que se discute una prestación económica. A continuación, expuso que no se cumplen los requisitos jurisprudenciales para que la acción de tutela proceda de manera excepcional, incluso enfatizó que no fue alegado el acaecimiento de un perjuicio irremediable. Tampoco es claro que se le afecte el mínimo vital y no se trata de un sujeto de especial protección constitucional, ya que tiene 63 años.
T-3.928.584	Juzgado Séptimo del Circuito de Conocimiento de Bucaramanga, el 7 de marzo de 2013.	Negó el amparo, a pesar de que su argumentación giró en torno a la improcedencia de la tutela. Encontró que no se cumplían los elementos que hacen procesalmente viable el estudio de la acción. En este sentido, enfatizó que no se observaba perjuicio irremediable alguno.

2.2. Impugnación

Número del expediente	Argumentos de la apelación
T-3.918.123	Reiteró argumentos en torno a la procedencia de la acción de tutela para su caso. Enfatizó en su edad y en que carece de medios económicos de subsistencia. También expuso que por ignorancia no había reclamado la indemnización sustitutiva con anterioridad y que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido esta prestación para personas que cotizaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.
T-3.919.580	No se surtió
T-3.924.020	Reiteró que su edad es un elemento a tener en cuenta para la procedencia de la acción de tutela. También enfatizó que se cumple el principio de inmediatez, pues se trata de un daño continuado desde hace 40 años.
T-3.927.410	No se surtió
T-3.928.436	No se surtió
T-3.928.584	Reiteró que tiene 65 años de edad y que carece de ingresos económicos para solventar sus necesidades. Así mismo, señaló que el perjuicio que está sufriendo es actual e inminente, por lo que no puede esperar a que la jurisdicción contenciosa decida el asunto. Finalmente, expuso que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha concedido el amparo en casos como el suyo.

2.3. Sentencias de Segunda Instancia

Número de expediente	Autoridad judicial y fecha de la decisión	Decisión y argumentos
T-3.918.123	Sala de Decisión Penal de Tutelas de la Corte Suprema de Justicia, el 30 de abril de 2013	Confirmó la decisión de instancia. Indicó que para controvertir actos administrativos, como aquellos que denegaron la pretensión de reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, existe la vía contencioso administrativa. Por ello, al ser la acción de tutela subsidiaria y residual, no es la vía judicial llamada a proceder en este caso. Además, no encontró que se configurara perjuicio irremediable alguno. Finalmente,

		enfaticó que la situación de la actora se debe a su incuria, ya que sólo hasta el 24 de agosto de 2012 decidió reclamar la mencionada prestación económica, cuando los hechos que sustentan su causa acaecieron hace más de 50 años.
T-3.919.580	No se surtió	No hubo apelación
T-3.924.020	Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cali, el 15 de abril de 2013	Confirmó la decisión de instancia. Encontró que no se cumplían los presupuestos de procedencia de la acción de tutela. En primer lugar, por cuanto el litigio podía ser resuelto en la jurisdicción ordinaria y, en segundo lugar, debido a que no se observaba el acaecimiento de un perjuicio irremediable.
T-3.927.410	No se surtió	No hubo apelación.
T-3.928.436	No se surtió	No hubo apelación.
T-3.928.584	Sala Penal del Tribunal Superior de Bucara-manga, el 29 de abril de 2013.	Confirmó la decisión de instancia. Reiteró que este tipo de disputas se deben resolver a través de la jurisdicción contencioso administrativa. A continuación, mencionó que la accionante esperó más de 4 años para elevar la acción de tutela. Por ello, además de actuar en contra del principio de inmediatez, en ese tiempo sin duda pudo acudir al juez natural para que éste decidiera el caso.

2.4. Pruebas relevantes aportadas al proceso

Número del expediente	Elementos probatorios relevantes aportados
T-3.918.123	a. Declaración juramentada rendida ante el Notario 4 del Círculo de Manizales el 14 de marzo de 2013. En dicha declaración, la accionante manifiesta ser casada y no poder cotizar al sistema debido a sus 73 años de edad (Cuaderno 1, folio 20) b. Resolución No. 0200 de 2012, proferida por la Unidad de prestaciones Sociales del Departamento de Caldas el 31 de agosto de dicho año. En la argumentación brindada para negar la indemnización sustitutiva, se señala que la peticionaria nunca fue afiliada al Sistema General de

	Pensiones y que, por lo mismo, nunca cotizó para acceder a dicha prestación, pues el citado Departamento jubilaba a sus funcionarios con cargo a sus recursos propios. Además, la indemnización sustitutiva no existía durante el tiempo laborado por la señora Alzate Gómez (Cuaderno 1, folios 21 a 24). c. Resolución No. 6214 del 6 de noviembre de 2012, proferida por la Secretaría General del Departamento de Caldas. En ella se confirma la Resolución No. 200 previamente mencionada. Para ello, se reitera el argumento en torno a que la indemnización sustitutiva se creó para ser reconocida a aquellas personas afiliadas al Sistema General de Pensiones que no cumplen con los requisitos exigidos. Así, se enfatiza que la actora no estaba afiliada al Sistema General de Pensiones y que nunca cotizó en él (Cuaderno 1, folio 25 a 27). d. Certificado de Información Laboral, con fecha 1° de agosto de 2012, elaborado por el Departamento de Caldas. En él se indica que la señora Herenia Álzate estuvo vinculada desde el 1° de marzo de 1954 hasta al 31 de marzo de 1960 como <i>institutora primaria</i> del Departamento. También se indica que durante ese término no se efectuaron descuentos (Cuaderno 1, folio 28 a 32).
T-3.919.580	a. Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Alcira Rosa Yeneris Merlano, en donde consta que nació el 9 de mayo de 1953 (Cuaderno 1, folio 6). b. Resolución No. 041799 del 28 de febrero de 2011, mediante la cual se le niega la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a la señora Yeneris Merlano. En dicha Resolución, se reconoce que la actora presenta un total de 3.400 días laborados, correspondientes a 85 semanas. También se niega la prestación porque no acredita semanas cotizadas con posterioridad a la vigencia del Sistema General de Pensiones, que rige desde el 1° de abril de 1994 (Cuaderno 1, folio 7 a 9).
T-3.924.020	a. Copia de Cédula de Ciudadanía del señor Blas Niceforo Velásquez Sánchez, con fecha de nacimiento 2 de agosto de 1941 (Cuaderno 1, folio 13). b. Petición formulada el 26 de julio de 2007 ante la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, donde el accionante solicita se expida una certificación de tiempo laborado –equivalente a semanas– información en torno a qué aportes se han efectuado para pensiones y a qué administradora y cargo desempeñado. Lo anterior, con el fin de reclamar la pensión o la devolución de aportes

	(Cuaderno 1, folio 32). c. Contestación del Comité Departamental de Cafeteros del Tolima, con fecha 25 de octubre de 2007. En ella se indica que el actor laboró desde el 1° de noviembre de 1960 hasta el 31 de mayo de 1973 y que la Federación afilió a sus trabajadores al ISS desde el año 1967, <i>“en la medida en que fue permitido y de conformidad con la cobertura que ofrecía esa entidad en el país. (...) si el ISS no prestaba servicios en determinados municipios no se producía la convocatoria para inscripción, sin la cual (...) no (...) se cotizaba como empleador ni se efectuaba descuento al trabajador para estos riesgos”</i>. El municipio donde laboró no estaba cubierto por el ISS (Cuaderno 1, folio 37 a 38). d. Petición formulada el 4 de noviembre de 2010 ante la misma entidad. En ella se solicita el reconocimiento y pago de la pensión de vejez. El argumento principal, es que se encuentra en el régimen de transición por cumplir el requisito de edad (Cuaderno 1, folio 33 a 36). e. Contestación de la Federación Nacional de Cafeteros del 22 de noviembre de 2010. En ella se repiten los argumentos manifestados el 25 de octubre de 2007. Además, se le indica que para el momento de su retiro, los requisitos pensionales eran 55 años de edad y 20 de servicios. Ninguno de ellos cumplidos (Cuaderno 1, folio 40 a 42). f. Declaración rendida por el accionante ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cali. En dicha declaración manifiesta que tras desvincularse de la Federación, siguió laborando como independiente y cotizó aproximadamente 1 año y medio. Sin embargo, carece de documentos que puedan acreditar esta afirmación (Cuaderno 1, folio 75 a 77).
T-3.927.410	a. Certificación laboral expedida por la DIAN el 7 de febrero de 2008. En ella se indica que la actora laboró entre junio de 1974 y el 23 de enero de 1985, pero contó con una licencia no remunerada entre el 1° y el 29 de febrero de 1984. También se señala que no le asiste la indemnización sustitutiva porque no estaba afiliada para el momento en el cual entró en vigencia la Ley 100. (Cuaderno 1, folio 7 a 11). b. Petición formulada por la accionante el 28 de octubre de 2010, mediante la cual solicitó el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva (Cuaderno 1, folio 2). c. Resolución No. UGM 022132 del 22 de diciembre de 2011, mediante la cual CAJANAL niega a la señora Ana

	Margoth Clavijo de Vargas la indemnización sustitutiva. Se indica que ya para el 13 de febrero de 2008 la accionante había elevado una solicitud similar, que también fue denegada. Se expone que en total laboró 539 semanas. Sin embargo, el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 establece que el sistema de seguridad social sólo pagará las prestaciones consagradas en dicha ley. Como quiera que su vigencia se dio a partir del 1º de abril de 1994 y que la señora Clavijo no realizó cotizaciones con posterioridad a esa fecha, no es viable reconocerle la prestación (Cuaderno 1, folio 18 a 20). d. Resolución UGM 033603 del 16 de febrero de 2012, mediante la cual CAJANAL confirma, tras el recurso de reposición, la negativa de reconocer y pagar la indemnización sustitutiva. Para ello, se reitera el argumento atinente a que la indemnización sustitutiva surgió con la Ley 100 de 1993, por lo que no puede aplicarse de manera retroactiva para cotizaciones efectuadas con anterioridad. En efecto, ello se desprende del artículo 151 de la mencionada ley. (Cuaderno 1, folio 28 a 31). e. Copia de Cédula de Ciudadanía de la señora Ana Margoth Clavijo de Vargas, con fecha de nacimiento 9 de septiembre de 1943 (Cuaderno 1, folio 34). f. Copia de historia clínica oftalmológica, en donde se indica que padeció un desprendimiento de retina inferior del ojo derecho (Cuaderno 35 a 36). g. Resonancia magnética simple a la columna lumbosacra. Donde se afirma que hay cambios degenerativos en los discos intervertebrales de la paciente y que presenta escoliosis lumbar izquierda (Cuaderno 1, folio 37)
T-3.928.436	a. Copia de cédula de ciudadanía de Luzmila Molina Turriago, con fecha de nacimiento 22 de septiembre de 1949 (Cuaderno 1, folio 14). b. Declaración juramentada rendida por la accionante el 2 de abril de 2013 ante la Notaría Segunda del Círculo de Armenia, en la que manifiesta carecer de ingreso, ser viuda y estar desempleada (Cuaderno 1, folio 15). c. Resolución No. 070 del 11 de diciembre de 2012, mediante la cual la Secretaría Administrativa de la Gobernación del Departamento del Quindío, niega la solicitud de indemnización sustitutiva presentada por la señora Luz Mila Molina Turriago el 21 de noviembre de 2012. Para sustentar la negativa, indicaron que la obligación les corresponde a las Administradoras del régimen de prima media, función que no cumplía la

	liquidada Caja de Previsión Social del Departamento del Quindío. Además, la indemnización fue creada con la Ley 100 de 1993, por lo que sólo procede para aquellos trabajadores que cotizaron a partir de su vigencia. En relación con su caso, todos los aportes fueron hechos con anterioridad a ese momento, por lo que de reconocer la prestación, la Gobernación estaría inmersa en conductas susceptibles de responsabilidad disciplinaria y fiscal (Cuaderno 1, folio 20 a 21). d. Resolución No, 385 del 11 de marzo de 2013, mediante la cual se confirma la negativa de reconocer la indemnización sustitutiva. Para ello se reiteraron los argumentos de la Resolución No. 070 (Cuaderno 1, folio 18 a 19). e. Certificado de tiempo y remuneración por concepto de sueldos al servicio del Departamento del Quindío en calidad de servidor público (Cuaderno 1, folio 26 a 27).
T-3.928.584	a. Solicitud elevada ante CAJANAL, el 11 de junio de 2009, mediante la cual solicita la indemnización sustitutiva (Cuaderno 1, folio 4). b. Solicitud formulada el 13 de octubre de 2009 a CAJANAL, con el fin de que le reconocieran la indemnización sustitutiva (cuaderno 1, folio 5). c. Solicitud interpuesta el 15 de febrero de 2011 ante CAJANAL, para que se le reconozca la indemnización sustitutiva (Cuaderno 1, folio 32). d. Solicitud presentada ante la UGPP para obtener la indemnización sustitutiva, con fecha 10 de abril de 2012 (Cuaderno 1, folio 33). e. Copia de Cédula de Ciudadanía de la señora Rosalba Vargas Gamboa, con fecha de nacimiento 7 de agosto de 1947 (Cuaderno 1, folios 6 a 7). f. Certificados salariales expedidos por la Coordinación de tesorería del INPEC. Constan períodos desde el 6 de mayo de 1974 hasta el 30 de noviembre de 1981 (Cuaderno 1, folio 10 a 17). g. Declaración juramentada rendida el 11 de junio de 2009 ante la Notaría Sesenta y Cuatro del Círculo de Bogotá, en la cual la accionante manifiesta que no tener la posibilidad de continuar cotizando para acceder a la pensión (Cuaderno 1, folio 19). h. Resolución No. 3700 del 30 de marzo de 2010, expedida por CAJANAL. En ella se indica que la actora cuenta con 398 semanas laboradas para el Ministerio de Justicia entre 1974 y 1981. Para negar la indemnización, se argumenta que el Sistema General de Pensiones sólo

	cubre aquellas prestaciones previstas en él y que entró en vigencia el 1° de abril de 1994. De tal suerte que, comoquiera que la indemnización en comento fue creada en la mencionada ley y que la actora se desvinculó con anterioridad a su vigencia, no le corresponde la prestación (Cuaderno 1, folio 21 a 23). i. Respuesta a la petición, expedida por UGPP, el 26 de mayo de 2012. En ella se indica que la solicitud debe ser resuelta por CAJANAL, ya que su presentación se hizo ante esa entidad, por lo que le remitió la petición (cuaderno 1, folio 34 a 35). j. Resolución No. 054439 del 16 de agosto de 2012 expedida por CAJANAL. En esta Resolución se negó la indemnización sustitutiva alegando que la prestación fue creada por la Ley 100 de 1993 y que la actora sólo trabajó con anterioridad a la vigencia de la mencionada norma (Cuaderno 1, folio 36 a 38). k. Resolución No. UGM 055790 del 13 de septiembre de 2012 expedida por CAJANAL, en la que confirma la negativa a reconocer y pagar la indemnización sustitutiva. Para ello, utiliza los mismos argumentos anteriormente reseñados (Cuaderno 1, folio 42 a 44).
--	--