



Sentencia T-164/17

INDEMNIZACION SUSTITUTIVA-Caso en que se realizaron las cotizaciones y se prestaron los servicios con anterioridad a la vigencia del artículo 37 de la ley 100/93

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Persona natural que actúa a través de apoderado en defensa de sus propios intereses

LEGITIMACION POR PASIVA EN TUTELA-Autoridad pública

ACCION DE TUTELA Y PRINCIPIO DE INMEDIATEZ-Excepciones para aceptar que se presente en un extenso espacio de tiempo entre vulneración y presentación

- (i) Cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación es continua y actual.*
- (ii) cuando la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, hace desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros.*

DERECHO AL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA INDEMNIZACION SUSTITUTIVA-Carácter imprescriptible

En materia de imprescriptibilidad de indemnizaciones sustitutivas, la Corte Constitucional ha fijado como precedente que dicha imprescriptibilidad se predica tanto de la oportunidad para solicitar el reconocimiento de la prestación como de su posterior reclamación.

PRINCIPIO DE INMEDIATEZ EN ACCION DE TUTELA-
Inaplicación cuando violación persiste en el tiempo

ACCION DE TUTELA PARA RECLAMAR PRESTACIONES ECONOMICAS PENSIONALES-Reglas jurisprudenciales para la procedencia

PENSION DE JUBILACION PREVISTA PARA SERVIDORES PUBLICOS DE ENTIDADES TERRITORIALES-Normas pensionales aplicadas al sector público

INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE LA PENSION-
Finalidad

INDEMNIZACION SUSTITUTIVA-Existencia de déficit legal de regulación para servidores públicos que no fueron afiliados con posterioridad a entrada en vigencia de Ley 100 de 1993

INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE PENSION DE VEJEZ-Entidades encargadas de su reconocimiento deben tener en cuenta semanas cotizadas con anterioridad a vigencia de la Ley 100/93

DERECHO A LA INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE SERVIDOR PUBLICO-Se aplica indistintamente de si el trabajador fue afiliado o no por la entidad territorial a una caja o fondo prestacional

LEY 100 DE 1993-Al ser de orden público, es de aplicación inmediata para todos los habitantes, incluso frente a situaciones en curso o no consolidadas a su entrada en vigor

DERECHO A LA INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE SERVIDOR PUBLICO-Cuando vínculo laboral terminó sin que entidad territorial trasladara riesgo a una caja o fondo, ésta mantiene responsabilidad de asunción de reconocimiento y pago

DERECHO A LA INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE LA PENSION DE VEJEZ-Orden a Departamento reconocer y pagar indemnización sustitutiva de pensión de vejez

Referencia: Expediente T-5.865.693

Acción de tutela interpuesta por el ciudadano Luis Alfonso Gutiérrez Castro, por intermedio de apoderado judicial, contra el Departamento de Antioquia y Pensiones de Antioquia.

Magistrado Ponente:
ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá, D.C., trece (13) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado y los magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo y Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo proferido en primera instancia por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín (Antioquia), el veintinueve (29) de junio de dos mil dieciséis (2016), y en segunda instancia por el Tribunal Superior de Medellín, Sala Segunda de Decisión Laboral, del doce (12) de agosto del mismo año.

I. ANTECEDENTES

A. La demanda de tutela¹

1. Luis Alfonso Gutiérrez Castro mediante apoderado judicial² interpuso acción de tutela en contra de la Gobernación de Antioquia y Pensiones de Antioquia, al considerar que las accionadas vulneraron sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y móvil, a la igualdad y a la vida en condiciones dignas, al negarle el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva con fundamento en que los tiempos servidos fueron prestados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y por lo tanto, en su caso no es aplicable la indemnización sustitutiva.

¹ Acción de tutela presentada el 15 de junio de 2016 (folios 1 al 9 del cuaderno principal).

² Poder especial (folio 10 del cuaderno principal).

Pretensión: solicita que el juez de tutela ordene a las accionadas el reconocimiento y pago inmediato de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez como expleado público de la Gobernación de Antioquia, así como el respectivo retroactivo, indexación, intereses moratorios y las demás condenas que *ultra y extra petita* sean declaradas.

B. Hechos relevantes

2. El apoderado judicial manifiesta que el titular de los derechos fundamentales es un sujeto de especial protección dado que a su avanzada edad de 74 años³, sufre de parálisis en las extremidades del lado derecho, por lo que debe movilizarse en silla de ruedas y tiene dificultades del habla como consecuencia de un infarto cerebral por trombosis de arterias pre cerebrales sufrido el 5 de septiembre de 2015⁴. Manifiesta que no cuenta con hijos que se hagan cargo de él⁵ y que prácticamente se encuentra en la pobreza extrema⁶, por lo cual no ha podido sufragar, entre otras necesidades, las terapias físicas ordenadas por los médicos de urgencias⁷, ni se encuentra en la posibilidad económica para pagar un abogado que tramite su proceso ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ni con las fuerzas físicas para soportar el curso del proceso.

3. El señor Luis Alfonso Gutiérrez Castro trabajó como secretario de la Gobernación de Antioquia durante 18 años en los períodos comprendidos entre: el 12 de junio de 1963 al 31 de marzo de 1979; el 19 de julio de 1979 al 30 de junio de 1982; y el 4 de mayo de 1983 al 30 de junio de 1984, con una asignación salarial de \$28.720 para el año 1983 y \$36.870 para el año de 1984, últimos años que según la Dirección de personal de la entidad territorial accionada son base para determinar los factores

³ Copia de la cédula de ciudadanía del accionante a folio 52 donde consta como fecha de nacimiento el 23 de abril de 1942.

⁴ Historia clínica a folio 20.

⁵ En el servicio de urgencias del 5 de septiembre de 2015 obrante a folios 20 y 21 el médico tratante relaciona como antecedentes que: *“el paciente de la 8va década de la vida, católico, soltero, sin hijos, diestro, natal de Betania. En compañía de su sobrina quien no sabe absolutamente nada de él, presenta cuadro clínico de 8 horas de evolución”*.

⁶ Se verificó en el Registro Único de Afiliados del Sistema Integral de Información de la Protección Social – RUAF- que el accionante Luis Alfonso Gutiérrez Castro no tiene afiliaciones a pensiones, riesgos laborales, compensación familiar o cesantías y reporta lo siguiente:

Administradora	Programa	Fecha de Vinculación	Estado de la Vinculación	Estado del Beneficio	Tipo de Beneficio	Fecha del Último Beneficio	Ubicación de entrega del Beneficio
FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL	Adulto mayor fondo de solidaridad pensional Subcuenta de subsistencia PPSAM	2010-03-01	Activo	Otorgado	Económico	2016-04-01	Antioquia - CAÑASGORDAS

⁷ Folio 21.

salariales de los servidores públicos en armonía con el Decreto 1158 de 1994⁸.

4. Mediante escrito del 24 de noviembre de 2014 se solicitó a la Gobernación de Antioquia el reconocimiento de la indemnización sustitutiva. Solicitud que fue negada en la Resolución 136879 del 19 de diciembre de 2014 en tanto que *“el Departamento de Antioquia no ostenta la calidad de administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, el señor LUIS ALFONSO GUTIERREZ CASTRO no realizó cotizaciones mientras estuvo vinculado con el Departamento de Antioquia (la pensión de jubilación la asumía directamente la entidad), su retiro del servicio es con anterioridad al cumplimiento de edad y no declara su imposibilidad de continuar cotizando, por tanto no se cumplen los requisitos normativos para causar el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, razón por la cual le será negada”*⁹.

5. Inconforme con la anterior decisión, por medio de abogado y con escrito del 8 de enero de 2015 se interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación¹⁰, los cuales fueron rechazados de plano por falta de capacidad jurídica al no presentarse copia de la tarjeta profesional¹¹. El apoderado demostró en el trámite del recurso de queja que sí había cumplido con la carga de presentar su tarjeta profesional, por lo que mediante Resolución S201500096301 del 6 de abril de 2015¹² se ordenó dar trámite a los recursos interpuestos.

6. El recurso de reposición fue resuelto negativamente con la Resolución 2015001848859 del 27 de abril de 2015 al estimarse que el reclamante no cumplió con los 20 años de servicio exigidos por la Ley 33 de 1985 y al no estar prevista en esa ley la devolución de aportes, puntualizan que *“la indemnización sustitutiva se calcula sobre las cotizaciones efectuadas, por lo tanto si no las hubo, no habrá lugar a ella. Lo anterior debe ser así, por cuanto una entidad no puede devolver lo que no descontó”*¹³.

7. Por medio de la Resolución 201500280060 del 16 de junio de 2015 la Secretaría General del Departamento de Antioquia confirmó en todas sus partes la Resolución 2015001848859 del 27 de abril de 2015, agregando que de conformidad con la sentencia del 7 de abril de 2006, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín, se determinó que a los servidores públicos que prestaron sus servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no les es aplicable el beneficio de la

⁸ Certificado laboral emitido por la Secretaría de Gestión Humana y Desarrollo Organizacional de la Gobernación de Antioquia (folio 11 del cuaderno principal).

⁹ Resolución 136879 (folios 30 al 33 del cuaderno principal).

¹⁰ Recursos (folios 38 al 40 del cuaderno principal).

¹¹ Resolución del 17 de febrero de 2015 (folios 42 al 44 del cuaderno principal).

¹² Folio 35 del cuaderno principal.

¹³ Folio 36 ibíd.

indemnización sustitutiva, y que dichos tiempos solo son tenidos en cuenta en la medida que cumplan con el tiempo requerido para acceder a la pensión de jubilación, que en su caso son 20 años de servicio¹⁴.

8. Con el fin de actualizar su historia pensional, el accionante solicitó al Ministerio de Defensa mediante petición del 2 de marzo de 2016 copia de los tiempos correspondientes al servicio militar obligatorio. Respuesta que es emitida el 18 de marzo de 2016 y en la cual se indica que: “*durante la vinculación en el Ejército Nacional, el Señor LUIS ALFONSO GUTIERREZ CASTRO figuraba como Empleado Público del Ministerio de Defensa Nacional*” como soldado desde septiembre de 1964 a agosto de 1965¹⁵.

C. Respuesta de las entidades accionadas

9. Mediante Auto del 16 de junio de 2016¹⁶ el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín admitió la demanda de tutela y ordenó correr traslado a las accionadas Gobernación de Antioquia y Pensiones de Antioquia, sin que se efectuara vinculación de otra entidad o tercero interesado.

Pensiones de Antioquia

10. Con escrito del 22 de junio de 2016¹⁷ el representante legal de Pensiones de Antioquia¹⁸ aclara que su representada es un ente autónomo del Departamento de Antioquia, con autonomía administrativa, personería jurídica y patrimonio independiente¹⁹. Que si bien es una entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida que se rige por la Ley 100 de 1993 y demás normas que la complementan o modifican, no reconoce pensiones en nombre del Departamento de Antioquia.

11. Indica que sus obligaciones se dirigen al reconocimiento de las pensiones de vejez, invalidez o sobrevivientes de los servidores públicos que fueron afiliados con anterioridad al 30 de junio de 1995²⁰. En ese sentido, concluye que la accionada no es responsable de las pretensiones de la acción de tutela, toda vez que fue creada el 5 de diciembre de 1991 y el accionado se retiró del servicio el 30 de junio de 1984, es decir, casi siete (7) años antes de que asumiera la carga prestacional de los servidores públicos del Departamento de Antioquia, sin que al parecer

¹⁴ Folio 37 del cuaderno principal.

¹⁵ Folios 22 y 23 del cuaderno principal.

¹⁶ Folio 56 del cuaderno principal.

¹⁷ Obrante a folios 61 a 63 del cuaderno principal.

¹⁸ Poder especial (folio 64 del cuaderno principal).

¹⁹ Creada mediante Decreto 3780 del 5 de diciembre de 1991.

²⁰ Fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1995 para las entidades territoriales.

fuera afiliado por su empleador antes de la entrada en vigencia del sistema de seguridad social integral.

Gobernación de Antioquia

12. El secretario de despacho de la Gobernación de Antioquia²¹, solicitó que la presente acción fuera declarada improcedente al considerar que la entidad accionada no vulneró derecho fundamental alguno del ciudadano Luis Alfonso Gutiérrez Castro. Indica que el accionante pudo reclamar la indemnización sustitutiva cuando cumplió la edad pensional hace catorce (14) años, por lo que su reclamo tardío evidencia la inexistencia de un perjuicio irremediable.

13. Adicionalmente manifiesta que en el caso que nos ocupa es evidente la desidia del actor para acudir a los medios idóneos y prolijos para resolver el debate, como lo es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pues su petición fue resuelta por la Gobernación de Antioquia indicando que en su caso no le asiste el derecho a la indemnización sustitutiva al nunca haber realizado cotizaciones.

D. Decisiones judiciales objeto de revisión

Primera instancia: *Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín (Antioquia), del veintinueve (29) de junio de dos mil dieciséis (2016)*²²

14. El *a quo* concedió el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad y a la seguridad social del actor y en consecuencia: (i) ordenó a la unidad de prestaciones de la Gobernación de Antioquia que en el término perentorio de diez (10) días reconozca y pague a favor del demandante la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez con base en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 3 del Decreto 1730 de 2001, por el tiempo laborado, teniendo en cuenta que la suma correspondiente deberá ser actualizada; (ii) negó el amparo formulado en contra de Pensiones de Antioquia y (iii) advirtió a la accionada que el desacato a las órdenes judiciales conducen a la aplicación de lo reglamentado en los artículos 52 y 53 del Decreto 2591 de 1991.

15. Fundamentó el amparo en la aplicación del precedente constitucional reiterado en la sentencia T-122 de 2016²³ y en especial consideró que “*las obligaciones prestacionales de la seguridad social que se encontraban a cargo de las entidades territoriales antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, como quiera que nunca afiliaron a sus trabajadores a una caja de previsión social a fin de subrogarse en aquellas obligaciones, y más específicamente respecto del*

²¹ Contestación (folios 74 a 82 del cuaderno principal).

²² Folios 83 al 93 del cuaderno principal.

²³ MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez causada una vez entró en vigencia el nuevo sistema de seguridad social”²⁴ deben ser asumidas por la respectiva entidad.

Impugnación

16. Por medio de escrito del 7 de julio de 2016²⁵, la entidad condenada interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia del veintinueve (29) de junio de dos mil dieciséis (2016), notificada ese mismo día²⁶. Al estimar que: (i) se incumplió con el requisito de inmediatez ya que desde hace catorce (14) años el accionante pudo hacer uso de los medios judiciales y administrativos para el reclamo de su pretensión económica; (ii) que la inactividad judicial del tutelante se reiteró al momento de interponer la acción de tutela un año después de que quedara en firme la resolución por medio de la cual se negó el reconocimiento de la prestación social y (iii) que lo procedente era atacar la legalidad de dicho acto administrativo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; (iv) asimismo aduce que el paso de más de catorce (14) años sin ejercer una adecuada defensa de sus intereses deslegitima la presunción de un perjuicio irremediable o afectación del mínimo vital y móvil.

17. Al radicarse el recurso dentro del término procesal previsto, el juez de primera instancia concedió el recurso de apelación y dispuso la remisión del expediente a su superior jerárquico²⁷.

Segunda instancia: *Tribunal Superior de Medellín, Sala Segunda de Decisión Laboral, del doce (12) de agosto de dos mil dieciséis (2016)*²⁸

18. El *ad quem* al resolver la impugnación resolvió: (i) revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar (ii) declarar improcedente el amparo. Lo anterior al considerar que la tutela como mecanismo subsidiario es un instrumento jurídico residual que no puede desplazar a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, juez competente para decidir sobre la legalidad de las Resoluciones 136879 de 2014 y 201500184859 de 2015.

19. Asimismo estimó que el lapso de catorce (14) años transcurridos desde el momento en que adquirió la edad pensional y reclamó la prestación social en comento, era a todas luces inoportuno, sin aportar más pruebas que su historia clínica.

E. Actuación adelantada en la Corte Constitucional

²⁴ Folio 88 del cuaderno principal.

²⁵ Impugnación (folios 99 al 110 del cuaderno principal).

²⁶ Constancia de notificación (folio 98 del cuaderno principal).

²⁷ Folio 111 del cuaderno principal.

²⁸ Folios 113 a 126 del cuaderno principal.

20. De acuerdo con el auto de la Sala de Selección de Tutelas número Once del veinticinco (25) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), se decidió seleccionar el expediente T-5.865.693 y acumularlo con el proceso T-5.870.488, asignados por sorteo al Magistrado Alejandro Linares Cantillo y repartido el doce (12) de diciembre de ese mismo año²⁹.

21. No obstante, mediante auto del veintitrés (23) de enero de dos mil diecisiete (2017) al constatarse entre los expedientes acumulados la falta de identidad temática y de pretensiones, se procedió a su separación para que fueran decididos en sentencias independientes³⁰.

22. En desarrollo del trámite de revisión, el magistrado sustanciador consideró necesario disponer de mayores elementos de juicio que le permitieran esclarecer la situación fáctica del asunto sometido a estudio. Para ello ordenó:

“PRIMERO-. Por Secretaría General, **OFÍCIESE** a la Gobernación de Antioquia, Secretaría de Gestión Humana y Desarrollo Organizacional o la dependencia que corresponda para que en el término de los cinco (5) días siguientes a la notificación del presente auto informe a este despacho:

- (i) Si en el curso de los tiempos servidos por el señor LUIS ALFONSO GUTIERREZ CASTRO identificado con la C.C.No. 3.430.174 del 12 de junio de 1963 al 30 de junio de 1984 fue afiliado a alguna caja, fondo o entidad de previsión social del sector público del nivel territorial o nacional. En caso afirmativo indique el nombre de la entidad y los datos de la afiliación.
- (ii) Indique la modalidad de vinculación del señor LUIS ALFONSO GUTIERREZ CASTRO durante el tiempo servido a la Gobernación, así como los motivos de la cesación.
- (iii) Remita a este despacho los comprobantes de nómina, actas de liquidación de prestaciones o sus equivalentes del señor LUIS ALFONSO GUTIERREZ CASTRO.
- (iv) Describa detalladamente todos los conceptos de descuento aplicados a los salarios de los servidores de la Gobernación de Antioquia en el año 1984.

²⁹ Folio 12 del cuaderno de revisión.

³⁰ Folio 24 al 25 del cuaderno de revisión.

- (v) Informe cuál es el marco normativo de las pensiones de jubilación reconocidas y pagadas directamente por la Gobernación de Antioquia en calidad de empleador, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993³¹

23. En respuesta de las pruebas solicitadas, se obtuvo la siguiente información:

a) El 6 de febrero de 2017, el Director Administrativo de la Secretaría de Gestión Humana y Desarrollo Organizacional³² certificó que el señor LUIS ALFONSO GUTIERREZ CASTRO tuvo las siguientes vinculaciones:

1) Mediante Decreto 1 del 1° de junio de 1963 fue nombrado empleado público y laboró del 12 de junio de 1963 al 14 de octubre de 1963 como Secretario de Inspección de Policía de San Pascual en el Municipio de Cañas Gordas – Antioquia.

2) Con el Decreto 6 del 18 de septiembre de 1965 fue nombrado empleado público y laboró del 18 de septiembre de 1965 al 19 de junio de 1966 como Secretario de Inspección de Policía Clase II, Categoría 5, del corregimiento Oro Bajo en el Municipio de Cañas Gordas – Antioquia.

3) Por medio del Decreto 3 del 5 de febrero de 1967 fue nombrado empleado público y laboró del 14 de febrero de 1967 al 21 de enero de 1968 como Secretario de Inspección de Policía Clase II, Categoría 5, del corregimiento el Tigre en el Municipio de Amalfi – Antioquia.

4) En el Decreto 2 del 31 de enero de 1968 fue nombrado empleado público y laboró del 1 de enero de 1968 al 28 de febrero de 1969 como Secretario de Inspección de Policía Clase III, Categoría 6, del corregimiento de Puerto Perales en el Municipio de San Luis – Antioquia.

5) Mediante Decreto 3 del 5 de marzo de 1969 fue nombrado empleado público y laboró del 6 de marzo de 1969 al 4 de agosto de 1971 como Secretario de Inspección de Policía Clase III, Categoría 5, del corregimiento de Santa Rita en el Municipio de Carmen de Viboral – Antioquia.

6) Con el Decreto 877 del 26 de julio de 1971 fue nombrado empleado público y laboró del 5 de agosto de 1971 al 22 de marzo de 1972 como Secretario de Inspección de Policía Clase II,

³¹ Folio 29 al 30 del cuaderno de revisión.

³² Folio 48 a 72 del cuaderno de revisión.

Categoría 7C, del corregimiento de Las Mercedes en el Municipio de San Luis – Antioquia.

7) A través del Decreto 286 del 9 de marzo de 1972 fue nombrado empleado público y laboró del 19 de marzo de 1972 al 4 de marzo de 1976 como Secretario de Inspección de Policía Clase IV, Categoría 8C, del corregimiento de San Miguel en el Municipio de Sonsón – Antioquia.

8) En el Decreto 15 del 29 de julio de 1976 fue nombrado empleado público y laboró del 9 de agosto de 1976 al 3 de mayo de 1977 como Secretario titular de la Alcaldía, Clase VI, Categoría 17D, en el Municipio de Sabanalarga – Antioquia.

9) Por medio del Decreto 22 del 3 de octubre de 1977 fue nombrado empleado público y laboró del 4 de mayo de 1977 al 31 de marzo de 1979 como Secretario titular de la Alcaldía, Clase VI, Categoría 19D, en el Municipio de Belmira – Antioquia.

10) Con el Decreto 56 del 13 de julio de 1979 fue nombrado empleado público y laboró del 19 de julio de 1979 al 13 de mayo de 1980 como Secretario titular de la Alcaldía, Clase XII, Categoría 27B, en el Municipio de Yarumal – Antioquia.

11) En el Decreto 33 del 25 de junio de 1980 fue nombrado empleado público y laboró del 25 de junio de 1980 al 30 de junio de 1982 como Secretario titular de la Alcaldía, Categoría 9C, en el Municipio de Girardota – Antioquia.

12) Por medio del Decreto 17 del 8 de abril de 1983 fue nombrado empleado público y laboró del 4 de mayo de 1983 al 30 de junio de 1984 como Secretario titular de la Alcaldía, Grado 7C, en el Municipio de Girardota – Antioquia.

b) El apoderado judicial del tutelante mediante escritos del 2 de febrero de 2017³³ y 28 de febrero de 2017³⁴ aportó los siguientes documentos:

1) Resolución del 19 de julio de 2016 *“Por la cual se reconoce una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en cumplimiento de una sentencia de tutela”* a favor del señor LUIS ALFONSO GUTIERREZ CASTRO por valor de \$5.410.182 M/Cte.

2) Informe donde consta que la anterior resolución no ha sido cumplida, toda vez que el juez de segunda instancia revocó el

³³ Folios 75 al 86 del cuaderno de revisión.

³⁴ Folios 125 y 126 del cuaderno de revisión.

amparo y por lo tanto el pago de la misma no se ejecutó. Advirtió que la suma liquidada no corresponde al valor real al que tendría derecho su representado por la indemnización sustitutiva.

II. FUNDAMENTOS

A. COMPETENCIA

24. La Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones judiciales adoptadas con fundamento en el artículo 86 y en el numeral 9° del artículo 241 de la Constitución Política de 1991, desarrollados por los artículos 31 a 36 del Decreto 2491 del mismo año.

B. CUESTIONES PREVIAS- PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

25. Por disposición del artículo 86 del Texto Superior se consagró la acción de tutela como un mecanismo judicial de carácter preferente y sumario, diseñado para la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando éstos se vean amenazados o vulnerados por parte de cualquier autoridad pública o privada. Es así como en ejercicio de esta garantía constitucional, en primera instancia se concedió el amparo de los derechos fundamentales del ciudadano Luis Alfonso Gutiérrez Castro, decisión que al ser revocada por improcedente; resulta necesario verificar previo al planteamiento del problema jurídico, si en el presente caso se cumplen los presupuestos jurídicos que habilitan el estudio de fondo.

26. *Legitimación por activa:* la demanda fue presentada por intermedio de apoderado judicial³⁵ a nombre del titular de los derechos presuntamente lesionados, Luis Alfonso Gutiérrez Castro, lo cual tiene fundamento en los artículos 1 y 10 del Decreto 2591 de 1991³⁶ y el 86 de la Constitución Política³⁷.

27. *Legitimación por pasiva:* el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991³⁸ establece que la acción de tutela procede por las acciones u omisiones de

³⁵ Poder especial (folio 10 del cuaderno principal).

³⁶ Artículo 1o. Objeto. 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 (...).

Artículo 10. Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

³⁷ 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.

³⁸ Artículo 5o. Procedencia de la acción de tutela. La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley.

toda autoridad pública. En ese sentido, el Departamento de Antioquia, representado por su Gobernador, es una entidad pública del nivel territorial, perteneciente a la rama Ejecutiva y susceptible de demanda de tutela. Adicionalmente, se evidencia que existe una relación de subordinación del tutelante frente a la entidad territorial accionada, derivada de los tiempos servidos a dicha Gobernación.

28. Pensiones de Antioquia es una entidad administradora de pensiones de régimen de prima media con prestación definida, creada mediante Decreto 3780 del 15 de diciembre de 1991 como un establecimiento público del orden departamental, adscrito a la Secretaría de Servicios Administrativos Departamentales, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.

29. *Inmediatez*: Esta Corporación a través de sus distintas Salas de Revisión ha insistido que frente al ejercicio de la acción de tutela no existe un término de caducidad o prescripción de la misma, lo cual supone que el juez no puede rechazarla *in limine* solo con el fundamento del tiempo transcurrido, pues este mecanismo constitucional tiene como propósito la protección inmediata de derechos fundamentales; finalidad que obliga a que en ciertos casos no sea exigible de manera estricta el principio de inmediatez, entre otros: “(i) cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación es continua y actual. (ii) cuando la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, hace desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros”³⁹

30. El análisis de este requisito de procedibilidad en el caso bajo estudio reporta una circunstancia especial, tratándose del reconocimiento y pago de una prestación social caracterizada por la jurisprudencia constitucional como imprescriptible. Sobre el particular, en la sentencia T-477 de 2015⁴⁰ la Sala Segunda de Revisión reiteró que “en materia de imprescriptibilidad de indemnizaciones sustitutivas, la Corte Constitucional ha fijado como precedente que dicha imprescriptibilidad se predica tanto de la oportunidad para solicitar el reconocimiento de la prestación como de su posterior reclamación” (subraya fuera de texto).

31. Ahora bien, en un caso análogo resuelto en la sentencia T-164 de 2011⁴¹ la Sala Octava de Revisión examinó la situación de una ex trabajadora que interpuso la acción de tutela contra Cajanal, al negarle una indemnización sustitutiva con fundamento en que había realizado las

³⁹ Sentencia T-584 de 2011 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴⁰ MP. Mauricio González Cuervo.

⁴¹ MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

cotizaciones al sistema de seguridad social con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993. Al pronunciarse sobre este requisito de procedibilidad la Corte Constitucional expresó:

“[L]a jurisprudencia constitucional también ha considerado que no es procedente alegar la inmediatez en la interposición de la acción de tutela cuando el juez constitucional puede constatar que el desconocimiento del derecho fundamental alegado efectivamente subsiste a pesar del paso del tiempo, pues la inmediatez en ningún caso puede entenderse como una suerte de caducidad que la Constitución no ha previsto para el mecanismo contenido en el artículo 86 de la misma, argumento que se refuerza en el caso del derecho a la seguridad social que es, de acuerdo con el artículo 53 de la Constitución, irrenunciable.

En el presente asunto, puede determinarse que la vulneración al derecho a la seguridad social del [accionante] persiste en el tiempo, por cuanto, la negación del reconocimiento de la indemnización sustitutiva, le restringe la posibilidad al actor de contar con un ingreso para satisfacer sus necesidades, por lo que no es conducente, como lo anotan los jueces de instancia, alegar la ausencia de este requisito”⁴² (subraya fuera del texto).

32. De lo expuesto se puede concluir que esta prestación económica - indemnización sustitutiva- al hacer parte del derecho a la seguridad social, ha sido dotada por la Constitución del carácter de imprescriptible e irrenunciable, por lo que sería irrazonable y desproporcionado exigirle al accionante que solicitara la devolución de los aportes a la finalización del vínculo laboral -30 de junio de 1984-, o como lo pretende el apoderado de la Gobernación accionada al cumplir la edad pensional de 60 años -23 de abril de 2002- toda vez que contaba con la posibilidad de continuar su vida laboral para lograr consolidar el derecho a una pensión de vejez.

33. Acorde con la situación fáctica y las pruebas aportadas se constata que el titular de los derechos afectados presentó una serie de reclamaciones y recursos tendientes a obtener el reconocimiento de la indemnización sustitutiva y desde el 24 de noviembre de 2014 –solicitud de reclamación a la Gobernación- soportó las trabas administrativas impuestas por su antigua empleadora, como dilatar la resolución de su petición por casi seis meses con base en la no presentación de la copia de la tarjeta profesional del apoderado judicial, hecho que fue desvirtuado por el abogado⁴³, hasta que efectivamente el 16 de junio de 2015 se resolvieron los recursos confirmando la negativa⁴⁴. Adicionalmente se

⁴² Sentencia T-164 de 2011.

⁴³ Supra numeral 5.

⁴⁴ Supra numeral 6.

tiene que si bien transcurrió casi un año entre la ejecutoria del acto administrativo antes mencionado y la interposición de la tutela -15 de junio de 2016-, el actor nunca cesó en la búsqueda de la defensa de sus derechos, puesto que solicitó actualización de los tiempos servidos al Ministerio de Defensa, contestación dada tres meses antes de la presentación de la demanda de tutela⁴⁵. De todo lo expuesto, se tiene por satisfecho el cumplimiento de este requisito de procedibilidad.

34. *Subsidiariedad*: La Constitución Política en el artículo 86 consagra que la acción de tutela, debido a su carácter residual y subsidiario, “*sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable*”. No obstante, la jurisprudencia constitucional en sede de revisión⁴⁶ ha coincidido con que aun cuando exista un mecanismo judicial para dirimir las controversias particulares del caso, si dicho proceso no satisface los parámetros de *idoneidad* y *eficacia*, la protección por vía de tutela será directa y definitiva, en especial, si el actor es un sujeto de especial protección constitucional.

35. Las diferentes Salas de Revisión han precisado que cuando exista un conflicto de índole prestacional que comprometa significativamente los derechos fundamentales de una persona de avanzada edad y, además, la acción judicial prevista jurídicamente para resolver el conflicto no garantice de manera oportuna y plena las prerrogativas constitucionales comprometidas, la acción de tutela es procedente.

36. A propósito de lo anterior, la sentencia T-122 de 2016⁴⁷ se ocupó del caso de un ex trabajador al que también se le negó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva por los tiempos servidos a la Secretaría de Obras Públicas del Departamento de Antioquia, -del 24 de abril de 1986 al 17 de febrero 1997-. En esa oportunidad, la Sala Cuarta de Revisión reiteró la procedencia de la acción con fundamento en las siguientes reglas:

- “(i) Que se trate de una persona de la tercera edad, considerada sujeto de especial protección;*
- (ii) El estado de salud del solicitante y su familia;*
- (iii) Las condiciones económicas del peticionario;*
- (iv) La falta de pago de la prestación o su disminución, genera un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular, del derecho al mínimo vital;*

⁴⁵ Supra numeral 8.

⁴⁶ Al respecto la Sentencia T-222 del 2014 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) señaló: “*No puede predicarse idoneidad y eficacia de un recurso sin hacerse un análisis concreto. Ello implica que el juez constitucional despliegue una carga argumentativa a fin de determinar la procedencia de la tutela. No es dable en un Estado Social de Derecho que un juez constitucional niegue por improcedente un amparo constitucional sin si quiera analizar, paso a paso, el requisito de subsidiariedad*” véase también la Sentencia T-211 del 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

⁴⁷ MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

(v) *Que el afectado haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial, tendiente a obtener la protección de sus derechos, y*
(vi) *Que el interesado acredite, siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados*⁴⁸.

37. En el presente caso, la Sala Tercera de Revisión advierte que: (i) el accionante es un sujeto de especial protección constitucional no solo por su edad -74 años-⁴⁹; (ii) sino también por su delicado estado de salud -parálisis en las extremidades del lado derecho, dificultades del habla y trombosis-⁵⁰; (iii) sin ingresos -beneficiario del programa de subsidios para el adulto mayor-⁵¹; (iv) la falta de pago de la indemnización sustitutiva genera una afectación directa a su derecho a la seguridad social y el proveerse de recursos para su manutención; (v) tal y como se corroboró en el acápite de inmediatez, el accionante desde el 24 de noviembre de 2014 ha obrado diligentemente en la búsqueda del reconocimiento de su derecho prestacional; (vi) y manifestó que dada su situación de extrema pobreza y estado de salud, no se encuentra en condiciones de afrontar el proceso judicial ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo⁵². Todas estas circunstancias corroboran que el proceso de la referencia cumple con los supuestos de procedencia reiterados por la jurisprudencia en sede de revisión, y por tanto, se concluye que resulta admisible su estudio de fondo.

C. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO, MÉTODO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN

38. Acorde con los fundamentos fácticos expuestos en la Sección I de esta providencia, le corresponde a la Sala Tercera de Revisión determinar si la Gobernación de Antioquia a través de su Secretaría de Gestión Humana y Desarrollo Organizacional vulneró los derechos fundamentales a la igualdad y a la seguridad social del accionante Luis Alfonso Gutiérrez Castro, al negar el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva por los tiempos servidos a dicha entidad antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

39. Con el fin de resolver el problema jurídico planteado la Sala: (i) estudiará el contexto normativo de las pensiones de los servidores públicos de las entidades territoriales reconocidas antes la entrada en vigencia del sistema integral de pensiones; (ii) analizará los fundamentos constitucionales y legales de la indemnización sustitutiva; (iii) reiterará la

⁴⁸ Exigencias señaladas en la sentencia T-115 de 2011 MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁴⁹ *Supra* hecho número 2.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Ver pie de página No. 6.

⁵² *Ibidem*.

jurisprudencia constitucional respecto del derecho a reclamar el equivalente de los tiempos servidos cuando no se trasladó el riego pensional a una caja o entidad administradora de pensiones y, seguidamente, (iv) resolverá el caso concreto.

D. PENSION DE JUBILACION PREVISTA PARA LOS SERVIDORES PÚBLICOS DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES

40. Previa a la unificación de los diferentes regímenes pensionales existentes en Colombia efectuada con la Ley 100 de 1993 mediante la consagración de un Sistema General de Pensiones, el reconocimiento y pago de las contingencias de vejez, invalidez y muerte estaban a cargo de diferentes entidades públicas, personas naturales o jurídicas del sector privado, las cuales reconocían las denominadas pensión de jubilación⁵³ o patronales⁵⁴ dependiendo de la naturaleza jurídica de quien fungía como responsable.

41. Dicha dispersión se vio ampliamente reflejada en el esquema pensional del sector público, puesto que cada entidad pública del nivel central y territorial contaba por lo general con su propia regulación y entidad pagadora. En ese sentido, las pensiones sufragadas por las entidades territoriales podían ser asumidas por la misma entidad (Gobernación o Alcaldía) o por una caja o fondo pensional del nivel territorial.

42. Las principales normas pensionales aplicadas al sector público eran las siguientes:

Ley 6 de 1945 Por la cual se dictan algunas disposiciones	“Artículo 17. Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: (...) b) Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta
--	--

⁵³ Ley 171 de 1961, artículo 8 (derogado) (...) En todos los demás aspectos de la pensión aquí prevista se regirá por las normas legales de la pensión vitalicia de jubilación.

Parágrafo. Lo dispuesto en este artículo se aplicará también a los trabajadores ligados por contrato de trabajo con la administración pública o con los establecimientos públicos descentralizados, en los mismos casos allí previstos y con referencia a la respectiva pensión plena de jubilación oficial (Decreto 1572 de 1973, artículo 5).

⁵⁴ Código Sustantivo del Trabajo, artículo 260 (derogado). “DERECHO A LA PENSION. 1. Todo trabajador que preste servicios a una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$ 800.000) o superior, que llegue o haya llegado a los cincuenta y cinco (55) años de edad, 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 pensión de vejez, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio.

2. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad expresada tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de los veinte (20) años de servicio”.

sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo	(50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados, sin bajar de treinta pesos (\$30) ni exceder de doscientos pesos (\$200) en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión”.
Ley 24 de 1947 Por la cual se adiciona el artículo 29 de la Ley 6ª de 1945 y se dictan otras disposiciones de carácter social	“Artículo 1. Los servicios prestados sucesiva o alternativamente a distintas entidades de derecho público, se acumularán para el cómputo del tiempo, en relación con la jubilación, y el monto de la pensión correspondiente se distribuirá en proporción al tiempo servido y al salario remuneración devengados en cada una de aquéllas. Los trabajadores cuyos salarios o remuneraciones se paguen con cargo a fondos especiales con aporte a varias entidades de derecho público, gozarán de las prestaciones más favorables que éstas reconozcan a sus propios trabajadores, con cargo al mismo fondo especial”.
Decreto 1848 de 1969 Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968	“Artículo 68. <i>Derecho a la pensión.</i> Todo empleado oficial que preste o haya prestado sus servicios durante veinte (20) años, continua o discontinuamente, en las entidades, establecimientos o empresas señalados en el artículo 1º de este decreto, tiene derecho a gozar de pensión de jubilación al cumplir cincuenta y cinco años de edad, si es varón, o cincuenta (50) años de edad, si es mujer” (modificado por el artículo 7 de la Ley 71 de 1988).
Ley 33 de 1985 Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el sector público	“Artículo 1. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para le aportes durante el último año de servicio”.
Ley 71 de 1988	“Artículo 7. A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten

<p>Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones</p>	<p>veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.</p> <p>El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas”.</p>
--	--

43. En armonía con la normatividad antes reseñada, el servidor público que acreditara la edad y el tiempo de servicios requerido por su ley especial, consolidaría un derecho adquirido materializado en una pensión de jubilación⁵⁵. No obstante, al entrar en vigor el nuevo Sistema General de Pensiones, se generaron algunas afectaciones a las expectativas legítimas tanto para los empleados públicos afiliados a Cajas, como para aquellos, cuyo riesgo nunca fue transferido por la entidad a un fondo pensional.

44. Acorde con el propósito de unificación del régimen pensional⁵⁶, se dispuso la incorporación de los servidores públicos que todavía no habían sido afiliados a una entidad de previsión social (art. 273 de la Ley 100 de 1993⁵⁷); se establecieron mecanismos de compensación económicos para que las entidades territoriales actualizaran sus pasivos pensionales (arts.

⁵⁵ En la sentencia C-410 de 1997 MP. Hernando Herrera Vergara la Corte al estudiar la acción pública de inconstitucionalidad en contra el artículo 146 (parcial) de la Ley 100 de 1993 indicó que: “*El derecho pensional sólo se perfecciona previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley, edad y tiempo de servicio, lo cual significa que mientras ello no suceda, los empleados o servidores públicos o personas vinculadas laboralmente a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados que al momento de entrar en vigencia la ley 100 de 1993 no habían cumplido dichos requisitos, apenas tenían una mera expectativa, por lo que no les son aplicables las normas vigentes antes de la expedición de dicha ley. El privilegio establecido en el inciso segundo para quienes cumplan dentro de los dos años siguientes a la vigencia de la ley 100 los requisitos para pensionarse, genera un tratamiento inequitativo y desigual frente a los demás empleados o servidores públicos o personas vinculadas laboralmente a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados que cumplan dichos requisitos con posterioridad*”.

⁵⁶ Ley 100 de 1993, artículo 289. “VIGENCIA Y DEROGATORIAS. La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación, salvaguarda los derechos adquiridos y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el artículo 2o. de la Ley 4a. de 1966, el artículo 5o. de la Ley 33 de 1985, el parágrafo del art. 7o. de la Ley 71 de 1988, los artículos 260, 268, 269, 270, 271 y 272 del Código de Sustantivo del Trabajo y demás normas que los modifiquen o adicione”.

⁵⁷ RÉGIMEN APLICABLE A LOS SERVIDORES PÚBLICOS. “El Gobierno Nacional, sujetándose a los objetivos, criterios y contenido que se expresan en la presente Ley y en particular a lo establecido en los artículos 11 y 36 de la misma, podrá incorporar, respetando los derechos adquiridos, a los servidores públicos, aún a los congresistas, al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

La seguridad social procurará ser universal para toda la población colombiana”.

145 y 267 de la Ley 100 de 1993⁵⁸) e incluso se fijó una fecha especial de vigencia para el sector público -30 de junio de 1995- (art.151 de la Ley 100 de 1993⁵⁹) distinta a la del sector privado -1 de abril de 1994-.

E. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA

45. El derecho a la seguridad social en su dimensión pensional (C.P. 48) se caracteriza en principio por la garantía de irrenunciabilidad para todos los habitantes, la ampliación de la cobertura y la protección de los derechos adquiridos. Frente a este último aspecto, la reforma constitucional introducida al sistema pensional con el Acto Legislativo 1 de 2005 da cuenta del especial interés del Estado en la consolidación del derecho pensional⁶⁰.

46. No obstante lo anterior, no siempre es posible consolidar un derecho pensional teniendo en cuenta que en el esquema de aseguramiento de las prestaciones sociales del régimen de prima media, concurren por un lado, los esfuerzos del afiliado ya sea dependiente de una relación de trabajo o independiente (cotizaciones) y por otro, un porcentaje de financiación proveniente del fondo común (subsidio), para que nazca un derecho pensional al acreditarse las condiciones legales de edad y número de semanas.

47. Ante la imposibilidad de causación de un derecho pensional, el Legislador previó un mecanismo de compensación mediante la devolución de los aportes entregados por el afiliado al sistema pensional⁶¹. Sobre el particular, al declararse la exequibilidad del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 en la sentencia C-375 de 2004⁶², la Corte dejó en claro que:

“La finalidad de la misma es permitir a las personas que luego de haber llegado a la edad de pensión (i) no hayan alcanzado a generar la pensión mínima (ii) no hayan cotizado al menos 1150 semanas [hoy 1300] para reclamar la devolución de saldos o la indemnización sustitutiva de sus aportes. La hipótesis contraria

⁵⁸ Ibídem. Artículo 145 sobre recursos para el pago de pensiones en las entidades territoriales y el artículo 267 respecto de la estimación del pasivo pensional y reaforo de rentas.

⁵⁹ Ibídem. Artículo 151.vigencia del sistema general de pensiones.

⁶⁰ Acto Legislativo 1 de 2005 “*Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones*”.

⁶¹ Ley 100 de 1993, artículo 37. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. “Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado”.

⁶² MP. Eduardo Montealegre Lynett.

implicaría que, aun cuando los cotizantes hayan alcanzado la edad en la cual ley presume la disminución significativa de la capacidad laboral, y pese a que los mismos declaren la imposibilidad de seguir cotizando, el Estado institucionalice la obligación de seguir aportando, sin tomar en consideración las condiciones fácticas que impiden a los sujetos hacerlo”.

48. En sede control concreto, la Sala Cuarta de Revisión al revisar los casos de dos ex trabajadores y una viuda a los que Cajanal les negó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva por los tiempos servidos al Departamento de Boyacá y Departamento de Atlántico antes de la vigencia del sistema general, en la sentencia T-844 de 2012⁶³ consideró lo siguiente:

“En ese orden de ideas, conforme con lo que ha establecido la ley y la jurisprudencia, y, dado que el legislador estableció la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes en los mismos términos que la de vejez, en el caso de aquellas personas que soliciten esta prestación y las semanas cotizadas por el causante correspondan a periodos anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se debe dar aplicación al literal f del artículo 13 de la mencionada ley y al inciso 4º del artículo 2 del Decreto 1730 de 2001, el cual establece 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”*. En esa medida, al igual que en la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, las entidades responsables del reconocimiento deberán tener en cuenta estos aportes y por ende, proceder a la devolución de los mismos una vez solicitados a título de indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes”.

49. Tal y como se mencionó previamente, el concepto de indemnización sustitutiva fue incorporado en el régimen de prima media con prestación definida con el Decreto 1730 de 2001, modificado por el Decreto 4640 de 2005, el cual, reglamentó: (i) los eventos de causación del derecho (art. 1⁶⁴); (ii) la obligatoriedad del reconocimiento por parte de las entidades administradoras (art. 2⁶⁵); (iii) la cuantía de la indemnización (art. 3⁶⁶); y

⁶³ MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁶⁴ ARTICULO 1º. Causación del derecho. “Habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1993, por parte de las Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, cuando los afiliados al Sistema General de Pensiones estén en una de las siguientes situaciones: a) Que el afiliado se retire del servicio habiendo cumplido con la edad, pero sin el número mínimo de semanas de cotización exigido para tener derecho a la pensión de vejez y declare su imposibilidad de seguir cotizando (...)”.

⁶⁵ ARTICULO 2º. Reconocimiento de la indemnización sustitutiva. “Cada administradora del régimen de prima media con prestación definida a la que haya cotizado el trabajador, deberá efectuar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, respecto al tiempo cotizado. (...) Para determinar el monto de la indemnización sustitutiva se tendrán en cuenta la totalidad de semanas cotizadas, aún las anteriores a la Ley 100 de 1993”.

(iv) requisitos (art. 4) e (v) incompatibilidades (art.6), entre otras disposiciones.

50. Dicho decreto reglamentario fue objeto de control por parte del Consejo de Estado en la sentencia de 27 de octubre de 2005⁶⁷, en cuya oportunidad se analizó si la frase “*se retire del servicio*” contenida en el artículo 1° del Decreto 1730 de 2001, violaba o no la Constitución o la ley. La pretensión de nulidad fue denegada por el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo al concluir lo siguiente:

“El texto legal reglado -artículo 37 de la Ley 100 de 1993-, por el acto acusado parcialmente en este caso -literal a del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1730 de 2001-, como ya se expresó en ningún momento exige que el afiliado cumpla la edad pensional estando en servicio y, por lo tanto, la norma reglamentaria no puede tener dicho alcance o consagrar tal exigencia.

Pero, como la ley exige -fuera de tener la edad pensional y no haber cumplido el mínimo de semanas exigidas para la pensión de vejez- que el afiliado declare su imposibilidad de continuar cotizando, es posible entender la norma reglamentaria acusada en el sentido que, si en ese momento se encuentra en servicio debe retirarse para poder reclamar la indemnización sustitutiva señalada, lo cual es lógico porque no es posible continuar en servicio sin cotizar y a la vez obtener la mencionada indemnización. En efecto, si el afiliado continúa en servicio, lógico es que continúe cotizando y de esa manera, no se cumple el requisito legal para la reclamación del derecho a la indemnización sustitutiva reglada. Y también se debe entender que

⁶⁶ ARTICULO 3°. Cuantía de la indemnización. “Para determinar el valor de la indemnización se aplicará la siguiente fórmula:

$$I = SBC \times SC \times PPC$$

Donde:

SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE.

SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

En el evento de que, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, la administradora que va a efectuar el reconocimiento no manejara separadamente las cotizaciones de los riesgos de vejez, invalidez o muerte por riesgo común de las correspondientes al riesgo de salud, se aplicará la misma proporción existente entre las cotizaciones para el riesgo de vejez de que trata el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 (10%) y las cotizaciones para el riesgo de salud señaladas en el artículo 204 de la misma ley (12%), es decir se tomarán como cotizaciones para el riesgo de vejez el equivalente al 45.45% de total de la cotización efectuada y sobre este resultado se calculará la indemnización sustitutiva.

A partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se tomará en cuenta el porcentaje de cotización establecido en el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993”.

⁶⁷ Expediente 3299-02. Consejero Ponente: Tarsicio Cáceres Toro.

no es necesario que al momento de cumplir la edad pensional el afiliado tenga que estar en servicio. Bajo ese entendido -de la norma acusada en nulidad en este caso- la Sala no procederá a anular el aparte demandado.

Así las cosas, la Sala procederá denegar la pretensión de nulidad de la expresión “se retire del servicio” contenida en el literal a del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1730 del 27 de agosto de 2001, en el entendido que no se requiere estar vinculado al servicio cuando se cumpla la edad pensional”.

51. Del anterior marco se concluye que a efectos de determinar el derecho a la indemnización sustitutiva para el sector público (i) la finalidad de la seguridad social en pensiones se encamina a que toda persona logre consolidar un derecho pensional; no obstante ante la imposibilidad fáctica de causarlo, la ley plantea como medida sustitutiva, la devolución de aportes a través de la indemnización sustitutiva; (iii) dicha prestación alternativa, al hacer parte de una de las manifestaciones del derecho a la seguridad social, es protegido al formar parte del derecho principal; (iv) existe un déficit legal de regulación para los servidores públicos que no fueron afiliados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, puesto que aquellos cuyo riesgo de vejez fue transferido a una caja de previsión social, fondo o administradora de pensiones, están amparados por la regulación del Decreto 1730 de 2001 y demás normas que lo complementan o modifican.

F. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA (reiteración)

52. Ante la falta de regulación de las expectativas legítimas de aquellas personas que por voluntad de la entidad pública nominadora no fueron afiliadas a un fondo público antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y cuyos tiempos de servicio o de labor no alcanzaron a consolidar una pensión antes del tránsito normativo. La jurisprudencia constitucional al constatar la vulneración de derechos fundamentales de esos ex servidores públicos, abordó esta problemática de maneras distintas, tal y como se hizo en sector privado⁶⁸.

53. En un primer momento, la Sala Segunda de Revisión en la sentencia T-099 de 2008⁶⁹ concedió el amparo⁷⁰ a una persona al que se le negó el

⁶⁸ En la sentencia T-784 de 2010, la Sala Octava de Revisión amparó el derecho fundamental a la seguridad social y con fundamento en la tesis del aprovisionamiento de capital, le ordenó a la empresa accionada transferir el cálculo actuarial de los tiempos laborados entre, el 16 de julio de 1984 y el 15 de junio de 1992, con el fin de asegurar la sostenibilidad del sistema de pensiones. En dicha sentencia se estableció que “la interpretación que se encuentra acorde a la Constitución, es que desde la entrada en vigencia del artículo 72 de la Ley 90 de 1946 se impuso la obligación a los empleadores de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para la realizar el aporte previo al sistema de seguro social en el momento en que el Instituto de Seguros Sociales asumiera la obligación”.

⁶⁹ MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

reconocimiento a la indemnización por los tiempos servidos al *Departamento de Cundinamarca* por no tener la calidad de afiliado al sistema general de seguridad social en pensiones y no haber cotizado en los términos previstos en la Ley 100 de 1993. En dicha oportunidad, la Corte aplicó un caso parecido de un afiliado a Cajanal en los siguientes términos:

“En sentencia T-972 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil, esta Corporación analizó un problema jurídico similar al presente en donde la entidad accionada [Cajanal] no le concedió la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez al actor, dado que la última cotización fue realizada con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. En esta oportunidad la Corte sostuvo que: (...) El accionante tiene derecho a la indemnización sustitutiva consagrada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, máxime si se considera que el actor cumplió la edad mínima requerida para acceder a la pensión de vejez (60 años) en 1998, por lo que sólo en esa época y bajo la vigencia de la Ley en referencia, se cumplieron los presupuestos para que el afiliado al sistema pudiera libremente optar por la indemnización sustitutiva. De tal suerte, el régimen de seguridad social adoptado a través de la Ley 100 de 1993 resulta plenamente aplicable a su situación fáctica. En este orden de ideas y bajo la consideración de que una vez cumplida con la edad pensionable, el actor libremente podía optar por continuar cotizando al sistema o por solicitar la correspondiente indemnización sustitutiva, se tiene que la solicitud realizada por el mismo en el año 2003 debió ser atendida positivamente por la Caja Nacional de Previsión Social, máxime si se considera que los derechos a la seguridad social son imprescriptibles, razón que torna inocuo el argumento según el cual la negativa en el reconocimiento del derecho prestacional pudo atender al hecho de que el accionante cumplió los sesenta años de edad desde 1998, es decir, que la solicitud fue extemporánea”.

54. Desde entonces la Corte comenzó a esbozar una interpretación constitucional sobre el déficit de regulación del derecho a la indemnización sustitutiva de los servidores públicos no afiliados, posición que fue seguida por la Sala Sexta de Revisión en la sentencia T-850 de 2008⁷¹ en cuya oportunidad se amparó el derecho a la seguridad social de un ex servidor del *Departamento del Tolima*, al que se le negó el reconocimiento a la prestación social del artículo 37 de la Ley 100 de

⁷⁰ *Ibidem*. “**ORDENAR** al Instituto de Seguros Sociales que en el término de cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la notificación del presente fallo, adelante el trámite pertinente para el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva a que tiene derecho el señor EDGARDO MORENO de acuerdo con el total de semanas laboradas, cotizadas y no cotizadas, que se encuentren debidamente acreditadas”.

⁷¹ MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

1993, por el hecho de haber prestado sus servicios antes de la entrada en vigencia de dicha Ley, es decir, del 19 de febrero de 1971 al 7 de marzo de 1982. En esa oportunidad la Corte consideró lo siguiente:

“Después de analizar las pruebas remitidas a este expediente por parte de la Gobernación del Tolima y después de analizar las normas y la jurisprudencia relativas a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, esta Sala concluye lo siguiente:

1. Dentro de la Ordenanza 57 de 1966 por medio de la cual se adoptó el Estatuto Orgánico de la Caja de Previsión Social del Tolima para los empleados ese Departamento, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, nada se estableció en lo referente a una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

2. Tal y como se anotó en el numeral 4 de la parte considerativa de esta providencia, resulta plenamente aplicable el régimen previsto en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 puesto que en el presente caso se trata de una persona que, de conformidad con las certificaciones del Fondo Territorial de Pensiones del Tolima y lo que ha manifestado el accionante en su acción, no cuenta con el número de semanas cotizadas mínimas que exige la ley para acceder a la pensión de vejez. Además, ha manifestado que se encuentra en imposibilidad de seguir cotizando puesto que se trata de una persona de 73 años. Finalmente, porque el accionante supera ampliamente la edad requerida para acceder a la pensión de vejez.

3. En último lugar y tal como se anunció en el numeral 4 de la parte considerativa de esta providencia, la entidad de previsión a la cual efectuó los aportes el señor Sierra no puede conservarlos, a sabiendas que el accionante cumple con los requisitos exigidos por la ley, porque estaría incurriendo en enriquecimiento sin causa.

4. Se aplica la regla de que el decreto no exige que estuviera vinculado al Sistema General de Seguridad Social” (subrayas fuera de texto).

55. Posteriormente, la Sala Novena de Revisión en la sentencia T-180 de 2009⁷², precisó el alcance de este derecho social en relación con el derecho fundamental a la igualdad en los siguientes términos:

“Para la Sala no es viable exigir como presupuesto para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva consagrada en el

⁷² MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

*artículo 37 de la ley 100 de 1993, el haber cotizado al sistema a partir de su vigencia, pues ello conllevaría a excluir a aquellas personas que se retiraron del servicio antes de que entrara a regir la citada Ley, vulnerándose así el principio constitucional de favorabilidad en materia laboral. Adicionalmente a lo expuesto, el artículo 13 de la ley tantas veces citada, establece que para el cómputo del derecho a la pensión de vejez se deben tener en cuenta las semanas cotizadas a cualquier caja del sector público o privado. De esta manera, es claro que las entidades encargadas de reconocer las pensiones y prestaciones contempladas en la ley 100 de 1993, se encuentran en la obligación de tener en cuenta las semanas cotizadas con anterioridad a su entrada en vigencia. De esta manera, el hecho de que el actor se hubiere retirado del servicio el 15 de septiembre de 1993, habiéndose efectuado los aportes al sistema con antelación a la vigencia del actual régimen general de pensiones, en nada afecta su derecho a que su situación pensional sea definida en aplicación de las normas vigentes*⁷³ (subraya fuera de texto).

56. La Sala Quinta de Revisión en la sentencia T-059 de 2011⁷⁴, resolvió el caso de una trabajadora que no fue afiliada y que laboró para el *Departamento de Córdoba* durante 6 años, 1 mes y 21 días, teniendo como extremos de la relación laboral del 1° de enero de 1963 al 30 de marzo de 1970. En ésta ocasión, la Sala consideró que:

“Así las cosas, para la Sala no resultan de recibo los argumentos expuestos por la entidad territorial demandada, bajo los cuales decidió negar la solicitud del reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, y que fundamentó en el retiro del servicio por parte de la accionante antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, máxime si se tiene en cuenta que, como se explicó en el acápite anterior de esta sentencia, se trata de una norma de orden público y de obligatorio cumplimiento⁷⁵, lo que implica su inmediata aplicación a las situaciones jurídicas vigentes respecto de las cuales no se han consolidado derechos adquiridos.

⁷³ Reiterada posteriormente en la sentencia T-849A de 2009.

⁷⁴ MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁷⁵ Esta consideración fue reiterada en la sentencia T-386 de 2009 MP. María Victoria Calle Correa y la sentencia T-681 de 2013 MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez así: “[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 obligatorio cumplimiento y, por tanto, afectan situaciones no consolidadas que se encuentren en curso” (subraya fuera de texto).

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

De esta manera, el hecho de que la accionante se hubiere retirado del servicio el 3 de marzo de 1970, habiendo prestado los servicios al Departamento de Córdoba con antelación a la vigencia del actual régimen general de pensiones, en nada afecta su derecho a que su situación pensional sea definida en aplicación de las normas vigentes. Como puede apreciarse, en el presente asunto están de por medio los derechos fundamentales de una persona que ha superado el rango de los 60 años, lo cual evidencia que su situación está conectada con su expectativa de vida y con el carácter imprescriptible de su derecho, al tiempo que la misma jurisprudencia de la Corte, ha reiterado que puede ser reclamado independientemente de haber estado afiliada al Sistema de Seguridad Social al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993” (subrayas fuera de texto).

57. En la sentencia T-681 de 2013⁷⁶, la Sala Tercera revisó seis expedientes de tutela acumulados por la identidad de materia – indemnización sustitutiva- de los cuales se destaca el proceso T-3.918.123 al tratarse de una ex trabajadora del *Departamento de Caldas* que nunca fue afiliada a un fondo pensional. En esa ocasión el amparo se fundamentó del siguiente modo:

“[E]s 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.

⁷⁶ MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

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”.

58. Finalmente, en sentencia T-122 de 2016⁷⁷ la Sala Cuarta de Revisión reiteró la línea de protección de los servidores públicos vinculados a una entidad territorial, sin que fueran afiliados durante la relación laboral o reglada, precisamente en una acción de tutela promovida contra el *Departamento de Antioquia*. En esta oportunidad la Corte se pronunció en los siguientes términos:

“[T]eniendo en cuenta que el Decreto 2777 de 1979 estableció que los docentes vinculados por nombramiento territorial antes del 1 de enero de 1976 continuaran rigiéndose por lo dispuesto en la Ley 43 de 1975, la cual, en su artículo segundo, señala que las entidades territoriales asumirán la carga prestacional del personal adscrito que han de nacionalizarse o se hayan causado hasta el momento de su nacionalización y debido a que la gobernación no cumplió tal cometido con el actor, se ordenará que efectúe, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de esta sentencia, el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva a su favor, teniendo en cuenta el tiempo de servicio que este prestó al Departamento de Antioquia y aplicando la fórmula que se consagró en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993” (subraya fuera de texto).

59. De todo lo expuesto puede concluirse frente al derecho a la indemnización sustitutiva del servidor público que: (i) por virtud del derecho a la igualdad, favorabilidad pensional y el efecto útil de la norma, se aplica indistintamente de si el trabajador fue afiliado o no por la entidad territorial a una caja o fondo prestacional; (ii) distintas Salas de Revisión de esta Corporación han concluido, que las disposiciones de la Ley 100 de 1993, al ser de orden público, son de aplicación inmediata para todos los habitantes, incluso frente a situaciones en curso o no consolidadas a su entrada de vigencia; (iii) todos los tiempos servidos -debidamente acreditados- antes de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 son computados para efectos de la liquidación, de conformidad con el artículo 37 *Ibíd*, y en especial, el Decreto 1730 de 2001 modificado por el Decreto 4640 de 2005; (iv) cuando el vínculo laboral terminó sin que la entidad territorial trasladara el riesgo a una caja o fondo, ésta mantiene

⁷⁷ MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

la responsabilidad de asunción del reconocimiento y pago de la indemnización; y, (v) debe verificarse que el reclamante este en imposibilidad de acceder a una pensión de vejez.

G. SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO

60. De conformidad con las pruebas aportadas al proceso y las recaudadas en Sede de Revisión, se constató que: (i) el accionante Luis Alfonso Gutiérrez Castro trabajó para el Departamento de Antioquia en distintos empleos públicos (Secretario de Inspección de Policía, de varias Alcaldías Municipales y de la Gobernación)⁷⁸; (ii) acumuló dieciocho años (18) por los períodos comprendidos entre: el 12 de junio de 1963 al 31 de marzo de 1979; el 19 de julio de 1979 al 30 de junio de 1982; y el 4 de mayo de 1983 al 30 de junio de 1984⁷⁹; (iii) a sus 74 años y ante la imposibilidad de seguir cotizando, solicitó a la Gobernación de Antioquia, el pago de la indemnización sustitutiva, la cual fue negada aduciendo que no había sido afiliado a un fondo de prestaciones y que los tiempos no fueron servidos en vigencia de la Ley 100 de 1993, norma que creó dicha figura prestacional⁸⁰.

61. La jurisprudencia constitucional ha decantado un sólido precedente respecto del amparo de los derechos a la igualdad y a la seguridad social –*Supra* numeral 54- de aquellos trabajadores que no fueron afiliados al sistema pensional por la respectiva entidad territorial. De ello, se concluye que la Gobernación de Antioquia al no trasladar el riesgo de vejez del accionante a la Caja de Pensiones de Antioquia o entidad que hacía sus veces, conservó bajo su cuenta y riesgo los aportes de financiación de la pensión de jubilación de su ex trabajador, por lo cual, una vez que para dicha entidad territorial entró en vigencia la Ley 100 de 1993, la aplicación del artículo 37 *Ibíd* y demás normas que lo complementan o lo modifican son de obligatorio cumplimiento⁸¹.

62. De lo todo lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión, concluye que la Gobernación de Antioquia a través de su Secretaría de Gestión Humana y Desarrollo Organizacional vulneró los derechos fundamentales a la igualdad y a la seguridad social del accionante Luis Alfonso Gutiérrez Castro al negar el reconocimiento a la indemnización sustitutiva, con el fundamento de que los tiempos servidos no se prestaron en vigencia de la Ley 100 de 1993.

63. En consecuencia, se revocará la sentencia de segunda instancia en sede de tutela que revocó el amparo y declaró improcedente la acción y confirmará, por las razones expuestas en la parte motiva, la proferida por el juez de primera instancia que amparó los derechos fundamentales

⁷⁸ *Supra* numeral 27.

⁷⁹ *Supra* numeral 3.

⁸⁰ *Supra* numeral 4.

⁸¹ *Supra* numeral 56 y nota al pie 75.

solicitados. Adicionalmente, se ordenará a la Gobernación de Antioquia el diligente reconocimiento y pago de la mencionada prestación social, de conformidad con el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1730 de 2001 modificado por el Decreto 4640 de 2005⁸².

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, Sala Segunda de Decisión Laboral, del doce (12) de agosto de dos mil dieciséis (2016), por medio de la cual se revocó la primera instancia y declaró improcedente el amparo y, **CONFIRMAR** la sentencia del Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín (Antioquia), del veintinueve (29) de junio de dos mil dieciséis (2016), por medio de la cual se tutelaron los derechos fundamentales a la igualdad y a la seguridad social del accionante Luis Alfonso Gutiérrez Castro, por las razones expuestas en esta providencia.

Segundo.- ORDENAR al Departamento de Antioquia que, en el término perentorio de 10 días contados a partir de la notificación de esta providencia, reconozca y pague directamente al accionante Luis Alfonso Gutiérrez Castro 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 los tiempos acreditados en el numeral 23 de esta providencia. Suma que deberá ser actualizada al valor monetario actual.

Tercero.- Por Secretaría General, **LÍBRENSE** las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado

⁸² Supra numeral 49 y nota al pie 66.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General