



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SUCRE**

SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, Seis (6) de Septiembre de dos mil doce (2.012)

Magistrado Ponente: Dr. MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Expediente	2012 00162 01
Actor	TOMAS ANTONIO MENESES SAMPAYO
Demandada	FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.
Acción	TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA No. 068

I. OBJETO A DECIDIR

Decide la Sala la impugnación formulada contra la sentencia del 12 de Julio de 2.012, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Descongestión del Circuito de Sincelejo, en la que se accedió a las pretensiones del actor.

II. ACCIONANTE

La presente Acción fue instaurada por el señor TOMAS ANTONIO MENESES SAMPAYO, identificado con C.C. N° 3.895.066 de Majagual, por intermedio de apoderado judicial.

III. ACCIONADO

La Acción está dirigida en contra del FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.

IV. ANTECEDENTES

4.1. La demanda

El accionante presenta acción de tutela a través de apoderado judicial en contra del FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.,

EXPEDIENTE: 2012 00162 01
ACTOR: TOMAS ANTONIO MENESES SAMPAYO
DEMANDADA: FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.
ACCIÓN: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
APELACIÓN: SENTENCIA DEL 12 DE JULIO DE 2012
PROCEDENCIA: JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DE DESCONGESTION DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al Mínimo Vital, Igualdad y Seguridad Social.

Igualmente solicita que se le ordene al Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia, reconocer y pagar la indemnización sustitutiva de pensión de vejez a que tiene derecho.

4.2. Los hechos

Como hechos que sustentan las pretensiones, el actor narro lo siguiente:

En primer lugar, indicó que como es el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, quien asumió el reconocimiento de las prestaciones Económicas legales y convencionales a los extrabajadores, pensionados y beneficiarios de la liquidada Caja Agraria, es la entidad encargada de reconocer y pagar la indemnización sustitutiva de pensión de vejez solicitada por él.

Así mismo expresó que trabajó antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 en la CAJA AGRARIA, efectuando sus aportes de pensión a la Nación Ministerio de Hacienda, y que en la actualidad por contar con 73 años de edad se encuentra imposibilitado para laborar.

Por otro lado manifestó, en razón a que le asisten los derechos pensionales aludidos, el día 10 de mayo de 2011, elevo petición ante la entidad demandada encaminada al reconocimiento y pago de una indemnización sustitutiva de pensión de vejez. El petitum anterior fue contestado mediante Resolución N° 1558 del 16 de mayo de 2012, expresando literalmente lo siguiente:

“(…) Que dentro de la normatividad legal que regía antes de la ley 100 de 1993, por un aparte de las entidades oficiales, no figuraba norma alguna que contemplará el reconocimiento y pago por partes de las entidades oficiales a los ex trabajadores de indemnización sustitución de pensión, por el no cumplimiento del tiempo requerido para la pensión de jubilación.”

V. LO QUE SE PIDE

Mediante escrito obrante en el Folio 2 y ss., del cuaderno de 1ª instancia, recepcionado el día 22 de Junio de 2012 por la oficina judicial de Sincelejo y recibido por el Juzgado 4º Administrativo del día 25 de Junio de 2012, el accionante solicita al juez de tutela de primera instancia, se tutelen los derechos fundamentales invocados y como consecuencia de la anterior declaración, se ordene al Fondo de pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia, reconocer y pagar la indemnización sustitutiva de pensión de vejez.

VI. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Por intermedio de apoderado la entidad demandada, dio respuesta a la misma, sintetizándose de la siguiente manera:

EXPEDIENTE: 2012 00162 01
ACTOR: TOMAS ANTONIO MENESES SAMPAYO
DEMANDADA: FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.
ACCIÓN: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
APELACIÓN: SENTENCIA DEL 12 DE JULIO DE 2012
PROCEDENCIA: JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DE DESCONGESTION DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Por su parte, la entidad demandada en su defensa expresó que ellos emitieron la resolución 1558 de 16 de mayo de 2012, en la que existe un pronunciaron de fondo, exponiendo los argumentos por los cuales no es procedente tal reconocimiento, ya que la inconformidad principal del actor, se refleja sobre esa declaración de voluntad administrativa; por lo que afirmó, que una vez efectuado dicho pronunciamiento, el afectado disponía de otro medio de defensa judicial, tal como la interposición de los recursos de vía gubernativa y posteriormente si la decisión no le favorecía, podía impugnarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, haciendo valer los derechos que considera tener.

Consecuentemente a lo anterior, afirmó que la acción incoada es improcedente, en razón a que dado el carácter residual y subsidiario con que fue instituido en la Carta Política, éste instrumento extraordinario de protección de derechos constitucionales fundamentales, sólo procede cuando el afectado no dispone de otro medio judicial.

Así las cosas, concluyó que la entidad que él representa no le ha vulnerado ningún derecho fundamental, toda vez, que se dio una respuesta de fondo a la petición elevada por el actor, motivo por el cual la acción de tutela como instrumento constitucional en defensa de los derechos fundamentales no tiene razón de ser en el presente caso debiendo negarse por improcedente el amparo deprecado.

VII. PRUEBAS DEL EXPEDIENTE

Las pruebas obrantes en el expediente son las siguientes:

- Escrito de tutela recepcionado por el Juzgado Cuarto Administrativo de Descongestión del Circuito de Sincelejo.¹
- Registro Civil de Nacimiento del señor TOMAS ANTONIO MENESES SAMPAYO, debidamente autenticado.
- Fotocopia simple de la Cedula de Ciudadanía del señor Tomas Antonio Meneses Sampayo.
- Formatos de certificaciones para calcular bonos pensionales y de pensiones, los cuales son, Información Laboral C A -6078, Salario Base C A -6078, Salario Mes a Mes C A -6078.²
- Declaración extrajuicio reconocida ante Notario, del señor Tomas Antonio Meneses Sampayo.³
- Resolución N° 1558 calendada 16 de mayo del hogño.⁴

¹ Folios 2 a 26 C. Ppal.

² Folios 30 a 39 C. Ppal.

³ Folios 40 C. Ppal.

⁴ Folio 41 a 42 C. Ppal.

EXPEDIENTE: 2012 00162 01
ACTOR: TOMAS ANTONIO MENESES SAMPAYO
DEMANDADA: FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.
ACCIÓN: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
APELACIÓN: SENTENCIA DEL 12 DE JULIO DE 2012
PROCEDENCIA: JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DE DESCONGESTION DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

VIII. EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Administrativo de Descongestión del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de 12 de Julio de 2.012, resolvió conceder el amparo constitucional solicitado, por considerar que no son de recibo los argumentos esgrimidos por la accionada para negarle la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez al actor, los mismos desconocen el carácter de orden público de las normas laborales, si bien el tiempo que presto sus servicios el actor fue anterior a la vigencia de la ley 100 de 1993, por lo que no reposan tiempos cotizados al Sistema de Seguridad Social y ante la imposibilidad de seguir cotizando o laborando, significa esto que no cumple los requisitos para recibir pensión de jubilación conforme a la ley aplicable en el tiempo en que prestó sus servicios; lo procedente, es recibir en sustitución la prestación que el sistema de seguridad social reconoce en la actualidad. Ante la negativa de la entidad accionada a reconocer esta prestación, viola los derechos a la seguridad social, mínimo vital, toda vez que se presume que ante la edad avanzada del actor, la pensión sustituta es el único medio de subsistencia ante la imposibilidad de desempeñarse en un empleo formal, así mismo se encuentra violando el derecho a la igualdad.

IX. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La parte accionada impugno la sentencia proferida por el juzgador de primera instancia, en los siguientes términos:

9.1 En su escrito expresó, que se siente vulnerada en su derecho de defensa, por cuanto la notificación del fallo que ordena el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez al accionante, fue remitido con un oficio que transcribe únicamente la parte resolutive de dicho fallo, sin adjuntar al mismo su parte motiva, lo cual le impide tener conocimiento de las consideraciones que tuvo el Despacho, para ordenar el reconocimiento de una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, y el sentido de la orden.

Adujo la entidad demandada, que la extinta Caja Agraria no era una administradora o fondo de pensiones o caja de previsión social, sino, que por el contrario asumía directamente el reconocimiento de las pensiones de los trabajadores que laboraban 20 años a su servicio, que su carácter era una entidad financiera, lo que implica que no recibía cotizaciones o aportes para pensión y que al no recibir cotizaciones o aportes para la misma, no puede hacer devolución de lo que nunca recibió.

Finalmente, enunció que el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles de Colombia, está imposibilitado para dar cumplimiento al fallo de tutela reconociendo la mencionada indemnización sustitutiva de la pensión de vejez al accionante, pues el hacerlo sería prevaricar, ya que, la extinta Caja Agraria como se mencionó anteriormente, no ha recibido cotizaciones o aportes por concepto de pensión del señor Meneses, generando sanciones de tipo penal, fiscal y disciplinaria para el director de este Fondo, por consiguiente, el no cumplimiento del fallo de tutela, tiene por objeto mantener la vigencia del orden jurídico, la legalidad de las actuaciones y la legitimidad de la administración pública.

EXPEDIENTE: 2012 00162 01
ACTOR: TOMAS ANTONIO MENESES SAMPAYO
DEMANDADA: FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.
ACCIÓN: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
APELACIÓN: SENTENCIA DEL 12 DE JULIO DE 2012
PROCEDENCIA: JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DE DESCONGESTION DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

X. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

10.1. La competencia

El Tribunal es competente para conocer de la presente acción de tutela según lo establecido por el Decreto Ley 2591 de 1991 en su artículo 32, en **SEGUNDA INSTANCIA**.

10.2. Problema jurídico

De conformidad con los hechos expuestos en la demanda y su contestación, considera la Sala que el problema jurídico a plantear es el siguiente:

¿Le asiste al accionante el derecho a que se le reconozca y pague la indemnización sustitutiva de pensión de vejez de que trata el artículo 37 de la ley 100 de 1993, a través de la presente acción constitucional, por encontrarse en la situación especial de ser persona de la tercera edad?

10.3 Procedencia de la acción de tutela.

De conformidad con el artículo 86 de la Carta, la acción de tutela es un derecho público subjetivo del que goza toda persona para obtener del Estado, a través de la Rama Judicial, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares, en ciertos casos.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario, es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso.

10.3 Procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de derechos pensionales.

Continuando con lo establecido por el artículo 86 de Constitución Política Colombiana la cual establece que la acción de tutela.

“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”.

EXPEDIENTE: 2012 00162 01
ACTOR: TOMAS ANTONIO MENESES SAMPAYO
DEMANDADA: FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.
ACCIÓN: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
APELACIÓN: SENTENCIA DEL 12 DE JULIO DE 2012
PROCEDENCIA: JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DE DESCONGESTION DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

En desarrollo de este precepto, la Corte ha establecido reiteradamente que cuando se utiliza la acción de tutela como mecanismo transitorio, su procedencia esta condicionada a la amenaza de un perjuicio irremediable⁵.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que el artículo 48 de la Constitución Política consagra el derecho a la Seguridad Social, el cual ha sido catalogado como un derecho de segunda generación cuyo contenido es irrenunciable, de carácter prestacional y de aplicación progresiva.

Por lo tanto, en principio, la acción de tutela no puede ejercerse con el fin de obtener el reconocimiento de derechos pensionales, pues la competencia para resolver esas controversias reside en cabeza de la justicia ordinaria laboral o de la contenciosa administrativa según sea el caso. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte ha establecido algunas excepciones cuando se niega específicamente el reconocimiento y pago del derecho a la pensión o a la indemnización sustitutiva, por ejemplo:

“Cuando el afectado sea un sujeto de especial protección constitucional⁶, como lo son: los niños y las niñas, las personas que sufren alguna discapacidad, las mujeres embarazadas o los ancianos, por cuanto su situación de debilidad manifiesta impone el amparo mayor que la Constitución les brinda y, por ende, el estudio de fondo de sus asuntos. En tales casos, el juicio de procedibilidad de la acción de tutela se torna menos riguroso⁷ o menos restrictivo⁸, y debe atender a las circunstancias fácticas y probatorias que revele el asunto bajo examen; cuando la vulneración al derecho de la seguridad social implique un agravio a un derecho fundamental como la vida, el mínimo vital o el debido proceso⁹; y , cuando los medios de defensa con los cuales cuenta el accionante, se tornan ineficaces para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales comprometidos¹⁰ o se pueda prever la ocurrencia de un perjuicio irremediable¹¹.”¹²

⁵Sobre el particular se puede revisar, entre otras, la Sentencia T-1316 de 2001 (MP. Rodrigo Uprimny Yepes). En esta sentencia se estudia si es procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, teniendo en cuenta que el accionante había presentado una demanda ante la jurisdicción contenciosa administrativa, solicitando el de su mesada pensional. En este caso la Corte resolvió confirmar los fallos de instancia, los cuales negaron la tutela del derecho, pues consideró que para el caso en concreto no se configuraba una situación irremediable. Esta sentencia reitera los argumentos planteados en la sentencia T-225 de 1993 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa.)

⁶ Al respecto, consultar entre otras, las sentencias T-668 de 2007 (MP. Clara Inés Vargas Hernández), T-1088 de 2007 (MP. Rodrigo Escobar Gil), T-1233 de 2008 (MP. Rodrigo Escobar Gil) y T-850 de 2008 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra).

⁷ Sentencia T-1088 de 2007 (MP. Rodrigo Escobar Gil). En un aparte de esa sentencia, la Corte puntualizó que: “El hecho de que se trate de un sujeto de especial protección constitucional que se encuentra en un estado de debilidad manifiesta, necesariamente implica que no se pueda reclamar de él la misma diligencia que se exige de las demás personas, por lo que no podría evaluarse con la misma rigurosidad el ejercicio oportuno de las acciones respetivas”.

⁸ Sentencias T-789 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-456 de 2004 (MP. Jaime Araujo Rentería), T-515A de 2006 (MP. Rodrigo Escobar Gil) y T-850 de 2008 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra).

⁹ Sentencias T-038 de 1997 (MP. Hernando Herrera Vergara), T-1083 de 2001 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-850 de 2008 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-905 de 2008 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra).

¹⁰ Sentencia T-1268 de 2005 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

¹¹ Sentencia T-1083 de 2001 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra).

¹² Sentencia T-080 de 2010 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva). En esta sentencia la Corte estudia la acción de tutela presentada por una persona de 74 años de edad, quien solicita que se le reconozca la indemnización

EXPEDIENTE: 2012 00162 01
ACTOR: TOMAS ANTONIO MENESES SAMPAYO
DEMANDADA: FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.
ACCIÓN: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
APELACIÓN: SENTENCIA DEL 12 DE JULIO DE 2012
PROCEDENCIA: JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DE DESCONGESTION DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

La justificación de la procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar derechos pensionales, se fundamenta en el deber que radica en cabeza del Estado y de sus diferentes Instituciones con el fin de tomar medidas que favorezcan a las personas con discapacidad física o situaciones de debilidad manifiesta, con el fin de que puedan ejercer sus derechos en condiciones de igualdad con las demás personas. En el caso de las personas de la tercera edad, el tratamiento constitucional que impera es el de conceder el amparo de sus derechos fundamentales a pesar de que cuenten con los mecanismos judiciales ordinarios para hacer exigibles sus derechos¹³.

En esa misma línea argumentativa, la Sentencia T-905 de 2008, expresó:

“La acción de tutela procederá para solicitar el reconocimiento de una pensión de vejez o de una indemnización sustitutiva siempre que la negativa implique conexidad con un derecho de naturaleza fundamental y esté de por medio la protección efectiva de los sujetos de especial protección. Los efectos de la protección podrán ser transitorios o definitivos, subordinados a las reglas que rigen el perjuicio irremediable o si se acredita que el procedimiento jurídico correspondiente resulta ineficaz para las condiciones específicas de cada situación.”

Es así como, la Corte ha establecido que en casos especiales en los cuales la negativa al reconocimiento de derechos pensionales, tales como la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, afecta a sujetos de especial protección constitucional, cuando dicha negativa implica un agravio a sus derechos fundamentales a la vida o al mínimo vital, la acción de tutela es un mecanismo judicial procedente para solicitar el reconocimiento del derecho, si los medios ordinarios son ineficaces para la protección de los derechos fundamentales del tutelante o cuando se utiliza para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. En estos eventos se debe estudiar el fondo del asunto y, desde luego, la realidad fáctica de cada caso concreto, para establecer la necesidad de brindar o no la protección urgente e inmediata a los derechos sobre los cuales se solicita el amparo. En todo caso, cuando el actor es un sujeto de especial protección constitucional, la procedencia o no de la acción de tutela debe estudiarse con menor rigor.

En ese orden de ideas, tenemos que el referido derecho puede tutelarse cuando acontezca que: I) exista conexidad con el derecho fundamental, II) cuando se trate de una persona de especial protección, puesto que en este suceso el recurso procede sin mucha restricción y III) cuando no exista un medio idóneo para salvaguardar los derechos invocados como violados, o cuando existiendo éste, no resultare eficaz.

sustitutiva de la pensión de vejez, la cual fue negada por el Fondo Territorial de Pensiones del Departamento del Tolima. La Corte decidió tutelar el derecho fundamental del accionante al mínimo vital y ordenó a la entidad accionada adelantar el trámite pertinente para el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

¹³ Al respecto se puede examinar la Sentencia T-1139 de 2005, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

EXPEDIENTE: 2012 00162 01
ACTOR: TOMAS ANTONIO MENESES SAMPAYO
DEMANDADA: FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.
ACCIÓN: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
APELACIÓN: SENTENCIA DEL 12 DE JULIO DE 2012
PROCEDENCIA: JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DE DESCONGESTION DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

10.4 El régimen aplicable a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez para personas que cotizaron con anterioridad a la Ley 100 de 1993 y que no alcanzan a cumplir con los requisitos para acceder a esa prestación.

El pago de una indemnización como compensación por el número de semanas cotizadas al sistema de previsión o de seguridad social, para personas que no pueden cumplir con los requisitos para obtener una pensión de vejez, ha venido suscitando inquietud en los afiliados que cotizaron con anterioridad a la Ley 100 de 1993 y que por diversas circunstancias no continuaron trabajando y por ende nunca estuvieron afiliados al Sistema General de Seguridad Social creado por la mencionada norma y, adicionalmente, se ven en la imposibilidad de seguir cotizando.

Esta duda ya ha sido solucionada por la jurisprudencia de la Corte en la Sentencia T-1088 de 2007¹⁴, en esa oportunidad se estudió el caso de la afectación del derecho al mínimo vital de una persona de la tercera edad que cotizó en salud y pensiones a Cajanal, pero que desde 1967 no volvió a cotizar, razón por la cual, en ejercicio de su derecho de petición, solicitó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. En respuesta al derecho de petición del accionante, Cajanal se negó a reconocer la indemnización porque según esa entidad la indemnización sustitutiva para servidores públicos sólo fue creada por la Ley 100 de 1993 y reglamentada por el Decreto 1730 de 2001.

La Sala Cuarta de Revisión de tutelas de esa Corporación dio solución a la precitada controversia, concluyendo que en ese caso la acción de tutela resultaba procedente porque cumplía con el requisito de inmediatez y además por las consideraciones que a continuación se resumen:

El alcance interpretativo de la norma que desarrolla la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez contenida en la Ley 100 de 1993 (Decreto 4640 de 2005) que estable que:

"Artículo 1°. 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; (...)"

No debe interpretarse en el sentido de que para tener derecho a la indemnización sustitutiva se debía haber tenido la edad para acceder a la pensión de vejez y no haber cumplido el número de semanas cotizadas para ello, además, manifestar que no se encuentra en la posibilidad de seguir cotizando. Por el contrario, la interpretación constitucionalmente válida y que pretende la armonización con las

¹⁴ M. P Rodrigo Escobar Gil

EXPEDIENTE: 2012 00162 01
ACTOR: TOMAS ANTONIO MENESES SAMPAYO
DEMANDADA: FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.
ACCIÓN: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
APELACIÓN: SENTENCIA DEL 12 DE JULIO DE 2012
PROCEDENCIA: JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DE DESCONGESTION DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

demás normas que regulan esta indemnización es aquella conforme a la cual y siguiendo el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, para acceder a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez es necesario:

“(i) que el afiliado que pretenda el reconocimiento de la indemnización sustitutiva debe haber cumplido con la edad necesaria para acceder a la pensión de vejez y (ii) haberse retirado del servicio sin contar con el número mínimo de semanas de cotización exigidas para tener derecho a la pensión de vejez, allegando la declaración en la que manifieste su imposibilidad de seguir cotizando.”

En consecuencia, resulta inválida y restrictiva la interpretación según la cual, el Decreto 4640 de 2005 estableció un requisito adicional para acceder a la indemnización sustitutiva consistente en que al momento de la desvinculación del trabajador, éste debió haber cumplido con la edad exigida para acceder a la pensión de vejez, puesto que la ley nunca lo estableció así, de igual forma porque se le da un sentido contrario que no resulta válido porque se contraría de manera directa los artículos 48, 49 y 366 de la Constitución Política.

En este aspecto, concluyó la Sala, que no es necesario para acceder a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez la existencia de una vinculación laboral al momento de cumplir con la edad.

Desconocer el derecho que le asiste a las personas que cotizaron antes de la Ley 100 de 1993 a acceder a la indemnización sustitutiva propiciaría un “enriquecimiento sin justa causa de la entidad a la cual efectuó aportes”, así lo estableció el Consejo de Estado en la Sentencia de la Sección Segunda - Subsección A, número, 4109-04 del 26 de octubre de 2006, Consejero Ponente: Jaime Moreno García, puesto que como allí se explicó¹⁵, a pesar de que el afiliado hubiese llevado a cabo un número determinado de cotizaciones por un tiempo determinado “no tendría derecho a recibir la devolución de dichos saldos, aportes que en el sistema de seguridad social en pensiones constituyen el sustento económico de los afiliados una vez tiene ocurrencia la contingencia de la vejez”.

Del examen efectuado por la Sala Cuarta de revisión de tutelas de esa Corporación se deduce que, el derecho a reclamar la indemnización sustitutiva de la pensión de

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

EXPEDIENTE: 2012 00162 01
ACTOR: TOMAS ANTONIO MENESES SAMPAYO
DEMANDADA: FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.
ACCIÓN: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
APELACIÓN: SENTENCIA DEL 12 DE JULIO DE 2012
PROCEDENCIA: JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DE DESCONGESTION DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

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.

10.5 vía excepcional de la acción de tutela en personas de la tercera edad.

El criterio para considerar a alguien de “la tercera edad”, es que tenga una edad superior a la expectativa de vida oficialmente reconocida en Colombia. Este criterio reconoce, por un lado, que la edad legalmente definida para efectos de pensión suele tener rezago considerable frente a las realidades demográficas. por otro lado, introduce un parámetro de distinción objetivo y técnicamente definido, que le permite al juez constitucional, dentro del universo de quienes han llegado a la edad para hacerse acreedores a una pensión de vejez- regla general, determinar a aquel subgrupo que amerita una especial protección constitucional, por lo tanto, quienes hacen parte de él podrían eventualmente, si concurren los demás requisitos de procedibilidad jurisprudencialmente establecidos, reclamar su pensión de vejez por la vía excepcional de tutela. Se trata, en consecuencia de un criterio objetivo que a diferencia de los otros criterios posibles, permite una distinción que atiende al carácter excepcional de tutela.

De conformidad con el documento de Proyecciones de población elaborado por el Departamento Nacional de Estadística, de septiembre de 2007, que constituye el documento oficial estatal vigente para efectos de determinar el indicador de expectativa de vida al nacer, para el quinquenio 2010-2015, la esperanza de vida al nacer para hombres es de 72.1 años y para mujeres es de 78.5 años.

Tenemos que solo los ciudadanos hombres mayores de 72 años pueden acudir a la acción de tutela como mecanismo excepcional para lograr judicialmente el reconocimiento y pago de una pensión y en tal caso acreditando ese primer requisito para considerarse persona de la tercera edad, por lo tanto tener derecho a una especial protección estatal.¹⁶

10.6 La inmediatez como requisito de procedibilidad en la acción de tutela.

Corresponde a la Sala estudiar la inmediatez, como otro de los requisitos de procedibilidad de la acción, al respecto traemos a este plenario la interpretación que sobre este tema que ha realizado nuestro máximo tribunal constitucional

En la sentencia T-900 de 2004[17] se expresó sobre este requisito:

“... la jurisprudencia constitucional tiene establecido que el presupuesto de la inmediatez constituye un requisito de procedibilidad de la tutela,^[18] de tal suerte que la acción debe ser interpuesta dentro

¹⁶ Sentencia T 138 de 2010.

EXPEDIENTE: 2012 00162 01
ACTOR: TOMAS ANTONIO MENESES SAMPAYO
DEMANDADA: FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.
ACCIÓN: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
APELACIÓN: SENTENCIA DEL 12 DE JULIO DE 2012
PROCEDENCIA: JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DE DESCONGESTION DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

de un plazo razonable, oportuno y justo. Con tal exigencia se pretende evitar que este mecanismo de defensa judicial se emplee como herramienta que premia la desidia, negligencia o indiferencia de los actores, o se convierta en un factor de inseguridad jurídica.

“Esta condición está contemplada en el artículo 86 de la Carta Política como una de las características de la tutela, cuyo objeto es precisamente la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de toda persona, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que establezca la ley. Así, pues, es inherente a la acción de tutela la protección actual, inmediata y efectiva de aquellos derechos.”

De esta forma, con el fin de determinar la razonabilidad del lapso entre el momento en que se vulneran los derechos fundamentales y la interposición de la tutela, la Corte Constitucional ha establecido tres factores a considerar: (i) si existe un motivo válido para la inactividad de los accionantes; (ii) si la inactividad injustificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión y (iii) si existe un nexo causal entre el ejercicio tardío de la acción y la vulneración de los derechos fundamentales del interesado.^[19]

Igualmente ha sostenido, que en los únicos dos casos en que no es exigible de manera estricta el principio de inmediatez en la interposición de la tutela, es (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. Y (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.^[20]

Por ello, la Corte Constitucional ha señalado que, según las circunstancias de cada caso, le corresponde al juez de tutela evaluar la razonabilidad del tiempo que ha transcurrido entre la situación de la cual se afirma produce la afectación de los derechos y la presentación de la acción, a fin de determinar si encuentra satisfecho el requisito de la inmediatez^[21].

En esa medida, con la exigencia de cumplimiento del requisito que se analiza, “... se pretende evitar que este mecanismo de defensa judicial se emplee como herramienta que premia la desidia, negligencia o indiferencia de los actores, o se convierta en un factor de inseguridad jurídica...”^[22].

Por último, la jurisprudencia constitucional ha advertido que para la procedencia de la acción de tutela en relación con el requisito de inmediatez, entre otros elementos, el juez constitucional debe evaluar “... si existe un motivo válido para la inactividad de los accionantes... [23], es decir, si es predicable la existencia de una justa causa por la cual no ejerció la acción de manera oportuna...”^[24].

Así, para declarar la improcedencia de la acción de tutela por el incumplimiento del requisito de inmediatez, no es suficiente comprobar que ha transcurrido un periodo considerable desde la ocurrencia de los hechos que motivaron su presentación, sino que, además, es importante valorar si la demora en el ejercicio de la acción tuvo su origen en una justa causa que explique la inactividad del accionante de tal manera que, de existir, el amparo constitucional es procedente.

En este sentido, la Sala encuentra que el accionante acudió a la acción de tutela dentro de un término razonable, posterior al momento en que el Fondo Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia le negó el derecho a acceder a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, puesto que la solicitud la impetror el 10 de mayo de 2011 y la entidad dio contestación a la misma el 16 de mayo del cursante año y la interposición de la acción de tutela se efectuó el 22 de junio del hogaño, es decir, treinta y cinco días calendario después de que le negaran su petición.

EXPEDIENTE: 2012 00162 01
ACTOR: TOMAS ANTONIO MENESES SAMPAYO
DEMANDADA: FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.
ACCIÓN: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
APELACIÓN: SENTENCIA DEL 12 DE JULIO DE 2012
PROCEDENCIA: JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DE DESCONGESTION DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

10.7 El caso concreto

En la presente eventualidad, el accionante solicitó el amparo de tutela ante la negativa del Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia a reconocer y pagar Indemnización sustitutiva de pensión de vejez, la misma fue resuelta negativamente mediante la resolución 1558 de 16 de mayo de 2012, suscrita por el Director General de dicha entidad. En vista de lo anterior, el accionante consideró vulnerados sus derechos fundamentales al mínimo vital, igualdad y seguridad social, toda vez, que se encuentra imposibilitado para trabajar, debido a que en la actualidad cuenta con 73 años de edad.

El ente accionado por su parte, negó el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva con el argumento principal de que él actor no era beneficiario de la misma, al considerar que dentro de la normatividad legal que regía antes de la expedición de la ley 100 de 1993, por parte de las entidades oficiales, no figuraba norma alguna que contemplara el reconocimiento y pago por parte de las entidades oficiales a los extrabajadores de indemnización sustitutiva de pensión, por el no cumplimiento del tiempo requerido para la pensión de jubilación. Igualmente manifestó que de acuerdo con el artículo 37 de la ley 100 de 1993, establece que la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, es únicamente para las personas que se encuentran afiliadas al Seguro Social o a una Caja de Previsión Social, como consecuencia de los aportes que se realizaron a dicha entidad, por tanto, es improcedente en el caso de los extrabajadores de la extinta Caja Agraria, teniendo en cuenta que solo corresponde a los Fondos de Pensiones efectuar la devolución de aportes, a su vez, al Instituto de Seguros Sociales reconocer la indemnización sustitutiva para la persona que se encuentran afiliadas a este Instituto.

Una vez expuestos brevemente los argumentos de una y otra parte, la Sala entra a determinar la procedencia de la acción de tutela en el presente caso. De los hechos narrados tenemos que el actor, realizó sus aportes a pensión a la Nación-Ministerio de Hacienda, como trabajador de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Desarrollo Rural (extinta Caja Agraria), cuando se desempeñaba en el cargo de Secretario Contador, entre el 16 de agosto de 1959 hasta el 26 de mayo 1975, es decir, que laboró durante 16 años aproximadamente.

Igualmente, como es el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, quien asumió el reconocimiento de las prestaciones Económicas legales y convencionales a los extrabajadores, pensionados y beneficiarios de la liquidada Caja Agraria, es la entidad encargada de reconocer y pagar la indemnización solicitada. Así tenemos que, ante la imposibilidad de seguir cotizando al sistema integral de seguridad social de pensiones, el accionante informó dicha novedad al Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles de Colombia, mediante una declaración extrajuicio, en la cual solicita la indemnización sustitutiva de pensión de vejez.

Evidentemente, lo que pretende el actor es el pago de una prestación económica, consistente en la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, sin embargo, como se explicó la acción de tutela resulta procedente sólo en la medida que el accionante demuestre que se encuentra frente a especiales circunstancias de hecho.

EXPEDIENTE: 2012 00162 01
ACTOR: TOMAS ANTONIO MENESES SAMPAYO
DEMANDADA: FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.
ACCIÓN: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
APELACIÓN: SENTENCIA DEL 12 DE JULIO DE 2012
PROCEDENCIA: JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DE DESCONGESTION DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

En el caso concreto dichas circunstancias se encuentran demostradas por él actor y no fueron controvertidas por la parte accionada, sobre la base de las siguientes pruebas: a) Registro Civil de Nacimiento y copia de su cédula de ciudadanía en la que se demuestra que es una persona de 73 años de edad (folio 27 y 29 del expediente).

Del sub lite, se presume con base al principio de buena fe, primero: que el accionante es una persona de escasos recursos y la indemnización se convierte en una fuente de ingreso en este momento que no tiene posibilidad de conseguir empleo para su subsistencia, segundo: que no cuenta con empleo y tercero: que tiene en la actualidad la edad suficiente para que sea un sujeto de especial protección constitucional, por ser un hombre mayor de 72 años, por consiguiente es considerado como una persona de la tercera edad, según lo expuesto en el punto 10.4, toda vez, que acredito el requisito de la edad, para que proceda la acción instaurada y tercero: que por su edad no tiene el tiempo para someterse a la vías ordinarias para reclamar su derecho por el tiempo que demora las mismas y por lo tanto estos mecanismos en el caso concreto, se tornan ineficaces; cumpliéndose así los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional para ser procedente la tutela como mecanismo para el reconocimiento de la prestación solicitada.

Ahora bien, a pesar de que el mecanismo idóneo para reclamar el derecho a la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, es por la vía ordinaria, se debe tener en cuenta la condición de persona de la tercera edad del accionante, ya que, dicho mecanismo resultaría ineficaz para la protección inmediata de sus derechos fundamentales, puesto que es previsible que el proceso tardaría un tiempo considerable, superior posiblemente al término de expectativa de vida del actor.

En cuanto a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, el artículo 37 de la ley 100 de 1993, que estatuye “*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*”.

Del sub examine, se desprende que el accionante cumple con el lleno de los requisitos establecidos para ser beneficiario de una indemnización sustitutiva de pensión de vejez, al haber cumplido con la edad para obtener la pensión de vejez, y no tener el mínimo de semanas cotizadas (16 años) además de haber declarado su imposibilidad de continuar cotizando por tratarse de una persona de la tercera edad.

En este orden de ideas, tenemos que el accionante laboró para la extinta Caja Agraria, ellos por convención colectiva estipularon la forma de pensionar a sus trabajadores, es por ello, que el actor no se encuentra afiliado al Sistema Integral de Seguridad Social, toda vez, que solo cotizó hasta antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, no quiere decir lo anterior, que la indemnización sustitutiva consagrada en el artículo antes citado no le sea reconocida, por el contrario, la corte constitucional en reiteradas jurisprudencias se ha pronunciado sobre el tema, al considerar que no se puede afectar el derecho al mínimo vital de las personas de la tercera edad; además por que se estaba interpretando erróneamente dicho artículo,

EXPEDIENTE: 2012 00162 01
ACTOR: TOMAS ANTONIO MENESES SAMPAYO
DEMANDADA: FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.
ACCIÓN: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
APELACIÓN: SENTENCIA DEL 12 DE JULIO DE 2012
PROCEDENCIA: JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DE DESCONGESTION DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

en el entendido que se exigía que para gozar de dicho derecho, debía existir una vinculación laboral al momento de cumplir la edad de obtener una pensión de vejez y solo quien había cumplido con la edad necesaria, pero sin el número mínimo de semanas cotizadas tendrá derecho a la indemnización; por el contrario la interpretación es la siguiente: El afiliado que pretenda el reconocimiento de la indemnización sustitutiva debe haber cumplido la edad necesaria para acceder a la pensión de vejez, haberse retirado del servicio sin contar con el número de semanas de cotización exigido para tener derecho a la pensión de vejez, allegando la declaración en la que manifieste su imposibilidad de seguir cotizando, en este sentido tenemos que para acceder la persona no debe estar vinculada laboralmente al momento de cumplir con la edad para pensionarse.

En consecuencia, no es de recibo para la Sala, lo manifestado en la impugnación y contestación de esta acción, de que la naturaleza de la extinta caja agraria industrial y minera, como entidad financiera es la que regula la seguridad social de sus extrabajadores y pensionados, tal afirmación no es cierta, porque en las convenciones colectivas, ella asumió el pago de las pensiones con las cotizaciones que realizaran sus trabajadores de la época, sin que sea válido argumentar que no eran un fondo de pensiones, estos fueron creados con la ley 100 de 1993, pero ello no significa que no existiera antes un sistema de seguridad social, claro que existía, para los trabajadores privados el I.S.S, así como para los trabajadores oficiales y para los empleados públicos la caja nacional de previsión social (CAJANAL) y los diferentes entes estatales que como patronos asumían el pago de las pensiones, en otras palabras, el patrono respondía de manera directa por el pasivo pensional, sin importar la naturaleza de la entidad, a fin de cuentas era estatal y por ello al desaparecer las mismas, asumió este pasivo la Nación, quien cumple esas obligaciones a través de los distintos fondos o sociedades fiduciarias.

Como se anotó desconocer el derecho que le asiste a las personas que cotizaron antes de la ley 100 de 1993, propiciaría a un enriquecimiento sin causa de la entidad a la cual efectuó sus aportes.

Todo lo anterior, demuestra que en el presente caso, la acción de tutela interpuesta por el señor MENESES SAMPAYO, resulta a todas luces procedente, de manera excepcional, situación que ha sido debatida ampliamente y aceptada por la Corte Constitucional, pues está plenamente demostrado en las actuaciones, que el actor es una persona que requiere de especial protección constitucional por parte del Estado, habida cuenta que se trata de una persona de la tercera edad, superando una edad de 72.5 años, parámetros ya fijados por nuestra máxima instancia constitucional, es por ello, que se ordenara a la entidad accionada, reconocer la indemnización sustitutiva de pensión de vejez a que tiene derecho el demandante, por haber cumplido con los requisitos exigidos para el logro de dichos fines.

XII. CONCLUSIÓN

De conformidad con el análisis efectuado, la Sala concluye que la respuesta al problema jurídico planteado es positiva, por lo que es del caso CONFIRMAR la

EXPEDIENTE: 2012 00162 01
ACTOR: TOMAS ANTONIO MENESES SAMPAYO
DEMANDADA: FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.
ACCIÓN: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
APELACIÓN: SENTENCIA DEL 12 DE JULIO DE 2012
PROCEDENCIA: JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DE DESCONGESTION DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Descongestión del Circuito de Sincelejo el día 12 de Julio de 2.012.

XIII. DECISIÓN

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SUCRE**, Sala Tercera de Decisión Oral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO: CONFÍRMASE el fallo del 12 de julio de 2.012, proferido por el Juzgado Cuarto Administrativo de Descongestión del Circuito de Sincelejo, según lo expuesto.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE por cualquier medio efectivo a los interesados en los términos del Art. 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: ENVÍESE el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se hace constar que el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por el Tribunal en sesión de la fecha, según consta en Acta No. 016.

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Magistrado

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS
Magistrado

HÉCTOR ENRIQUE REY MORENO
Magistrado