

RADICADO: 2023-031
ACCIONANTE: MARÍA ESTELA OROSTEGUI OSSES
ACCIONADO: ALCALDÍA DE FLORIDABLANCA Y OTROS

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

JUZGADO CATORCE PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BUCARAMANGA

Bucaramanga, veintisiete (27) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

Decide el despacho, en primera instancia, la acción de tutela radicada bajo el No. 6800014088014-2023-00031-00, instaurada por MARÍA ESTELA OROSTEGUI OSSES, en contra de ALCALDÍA DE FLORIDABLANCA, SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE FLORIDABLANCA Y LA SEÑORA GISELT PIERINE PORTILLO RODRÍGUEZ, habiéndose vinculado al FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG.

ANTECEDENTES

La señora MARÍA ESTELA OROSTEGUI OSSES, presentó acción de tutela contra ALCALDÍA DE FLORIDABLANCA, SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE FLORIDABLANCA Y LA SEÑORA GISELT PIERINE PORTILLO RODRÍGUEZ, por los siguientes hechos:

Tiene 60 años de edad, actualmente es ama de casa, no cumple con los requisitos para pensionarse, hace 23 años convive con su compañero permanente con quien no tienen hijos y tanto ella como su compañero subsisten de la asignación de retiro que recibe él por valor de \$1.600.000 y la cual comparte para los gastos del hogar.

Refirió que estudió educación primaria, por lo cual desde el año 1997 y hasta el año 2012 se desempeñó como maestra en distintas escuelas, pero desde el año 2012 no tiene trabajo debido a distintos motivos entre estos problemas de salud debido a un cáncer que logró superar en el año 2018. Añadió que actualmente por motivo de su edad le es imposible conseguir un trabajo.

Dijo que en el mes de octubre de 2022 tuvo conocimiento de la posibilidad de retirar sus aportes a pensión dado que teniendo la edad necesaria para pensionarse, no contaba con las semanas requeridas para ello, pero alcanzó a cotizar para pensión durante cinco años aproximadamente, contando con una parte de sus aportes en COLPENSIONES y otra en el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, este último con ocasión a su trabajo como docente provisional adscrita a la Secretaría de Educación de Floridablanca dentro del período comprendido del 14 de enero de 2008 al 07 de octubre de 2012.

Narró que el trámite de indemnización sustitutiva ante COLPENSIONES fue claro, ágil y rápido, pues el mismo lo inició el 20 de octubre de 2022 y el 01 de noviembre de 2022 ya tenía resolución de reconocimiento, la cual fue pagada el 30 de noviembre del mismo año.

En contraste con lo anterior, relató que el mismo 20 de octubre de 2022 acudió ante el FOMAG en donde le indicaron que para iniciar debía tramitar un documento denominado CETIL (certificación electrónica de tiempo laborados) ante

RADICADO: 2023-031

ACCIONANTE: MARÍA ESTELA OROSTEGUI OSSES

ACCIONADO: ALCALDÍA DE FLORIDABLANCA Y OTROS

la Secretaría de Educación de Floridablanca, documento que le fue entregado el día 24 de noviembre de 2022, luego de ello lo llevó al FOMAG en donde llenó unos formularios y radicó su solicitud de indemnización sustitutiva, frente a lo cual recibió respuesta el día 29 de noviembre de 2022 en donde le contestaron que el FOMAG y FIDUPREVISORA no era competente para realizar dicho trámite, pues este se debía adelantar ante las Secretarías de Educación.

Relató que, en vista de la anterior respuesta, se dirigió ante la Secretaría de Educación de Floridablanca, pero allí no ha recibido una correcta información frente a su caso, lo único que le dijeron era que ese trámite lo manejaba una funcionaria de nombre Marisol Copete quien iba a la oficina solo unas horas en la tarde, pero debido a la dificultad de ubicar a dicha funcionario optó por elevar un derecho de petición el día 29 de noviembre de 2022 a fin de solicitar información del procedimiento establecido para el trámite de indemnización sustitutiva, del cual recibió respuesta el día 11 de enero de 2023 y en donde se le informó los documentos que debía reunir y los formularios que debía diligenciar.

Pese a lo anterior, el día 16 de enero de 2023 cuando se dirigió a la Secretaría de Educación de Floridablanca a realizar su trámite conforme se le había indicado en respuesta a su derecho de petición, la persona encargada de prestaciones sociales le manifestó que el procedimiento había cambiado y ahora todo se hacía de forma virtual y se estaba a la espera de un nuevo software, que debía esperar a finales de enero y llamar para preguntar si ya se contaba con el nuevo sistema y que de igual modo se le haría entrega de una circular con las indicaciones por escrito.

Contó que, debido a todas las dificultades presentadas, solicitó una nueva respuesta de su derecho de petición, pues considera que el mismo no le fue resuelto de forma clara, concreta y de fondo. También mencionó que en repetidas oportunidades trató de comunicarse telefónicamente con la persona encargada de dicho trámite y/o solicitar una cita con ella sin obtener resultados.

De otra parte, señaló que el día 23 de enero de 2023, una funcionaria de prestaciones sociales le activó una plataforma llamada "Humano en Línea" para lo cual se le dio un usuario y contraseña indicándole que allí podría realizar el trámite, lo cual relata ha sido infructuoso pues en dicha plataforma no se observa el trámite de indemnización sustitutiva por no cumplir los requisitos de pensión, solo aparece "error" y no hay instructivos o una guía al respecto.

SUJETOS DE ESTA ACCIÓN

Accionante: MARÍA ESTELA OROSTEGUI OSSES, identificada con C.C. No. 37941130.

Entidad Accionada: ALCALDÍA DE FLORIDABLANCA, SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE FLORIDABLANCA Y LA SEÑORA GISELT PIERINE PORTILLO RODRÍGUEZ.

Entidades vinculadas: FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

La accionante pretende el amparo de sus derechos fundamentales de petición, debido proceso y seguridad social, los cuales, a su juicio, está siendo desconocidos por parte de ALCALDÍA DE FLORIDABLANCA, SECRETARÍA DE

RADICADO: 2023-031

ACCIONANTE: MARÍA ESTELA OROSTEGUI OSSES

ACCIONADO: ALCALDÍA DE FLORIDABLANCA Y OTROS

EDUCACIÓN DE FLORIDABLANCA Y LA SEÑORA GISELT PIERINE PORTILLO RODRIGUEZ al no haber dado una respuesta clara, concreta y de fondo a su derecho de petición de fecha 29 de noviembre de 2023, no tramitar su solicitud de devolución de aportes o indemnización sustitutiva de los aportes a pensión.

Expresamente solicita se ordene a ALCALDÍA DE FLORIDABLANCA y la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE FLORIDABLANCA dar una respuesta clara, concreta y de fondo a su derecho de petición de fecha 29 de noviembre de 2023, tramitar su solicitud de devolución de aportes o indemnización sustitutiva de los aportes a pensión de manera inmediata sin imponer barras administrativas y realice una capacitación sobre atención humanizada al público.

RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA Y VINCULADA

ALCALDÍA DE FLORIDABLANCA, SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE FLORIDABLANCA Y LA SEÑORA GISELT PIERINE PORTILLO RODRÍGUEZ:

Pese a que fueron debidamente notificadas a los correos electrónicos: notificaciones@floridablanca.gov.co y notificaciones@floridablanca.gov.co, se tiene que no se pronunciaron dentro del presente trámite constitucional, renunciando a su derecho de defensa y contradicción.

FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG:

Contestó que no se presenta ninguna prueba a través de la cual se pueda establecer que FIDUPREVISORA S.A. en calidad de vocera y administradora del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG) se encuentre vulnerando los derechos fundamentales de la parte actora y que la Previsora S.A., es una entidad que solo actúa como vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG).

De otra parte, argumentó una falta de legitimación en la causa por pasiva y manifestó su imposibilidad material frente a las pretensiones de la accionante.

En cuanto a las pretensiones de la presente acción, dijo que la Fiduprevisora S.A. actuando en calidad de vocera y administradora del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio no es el ente nominador de la accionante, sino que se encarga de administrar los recursos dispuestos por el plan nacional de desarrollo para el FOMAG y por lo tanto, toda acción que ejecuta la Fiduprevisora S.A. como vocera del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es respaldada por un acto administrativo proveniente de las secretarías de educación a nivel nacional.

Del mismo modo dijo que observando el aplicativo donde se hace consultas de las peticiones radicadas, se vislumbra que la accionante no presentó solicitud ante la FIDUPREVISORA S.A, pero sí presentó en el SISTEMA HUMANO, solicitud ordinaria ante la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE FLORIDABLANCA, tal como lo demuestra los anexos de esta acción constitucional, sistema que pertenece a la referida SECRETARIA, a través del cual los docentes adscritos realizan las peticiones o trámites; trámite que es de competencia exclusiva a la citada entidad territorial.

Finalmente solicitó su desvinculación de la presente acción de tutela.

CONSIDERACIONES

LEGITIMACIÓN

La ejerce la señora MARÍA ESTELA OROSTEGUI OSSES, a fin de buscar la protección de sus derechos fundamentales de petición, debido proceso y seguridad social, por lo cual como persona capaz está facultada para acudir ante el Juez Constitucional, en virtud del artículo 86 de la Constitución Política.

COMPETENCIA

Este juzgado es competente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política y en los artículos 37 del Decreto Ley 2591 de 1991, 1 del Decreto 1382 del 2000, 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, así como en el Auto 050 de 2015 de la Corte Constitucional y en el artículo 1º del decreto 1983 de 2017, según el cual, “ Para los efectos previstos en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, conocerán de la acción de tutela, a prevención, los jueces con jurisdicción donde ocurriere la violación o la amenaza que motivare la presentación de la solicitud o donde se produjeran sus efectos, conforme a las siguientes reglas:

“1. Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden departamental, distrital o municipal y contra particulares serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a los Jueces Municipales.”

Así mismo se establece que la accionante tiene su domicilio en la ciudad de Bucaramanga, ámbito territorial en el que ejerce sus funciones éste despacho judicial.

PROBLEMA JURÍDICO

¿Procede la acción de tutela a fin de ordenar a ALCALDÍA DE FLORIDABLANCA, y a la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE FLORIDABLANCA dar una respuesta clara, concreta y de fondo al derecho de petición de fecha 29 de noviembre de 2023, tramitar la solicitud de devolución de aportes o indemnización sustitutiva de los aportes a pensión de la señora MARÍA ESTELA OROSTEGUI OSSES de manera inmediata sin imponer barras administrativas?

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

La importancia de la calificación de pérdida de capacidad laboral y la no prescripción de la misma. Reiteración de jurisprudencia

Sobre este aspecto se tiene pronunciamiento reciente de la Corte constitucional en sentencia T-931 de 2013, Magistrado Ponente Dr. JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB, en la cual se refiere que:

2.1. “PROCEDIBILIDAD EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA RESOLVER LOS CONFLICTOS DE RECONOCIMIENTO O PAGO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. –REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA-

Como lo establece el artículo 86 de la Constitución Política, la finalidad para la cual fue concebida la acción de tutela, es la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas ante la vulneración o

RADICADO: 2023-031

ACCIONANTE: MARÍA ESTELA OROSTEGUI OSSES

ACCIONADO: ALCALDÍA DE FLORIDABLANCA Y OTROS

amenaza generada por las autoridades públicas o, en ciertos casos, por los particulares, teniendo un carácter excepcional, subsidiario y residual.

En la Sentencia T-660 de 1999¹, se establece que con el ejercicio de la acción de tutela, no es viable que se resuelvan asuntos cuya discusión plantea una controversia por fuera del ámbito constitucional. Además, se precisa que resulta ajeno a la competencia de los jueces de tutela, entrar a fallar sobre los conflictos jurídicos que surjan alrededor del reconocimiento, u orden de pago de una prestación social, por cuanto para ello, existen las respectivas instancias, procedimientos y medios judiciales establecidos por la ley;

En efecto, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, se ha manifestado que el medio judicial idóneo para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de las prestaciones sociales, específicamente en lo concerniente a las pensiones, no es la acción de tutela.²

Así como se señaló en la sentencia T-1089 de 2005³, y tal como lo ha precisado la jurisprudencia constitucional en diferentes providencias, entre otras, las sentencias T-776 y T-245 de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-607 y T-562 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T- 692 y T-487 de 2005 y T- 692 de 2004, M.P. Álvaro Tafur Galvis, la acción de tutela, no procede, en principio, para obtener el reconocimiento de derechos pensionales, ya que al tratarse de derechos litigiosos de naturaleza legal, la competencia que prevalece para resolver dicho tipo de conflictos, es la justicia laboral o la contenciosa administrativa según el caso, pues de tal manera lo establece el ordenamiento jurídico. Por lo anterior, las autoridades mencionadas, son las llamadas a garantizar el ejercicio de los nombrados derechos cuando se demuestre su amenaza o violación.

Lo anterior se encuentra fundamentado en el carácter excepcional, subsidiario y residual del mecanismo de la acción de tutela, tal y como lo establece el artículo 86 de la Constitución Política⁴. Como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación, negar lo anterior sería desnaturalizar *“...la esencia y finalidad de la acción de tutela como mecanismo de protección especial pero extraordinario de los derechos fundamentales de las personas y se ignoraría la índole preventiva de la labor de los jueces de tutela frente a la amenaza o vulneración de dichos derechos que les impide dictar órdenes declarativas de derechos litigiosos de competencia de otras jurisdicciones.”*⁵

De igual manera, en la Sentencia T-660 de 1999⁶, haciendo referencia a los casos de conflicto de reconocimiento o pago de pensión de vejez, se reitera lo manifestado en la Sentencia T-038 de 1997⁷ con relación a las características que presenta el reconocimiento de un derecho a pensión ante la jurisdicción constitucional:

¹ M.P. Alvaro Tafur Galvis.

² T-776 y T-245 de 2005, M.P., Alfredo Beltrán Sierra, T-607 y T-562 de 2005 M.P., Marco Gerardo Monroy Cabra, T- 692 y T-487 de 2005 y T- 692 de 2004 M.P. Alvaro Tafur Galvis."

³ M.P. Alvaro Tafur Galvis.

⁴ Sentencia T-1089 de 2005 M.P. Alvaro Tafur Galvis

⁵ Sentencia T-660 de 1999. M.P. Alvaro Tafur Galvis.

⁶ M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁷ M.P. Hernando Herrera Vergara.

RADICADO: 2023-031

ACCIONANTE: MARÍA ESTELA OROSTEGUI OSSES

ACCIONADO: ALCALDÍA DE FLORIDABLANCA Y OTROS

“La Corte Constitucional ha considerado que la protección del derecho a la seguridad social de las personas no entraña la posibilidad de reconocimiento de los derechos pensionales de las personas por parte del juez de tutela.

La acción de tutela es un instrumento idóneo para solicitar el pago de una pensión ya reconocida por la institución de seguridad social respectiva. Sin embargo, cuando se trata de una pensión que aún no ha sido reconocida, el particular tiene derecho a obtener una decisión por parte de la administración con base en su derecho fundamental de petición, sin que ello lo libere de la obligación de cumplir con el trámite legal previsto para el reconocimiento.”

Sin embargo, más adelante, en la sentencia T-463 de 2003⁸, se hace referencia a una de las circunstancias en las cuales resulta factible recurrir a la acción de tutela al tratarse de una controversia acerca del reconocimiento o pago de la pensión cuando se trata de derechos de personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta, como es el caso de los adultos mayores. A este respecto, la Corte señaló que entre los sujetos de especial protección constitucional, se encuentran los adultos mayores, quienes, por sus especiales circunstancias, entre otras, por la pérdida progresiva de la fuerza laboral, física, resulta especialmente grave la no cancelación o la cancelación parcial de las mesadas pensionales. Entre otras cosas, lo anterior podría menoscabar los derechos fundamentales a la vida digna⁹ y al mínimo vital¹⁰ de las personas ancianas.

A este respecto, en la misma sentencia, se reitera lo señalado en la Sentencia T-456 de 1994, en la cual se establece lo siguiente:

“Si una persona sobrepasa el índice de promedio de vida de los colombianos (se estima en 71 años), y ella considera que se le ha dado un trato discriminatorio en el reajuste pensional y por tal motivo ha reclamado ante juez competente, pero se estima razonablemente que el solicitante ya no existiría para el momento que se produjera la decisión judicial, debido a su edad avanzada, unido esto al alto volumen de procesos que razonablemente producen demora en la decisión, pese al comportamiento diligente del juzgador, entonces, ese anciano no tiene otro medio distinto al de la tutela para que, provisionalmente, mientras se decide el fondo del asunto por el juez natural, se ordene el respeto a su derecho. Por supuesto que el Juez de Tutela debe hacer un equilibrado análisis en cada caso concreto, no olvidando que en el momento de transición institucional que vive el país, es posible una demora en las decisiones judiciales. O sea, no se puede adoptar una solución mecánica para todos los casos sino que debe analizarse individualmente a cada uno de ellos”¹¹

De la misma manera, resulta pertinente hacer referencia a los requisitos a

⁸ M.P. Eduardo Montealegre Lynett

⁹ Ver las sentencias T-042 de 2001, T-481 de 2000, T-099 de 1999, T-351 de 1997, T-426 de 1994 y T-116 de 1993”

¹⁰ Ver las sentencias T-018 de 2001, T-827 de 2000, T-101 de 2000, SU-062 de 1999, T-313 de 1998 y T-351 de 1997 ”

¹¹ M.P. Alejandro Martínez Caballero

RADICADO: 2023-031

ACCIONANTE: MARÍA ESTELA OROSTEGUI OSSES

ACCIONADO: ALCALDÍA DE FLORIDABLANCA Y OTROS

los cuales está condicionada la procedencia de la acción de tutela cuando se trata de un adulto mayor que reclama su pensión, los cuales se encuentran mencionados en la sentencia T-634 de 2002¹²:

"La jurisprudencia constitucional ha señalado con absoluta claridad que la acción de tutela no procede para obtener la reliquidación de mesadas pensionales. Sin embargo, como también ha sido explicado, en ciertos casos y de manera excepcional ella puede constituir el mecanismo idóneo para proteger transitoriamente los derechos invocados, pero su procedencia está condicionada a la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) Que la persona haya agotado los recursos en sede administrativa y la entidad mantenga su decisión de no reconocer el derecho.

b) Que se hubiere acudido ante la jurisdicción respectiva, se estuviere en tiempo de hacerlo o ello fuere imposible por motivos ajenos al peticionario.

c) Que además de tratarse de una persona de la tercera edad, ésta demuestre la amenaza de un perjuicio irremediable, esto es, que el perjuicio afecte la dignidad humana, la subsistencia en condiciones dignas, la salud, el mínimo vital, que existan lazos de conexidad con derechos fundamentales, o que evidencie que someterla a los trámites de un proceso ordinario le resultaría demasiado gravoso.

d) En concordancia con lo anterior, para determinar si la acción de tutela es o no procedente como mecanismos transitorio, no resulta suficiente invocar fundamentos de derecho, sino que son necesarios también fundamentos fácticos que den cuenta de las condiciones materiales de la persona. En caso contrario, el asunto adquiere carácter estrictamente litigioso y por lo mismo ajeno a la competencia del juez de tutela."

En el mismo sentido, en la sentencia T-167 de 2004¹³, se advierte que las reclamaciones cuyo objeto es el reconocimiento y pago de mesadas pensionales, teniendo en cuenta que en principio deben plantearse ante las autoridades administrativas o judiciales competentes, por el grave compromiso que supone la falta del reconocimiento o pago de dicha prestación en perjuicio de los adultos mayores que la reclaman, una vez comprobada la conexidad entre la falta de cancelación de la nombrada prestación y la vulneración de las condiciones mínimas vitales de supervivencia, se permite que sea procedente la acción de tutela.

De lo anterior se desprende entonces que cuando la relación directa entre la presunta vulneración del derecho prestacional y la grave afectación del derecho fundamental no está probada, la vía más adecuada para plantear este tipo de controversias será la ordinaria.

Ahora bien, y como se afirmó en la sentencia T-919 de 2005¹⁴, en los casos en los cuales la acción de tutela es ejercida por adultos mayores como

¹² M.P. Eduardo Montealegre Lynett

¹³ M.P. Eduardo Montealegre Lynett

¹⁴ M.P. Jaime Córdoba Triviño

RADICADO: 2023-031

ACCIONANTE: MARÍA ESTELA OROSTEGUI OSSES

ACCIONADO: ALCALDÍA DE FLORIDABLANCA Y OTROS

mecanismo transitorio, en el análisis acerca de la existencia del perjuicio irremediable, el juez constitucional, debe tener presente que se trate de personas que realmente dependan de su mesada pensional, que al llegar a determinada edad, vean disminuida su capacidad laboral, y con ella, la posibilidad de ejercer plenamente todos sus derechos. En ese evento, el juez podrá conceder al amparo transitorio, aun si el solicitante ha acudido ante el juez competente, siempre y cuando se estime que en el momento en que la respectiva decisión judicial se produzca, será probable que el actor no esté presente para poder disfrutar del derecho que le fue reconocido.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta la protección especial dirigida a personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, pues la Carta Política garantiza a las personas de la tercera edad, entre otras, los servicios de seguridad social integral (art. 46 inc. 2 C.P.), por lo que la cobertura de los servicios públicos y de seguridad social a las personas que no gozan de la plenitud de sus capacidades y vean por ello coartada su autonomía, debe ser proveída por el Estado. Por lo tanto, si se da el caso en el cual se desatienda los deberes sociales estatales, desconociendo derechos fundamentales de determinada persona, tal situación sí amerita la intervención del juez constitucional para impedir que dicha vulneración continúe.¹⁵

De otro lado, y de acuerdo con el principio de subsidiariedad de la tutela, esta Corporación ha sido clara en afirmar que ciertamente es improcedente la acción de tutela para el reconocimiento de un derecho pensional¹⁶, aunque, si se da el caso de la ineptitud del medio judicial establecido en el ordenamiento jurídico, para tramitar el asunto de que se trate o de la ocurrencia de un perjuicio irremediable¹⁷, el cual haga viable el amparo tutelar transitorio y urgente con el fin de evitar la vulneración irreparable de los derechos fundamentales que se encuentren en juego, mientras se resuelve el asunto por la vía ordinaria, sí puede acudir a la acción de tutela.

Como se indica en la sentencia T-658 de 2008¹⁸, la pretensión de amparo del derecho a la seguridad social, sí resulta admisible por vía de tutela siempre y cuando se cumpla con los requisitos previstos para dicho efecto. Es entonces necesario que se acredite el cumplimiento de lo siguiente: **(i) es menester, en primer lugar, que el conflicto que se plantea, suponga una controversia de relevancia constitucional, conclusión a la cual se llega cuando el juez de tutela, a partir del estudio del conjunto de condiciones objetivas en las cuales se encuentra el accionante, adelanta un análisis del problema, a partir de un prisma constitucional, el cual permite concluir que es necesario realizar un pronunciamiento con el que se garantice la aplicación de los principios superiores en el caso concreto¹⁹. (ii) En segundo lugar, resulta necesario que la cuestión constitucional que se plantea, se encuentre probada de forma que no sea preciso, para la verificación del derecho fundamental, llevar a cabo un esfuerzo probatorio que**

¹⁵ Al respecto, ver la Sentencia T-919 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño

¹⁶ Ver las Sentencias T-301/98, T-582/98, T-637/98, T-074/99, entre otras. "

¹⁷ Ver la Sentencia T-001/97, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁸ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

¹⁹ Al respecto, ver Sentencia T-335 de 2000: "La definición de asuntos meramente legales o reglamentarios que no tengan una relación directa con los derechos fundamentales de las partes o que no revistan un interés constitucional claro, no puede ser planteada ante la jurisdicción constitucional"

desborde las competencias y facultades del juez de tutela²⁰.(iii) En último término, es requerido que se demuestre que el mecanismo judicial ordinario, no resulta suficiente para proteger, en el caso concreto, la garantía a la seguridad social como instrumento de materialización de la dignidad humana.

A este respecto, en la sentencia T-301 de 2010²¹, se señala que la jurisprudencia constitucional ha establecido dos excepciones a la ya mencionada regla general de la improcedencia. La primera de ellas, tiene lugar en el momento en que no existe mecanismo de defensa judicial o existiendo, no resulta idóneo ni eficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales comprometidos en el caso concreto. La segunda excepción implica que el accionante esté en presencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual se concede la acción de tutela como mecanismo transitorio.

Sobre las mencionadas excepciones, en el pronunciamiento citado se indica que:

“En el primer caso, para determinar la procedencia excepcional de la acción, el juez debe hacer un análisis de la situación particular del actor²² y establecer si el medio de defensa judicial ordinario es lo suficientemente idóneo para proteger de manera integral sus derechos fundamentales²³, ya que, en caso de no serlo, el conflicto planteado trasciende del nivel puramente legal para convertirse en un problema de carácter constitucional.²⁴”

Por ejemplo, cuando se trata de adultos mayores, esta corporación ha manifestado que, “por la disminución de sus capacidades físicas, la reducción de las expectativas de vida y la mayor afectación en sus condiciones de salud, estas personas constituyen uno de los grupos de especial protección constitucional²⁵ y, por este motivo, resulta para ellos desproporcionado ser sometidos a esperar que en un proceso ordinario se resuelvan sus pretensiones.”

En lo concerniente a la presencia de un perjuicio irremediable, caso en el que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio, el artículo 86 de la Constitución establece que la acción de tutela por regla general no procede cuando existan otros medios o mecanismos de defensa judiciales. Dice la norma:

“Toda persona tendrá la acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento

²⁰ Sentencias T-079 de 1995, T-638 de 1996, T-373 de 1998, T-335 de 2000.

²¹ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

²² En la Sentencia T-1268 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte expresó: “la procedencia de la tutela está sujeta a la ineficacia del medio de defensa judicial ordinario, situación que sólo puede determinarse en cada caso concreto”.

²³ En la Sentencia T-1268 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, se señaló: “(...) Para la Corte, dado el carácter excepcional de este mecanismo constitucional de protección de los derechos, la acción de tutela no puede desplazar ni sustituir los mecanismos ordinarios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico. También ha señalado esta Corporación que, dada la responsabilidad primaria que cabe a los jueces ordinarios en la protección de los derechos, la procedencia de la tutela está sujeta a la ineficacia del medio de defensa judicial ordinario, situación que sólo puede determinarse en cada caso concreto.”

²⁴ Sentencia T-489 de 1999 M.P. (E) Martha Victoria Sáchica de Moncaleano .

²⁵ Sentencia T-1316 de 2001, M.P. (E) Rodrigo Uprimny Yepes.

RADICADO: 2023-031

ACCIONANTE: MARÍA ESTELA OROSTEGUI OSSES

ACCIONADO: ALCALDÍA DE FLORIDABLANCA Y OTROS

*preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. (...) Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar **un perjuicio irremediable**. (...)*"

Asimismo, la Corte manifestó, como se señaló en la Sentencia T-207 de 2013²⁶, que la tutela contra actos de la administración “se caracteriza por ser subsidiaria y residual, lo cual implica que ella será procedente para la protección de derechos fundamentales siempre que entre otras circunstancias, se promueva como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable”²⁷. En dicho escenario, la decisión que se profiera buscará otorgar una medida transitoria que impida la causación de un perjuicio irremediable en tanto se decide acerca de la legalidad de la actuación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

De otro lado, cabe anotar que para que la acción de tutela proceda, resulta necesario que se cumpla con el requisito de la inmediatez. En efecto, en la Sentencia T-207 de 2013²⁸ se hace referencia a tal exigencia al apuntar que debe acudirse a lo sostenido por esta corporación en cuanto a que “la acción debe ser interpuesta dentro de un plazo razonable y oportuno con el fin de evitar que se emplee como herramienta que premia la desidia, negligencia o indiferencia de los actores o, peor aún, se convierta en un factor de inseguridad jurídica”²⁹. Sobre este aspecto, en sentencia SU-961 de 1999³⁰ se sostuvo que “la razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto. De acuerdo con los hechos, entonces, el juez está encargado de establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado”.

Habiendo analizado las circunstancias en que la acción de tutela procede cuando se trata de conflictos de reconocimiento y pago de prestaciones sociales, resulta necesario hacer referencia a la importancia e implicaciones del derecho a la Seguridad Social en el Estado Social de Derecho.

2.2. DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL.

2.2.1. Consagración del derecho a la seguridad social

Dentro del **ámbito constitucional**, el artículo 49 de la Carta Política consagra el derecho fundamental a la seguridad social, y de manera particular, hace referencia a la seguridad social en pensiones. Según la disposición en comento, la seguridad social es (i) un servicio público de carácter obligatorio, cuya cobertura se debe ampliar de manera progresiva y se encuentra bajo la dirección, coordinación y control del Estado y, (ii) un derecho irrenunciable que debe garantizarse a todos los habitantes.

²⁶ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

²⁷ Al respecto, ver Sentencia T-012 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²⁸ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

²⁹ Sentencia T-675 de 2006, M.P. Clara Inéz Vargas Hernández.

³⁰ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

RADICADO: 2023-031

ACCIONANTE: MARÍA ESTELA OROSTEGUI OSSES

ACCIONADO: ALCALDÍA DE FLORIDABLANCA Y OTROS

Adicionalmente, el artículo 53 de la Constitución, regula los principios mínimos fundamentales de la relación laboral, dentro de los cuales se encuentra la garantía a la seguridad social, la cual implica la exigencia al Estado de garantizar el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Al respecto la Corte Constitucional ha expresado que la seguridad es un derecho fundamental cuyo desarrollo, aunque ha sido confiado a entidades específicas que participan en el sistema general de seguridad social, tiene una configuración normativa ya establecida, tanto en el texto constitucional, como en los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, los cuales dan cuenta de una categoría *iusfundamental* arraigada al derecho fundamental de la dignidad humana.³¹

En lo concerniente **al marco del derecho internacional**, cabe precisar que el derecho a la seguridad social se encuentra consagrado en diversos instrumentos de carácter internacional ratificados por Colombia, razón por la cual al pertenecer al bloque de constitucionalidad, evidentemente hacen parte del ordenamiento interno colombiano, tal como se establece en el artículo 93 de la Carta. Entre otros tratados, puede hacerse referencia al Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, y el Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Protocolo de San Salvador y la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

En efecto, el artículo 22 de la **Declaración Universal de los Derechos Humanos** de 1948 establece: *“toda persona como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.”*

Del mismo modo, el artículo 9 del **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**³² establece que los Estados Partes (...) *reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.*

Igualmente el artículo 9, del **Protocolo de San Salvador** también hace alusión al derecho estudiado, como un derecho del cual gozan todas las personas a ser protegidas *“contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa”*.

Con la breve indicación de aquellas disposiciones que consagran y obligan a garantizar el derecho a la seguridad social, puede observarse que se trata de un derecho íntimamente ligado al derecho fundamental a la dignidad humana, que prevé razonablemente que si por determinada circunstancia, sea vejez, invalidez o muerte, una persona no pueda continuar trabajando, no quede sin sustento alguno ella o su familia, pues con el mencionado derecho se quiere asegurar que quienes se encuentran en la situación descrita, reciban el dinero para su sostenimiento, manteniendo así una vida digna.

³¹ Al respecto, ver la Sentencia T-658 de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

³² Ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969.

RADICADO: 2023-031

ACCIONANTE: MARÍA ESTELA OROSTEGUI OSSES

ACCIONADO: ALCALDÍA DE FLORIDABLANCA Y OTROS

Para concluir, el Estado es quien debe fijar las condiciones necesarias para hacer efectiva la protección que implica el derecho a la seguridad social y para que, de manera progresiva, se amplíe su cobertura.

Luego de haber expuesto lo relativo al derecho a la seguridad social, se procederá a establecer el concepto y aplicación en el tiempo del derecho a la indemnización sustitutiva.

2.3. LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA Y SU APLICACIÓN. -REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA-

2.3.1. Consagración del derecho a la indemnización sustitutiva.

Resulta pertinente recordar que en el marco de la Ley 100 de 1993, es decir, en el Sistema General de Pensiones, el legislador estableció dos regímenes solidarios excluyentes entre sí, pero que coexisten: el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad. La afiliación a cada uno de ellos es obligatoria y su elección es libre y voluntaria para el afiliado, quien luego de vincularse, se encuentra obligado a cumplir con los aportes legales que le permitirán, de cumplir con los requisitos establecidos para el efecto, consolidar el derecho a cada una de las prestaciones que el sistema tiene previstas.

En efecto, en el evento en que una persona no cumpla con las condiciones legales requeridas para que una de ellas se configure, la misma ley prevé la opción de que se reconozca y pague una **indemnización sustitutiva**. Es decir, en el caso en el que una persona, independientemente del régimen al que se encuentre afiliado, no cumpla con los requisitos necesarios para consolidar su derecho a la pensión de vejez, se encuentra prevista una prestación diferente para cubrir dicha contingencia.³³

A ese respecto, el literal p), del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establece que los afiliados, que al cumplir la edad de pensión de vejez, no reúnan los demás requisitos para acceder a ella, tendrán derecho a una devolución de saldos o indemnización sustitutiva de acuerdo con el régimen al cual se encuentren afiliados y de conformidad con lo previsto en dicha ley.

Ahora bien, como se encuentra expresado en la sentencia 817 de 1999³⁴:

“La norma es clara en el sentido de que esa indemnización opera sólo cuando no se ha cotizado el número de semanas exigidas; sólo cuando es imposible continuar cotizando y sólo cuando el interesado, habiendo cumplido la edad, se declara en imposibilidad de seguir cotizando. Si no se cumplen estos requisitos no hay la indemnización. Como tampoco la hay, si se llega a la edad y no se ha cotizado el mínimo, pero esto último no impide la contribución mediante bonos pensionales y/o otras situaciones especiales como la de la Ley 50 de 1886 y del decreto 753 de 1974.”

Según fue indicado en sentencia T-981 de 2003³⁵, esta prestación se encuentra orientada a ofrecer a las personas que están cotizando al

³³ Al respecto, ver Sentencia T-566 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

³⁴ M.P. Alejandro Martínez Caballero

³⁵ M.P. Eduardo Montealegre Lynett

RADICADO: 2023-031

ACCIONANTE: MARÍA ESTELA OROSTEGUI OSSES

ACCIONADO: ALCALDÍA DE FLORIDABLANCA Y OTROS

sistema de seguridad social, una suerte de “*compensación*” en cuya virtud se restituye el capital aportado de acuerdo con las fórmulas designadas en la ley y en los reglamentos correspondientes.³⁶

En la Sentencia C-375 de 2004³⁷, se declaró la constitucionalidad condicionada de la mencionada disposición en el sentido de que el precepto no ordena el retiro del trabajador, pues su finalidad es permitirle optar por la solicitud de la indemnización sustitutiva, o por la devolución del saldo, según sea el caso. Por lo tanto, la persona puede decidir no laborar más o continuar en su trabajo hasta alcanzar el número de semanas cotizadas requeridas para acceder a su pensión de vejez. En dicho pronunciamiento, la Corte decidió:

“Declarar EXEQUIBLE, por los cargos analizados, literal p del artículo 2° de la ley 797 de 2003, en el entendido de que dicho literal no ordena el retiro del trabajador, sino que le confiere la facultad de solicitar la cancelación de la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos o continuar cotizando hasta alcanzar el monto requerido para acceder a la pensión mensual vitalicia de jubilación.”

Igualmente, esta Corporación sostuvo lo siguiente:

“la norma acusada es un desarrollo posible de la libertad de configuración del legislador, que no desconoce los principios constitucionales que regulan el derecho a la seguridad social, pues se limita a normar un supuesto de hecho particular en punto de sistemas pensionales. En ese sentido, el literal acusado se limita a presentar la posibilidad a los afiliados 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, de solicitar la devolución de saldos o la indemnización sustitutiva de acuerdo con el régimen al cual se encuentren afiliados. Resta precisar que tan sólo en el entendido que el literal acusado incorpora una facultad en cabeza del afiliado, más no un deber de recibir la devolución o indemnización correspondientes, es constitucional la norma demandada.”

Del mismo modo, en sentencia T-750 de 2006³⁸ la Corte manifestó de manera expresa que por esta vía se reconoce una auténtica *acreencia* que le permite al cotizante “*recuperar los aportes efectuados durante el período laboral, ante la imposibilidad de obtener la pensión*”.

Igualmente, resulta pertinente hacer referencia a lo establecido en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, el cual consagra la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez para los eventos bajo los cuales el afiliado, aunque cumple con la edad prevista para acceder a la pensión, no ha cumplido con las semanas cotizadas necesarias para el mencionado efecto. Esta disposición señala:

“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*

³⁶ Al respecto, ver Sentencia T-957 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

³⁷ M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

³⁸ M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

RADICADO: 2023-031

ACCIONANTE: MARÍA ESTELA OROSTEGUI OSSES

ACCIONADO: ALCALDÍA DE FLORIDABLANCA Y OTROS

mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.”

Por su parte, el artículo 1° del Decreto 4640 de 2005, establece:

*“Causación del derecho. **Habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva** prevista en la Ley 100 de 1993, por parte de las Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, cuando los afiliados al Sistema General de Pensiones estén en una de las siguientes situaciones:*

a) Que el afiliado se retire del servicio habiendo cumplido con la edad, pero sin el número mínimo de semanas de cotización exigido para tener derecho a la pensión de vejez y declare su imposibilidad de seguir cotizando;

b) Que el afiliado se invalide por riesgo común sin contar con el número de semanas cotizadas exigidas para tener derecho a la pensión de invalidez, conforme al artículo 39 de la Ley 100 de 1993;

c) Que el afiliado fallezca sin haber cumplido con los requisitos necesarios para que su grupo familiar adquiera el derecho a la pensión de sobrevivientes, conforme al artículo 46 de la Ley 100 de 1993;

d) Que el afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales se invalide o muera, con posterioridad a la vigencia del Decreto-ley 1295 de 1994, como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, la cual genere para él o sus beneficiarios pensión de invalidez o sobrevivencia de conformidad con lo previsto en el artículo 53 del Decreto-ley 1295 de 1994”.

(Negritas y subrayas fuera de texto)

Cabe también precisar el concepto de devolución de saldos, el cual se encuentra consagrado en el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, y en el que se afirma que las personas con la edad requerida para consolidar su derecho a la pensión de vejez, que *“no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho.”*³⁹

Tal como puede observarse en la sentencia T- 286 de 2008⁴⁰, en la cual el actor no cumple con los requisitos consagrados en la Ley 100 de 1993, pues no cuenta con el tiempo de semanas cotizadas requeridas, se afirma

³⁹ Al respecto, ver Sentencia T-566 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

⁴⁰ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

RADICADO: 2023-031

ACCIONANTE: MARÍA ESTELA OROSTEGUI OSSES

ACCIONADO: ALCALDÍA DE FLORIDABLANCA Y OTROS

que esta Corporación ha sostenido que la finalidad de la indemnización sustitutiva, no es otra que la de *“permitir a las personas que luego de haber llegado a la edad de pensión y que (i) no hayan alcanzado a generar la pensión mínima o (ii) no hayan cotizado al menos 1150 semanas⁴¹, reclamar la devolución de saldos o la indemnización sustitutiva de sus aportes. La hipótesis contraria implicaría que, aún cuando los cotizantes hayan alcanzado la edad en la cual ley presume la disminución significativa de la capacidad laboral, y pese a que los mismos declaren la imposibilidad de seguir cotizando, el Estado institucionalice la obligación de seguir aportando, sin tomar en consideración las condiciones fácticas que impiden a los sujetos hacerlo.”⁴²*

En el mismo pronunciamiento, **se señala que, tal como lo ha sostenido la Corte en oportunidad anterior, “(...) de la indemnización sustitutiva, se encuentra en conexidad con el derecho a la vida, la integridad física, el trabajo y la igualdad, entre otros, por cuanto a través de dicha prestación, lo que pretende el Estado es dar cumplimiento al mandato constitucional que impone como deber el de garantizar a todos los habitantes “el derecho irrenunciable a la seguridad social”⁴³.**

Se puede ver claramente que la indemnización sustitutiva es un beneficio pensional que se otorga a las personas que cumplen de forma parcial con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, es decir, que si bien tienen el requisito de la edad, no han cotizado el número de semanas exigidas por la Ley -en el régimen de prima media. En efecto, y con relación de la liquidación y pago de la misma, el artículo 2 del Decreto 1730 de 2001, *“Por medio del cual se reglamentan los artículos 37, 45 y 49 de la Ley 100 de 1993 referentes a la indemnización sustitutiva del régimen solidario de prima media con prestación definida”*, indica que para determinar el monto de la indemnización sustitutiva a que haya lugar, se deberá tener en cuenta la totalidad de las semanas cotizadas, *“aún (sic) las anteriores a la Ley 100 de 1993.”⁴⁴*

También cabe resaltar, tal como se observa en la sentencia T-957 de 2010⁴⁵, que tanto la indemnización sustitutiva como la devolución de saldos, son prestaciones que actúan como sucedáneas de la pensión de sobrevivientes en aquellos casos en los que, a pesar de cumplir con el requisito de la edad, la persona no satisfizo a plenitud las exigencias establecidas por la Ley de seguridad social para obtener el reconocimiento y pago de la mesada pensional⁴⁶, bien porque el número de semanas cotizadas no alcanza el total requerido por el artículo 9 de la Ley 797 de

⁴¹ El artículo 67 de la Ley 797 de 2003 prescribe al respecto: *“Artículo 14. El artículo 65 de la Ley 100 de 1993 quedará así: Artículo 65. Garantía de Pensión Mínima de Vejez. En desarrollo de los artículos 13 y 48 de la Constitución Política, créase el Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro individual con Solidaridad, como un patrimonio autónomo con cargo al cual se pagará, en primera instancia, la garantía de que trata este artículo. El Gobierno Nacional definirá el régimen de organización y administración de este fondo, así como la entidad o entidades que lo administrarán. Los afiliados que a los sesenta y dos (62) años de edad, si son hombres, y cincuenta y siete (57), si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la Ley 100 de 1993, y hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta (1.150) semanas tendrán derecho a que el Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión”*.

⁴² Sentencia C-375 de 2004, Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

⁴³ Ver entre otras las sentencias T-888/01, T-609/02, T-259/03 y T-495/03.

⁴⁴ Al respecto, ver Sentencia T-286 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

⁴⁵ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

⁴⁶ Al respecto, ver Sentencia T-1088 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil

RADICADO: 2023-031

ACCIONANTE: MARÍA ESTELA OROSTEGUI OSSES

ACCIONADO: ALCALDÍA DE FLORIDABLANCA Y OTROS

2003 en el régimen de prima media, o debido a que el capital ahorrado no resulta suficiente en el caso del régimen de ahorro individual.⁴⁷

2.3.2. La aplicación en el tiempo del derecho a la indemnización sustitutiva.

Resulta pertinente empezar recordando que en sentencia C-230 de 1997⁴⁸ la Corte resolvió el interrogante a propósito de la eventual prescripción del derecho a la indemnización sustitutiva. Sobre el particular, y tal como se reiteró en sentencia T-546 de 2008⁴⁹, esta Corporación indicó que el punto de partida desde el cual ha de iniciar esta indagación se encuentra en el principio de la imprescriptibilidad de los derechos pensionales que se encuentra consagrado en el texto constitucional en los artículos 1°, 46 y 48. Puntualmente, en la providencia en comento la Sala indicó lo siguiente:

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

A este respecto, es pertinente mencionar lo establecido en la Sentencia T-957 de 2006⁵⁰, en la cual la Corte indicó las disposiciones en las que se encuentra la regulación legal de la indemnización sustitutiva y de la devolución de saldos, de perentorio cumplimiento y cuya ejecución debe ser asegurada en *“todas aquellas situaciones que al momento de su expedición no se hubieren consolidado”*.

En el mismo sentido, en la sentencia T-1088 de 2007⁵¹, al hacer referencia al ya nombrado artículo 37 de la Ley 100 de 1993, se indica que este *“no consagró ningún límite temporal a su aplicación ni condicionó la misma a circunstancias tales como que la persona hubiera efectuado las cotizaciones con posterioridad a la fecha en que empezó a regir la Ley 100 de 1993 o que aquél que pretenda acceder a ella hubiere cumplido la edad para pensionarse bajo el imperio de la nueva normatividad, razón por la cual es evidente que el ámbito de aplicación de la misma está dado por la regla general en materia de normas laborales, esto es, por su carácter de normas de orden público de inmediata y obligatoria aplicación.”*

Así las cosas, la Corte concluyó, en el mismo pronunciamiento, que las normas que regulan lo referente a la indemnización sustitutiva, también tienen aplicación con relación a las personas que cotizaron bajo la vigencia de la anterior normatividad y cuya situación jurídica no se consolidó en aplicación de normas precedentes, lo que exige que su definición se

⁴⁷ A lo anterior es preciso agregar que esta prestación no se encuentra circunscrita de manera exclusiva al caso de la pensión de vejez, pues resulta igualmente exigible en los casos de invalidez o supervivencia en los dos regímenes anteriormente referidos. Sobre el particular, consultar artículos 42 y 49 de la Ley 100 de 1993.”

⁴⁸ M.P. Antonio Barrera Carbonell

⁴⁹ M.P. Clara Inés Vargas Hernández

⁵⁰ M.P. Rodrigo Escobar Gil

⁵¹ M.P. Rodrigo Escobar Gil

RADICADO: 2023-031

ACCIONANTE: MARÍA ESTELA OROSTEGUI OSSES

ACCIONADO: ALCALDÍA DE FLORIDABLANCA Y OTROS

efectúe bajo el imperio de la Ley 100 de 1993. En consecuencia, las entidades encargadas de su reconocimiento no pueden oponerse a lo mencionado, bajo el argumento de que las cotizaciones se hayan realizado con anterioridad a la Ley 100 de 1993 y que, en consecuencia, no son aplicables las disposiciones normativas de dicha Ley, ya que las disposiciones establecidas en la norma mencionada 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.

Con relación a los dos pronunciamientos citados, en la Sentencia 957 de 2010⁵², se señala que las disposiciones mencionadas son aplicables también a personas que hubiesen llevado a cabo la cotización exigida por el ordenamiento, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por las tres siguientes razones:

“(i) Los contenidos normativos objeto de análisis hacen parte de la Ley de seguridad social, la cual a su turno enriquece el contenido del corpus del derecho laboral. En ese sentido, es menester tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo a propósito de la aplicación de estas normas, las que “por ser de orden público, producen efecto general inmediato”. En esta misma dirección, se halla lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 100 de 1993: “El sistema general de pensiones, con las excepciones previstas en el artículo 279 de la presente Ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional”.

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

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

⁵² M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

En efecto, resulta necesario hacer referencia a lo expresado en la sentencia T-515 de 2012⁵³, la cual reitera lo manifestado por la Corte en sentencia T- 1046 de 2007⁵⁴. En dicho pronunciamiento, se analiza el caso de una señora de la tercera edad solicitante de la pensión de sobrevivientes, a la que consideraba tener derecho por la muerte de su hija, y que la entidad encargada negó su reconocimiento y pago, por cuanto el régimen legal vigente al momento de la muerte de la causante no consagraba a los ascendientes como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, pues dicha figura se creó en legislación posterior a la muerte de la causante. Frente a tal situación, la Corte expresó que aunque tal beneficio para los ascendientes no existió sino después de la muerte de la causante, se trata de una obligación que deben asumir las entidades que recibieron aportes, aunque la ley no les haya atribuido de forma directa tal deber, en virtud de la teoría del enriquecimiento sin causa, que constituye a su vez, una manifestación del principio de equidad.

Se dijo además, que *“en eventos que resultan similares al asunto objeto de estudio (aunque no idénticos en virtud del problema jurídico resuelto), la Corporación ha dado paso a la equidad en eventos en los cuales las personas reúnen un amplio número de semanas pero no cumplen los requisitos legales de acceso a la prestación pensional que solicitan.”*

Por lo anterior, sea de pensión de sobrevivientes o de indemnización sustitutiva, siendo las dos figuras creadas en legislaciones posteriores a las aplicables en cada caso, debe respetarse el razonamiento de la Corte ya señalado, pues no resulta justo ni concebible que la entidad de que se trate, se enriquezca con aportes sin causa alguna, y menos, siendo los solicitantes personas de la tercera edad con altas necesidades.

Conforme a lo anteriormente mencionado, puede afirmarse que cuando se trate de personas que realizaron sus aportes a seguridad social con anterioridad a la Ley 100 de 1993, y que por sus circunstancias específicas no continuaron cotizando durante la vigencia de la misma, no cumpliendo así con el tiempo mínimo para acceder a la pensión de vejez, se les debe reconocer y pagar la indemnización sustitutiva.

De la misma manera, puede citarse el caso analizado por la Corte en la Sentencia T-730 de 2008⁵⁵, en el cual se estudió una acción de tutela promovida por la madre de un docente fallecido que solicitaba el reconocimiento de la pensión *post mortem*, dado que su hijo laboró durante más de diecinueve (19) años en planteles oficiales y no dejó beneficiarios con mejor derecho. En dicho asunto, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le negó el reconocimiento y pago de dicha prestación porque la regulación que era aplicable al momento de la muerte del causante, no incluía a los padres como beneficiarios de esa modalidad pensional, pues dicha inclusión tuvo lugar mediante ley posterior.

En el caso mencionado, la Sala Novena de Revisión, amparó los derechos fundamentales de la accionante, y ordenó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes aplicando la Ley 100 de 1993, y los beneficios incluidos en ella, considerando que, aunque la muerte del causante había ocurrido bajo la vigencia de una norma anterior, en el asunto estudiado no había una razón constitucionalmente válida para que a una persona de la tercera

⁵³ M.P. María Victoria Calle Correa.

⁵⁴ M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁵⁵ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, SV. Jaime Araujo Rentería

RADICADO: 2023-031

ACCIONANTE: MARÍA ESTELA OROSTEGUI OSSES

ACCIONADO: ALCALDÍA DE FLORIDABLANCA Y OTROS

edad se le exigieran requisitos más gravosos para acceder al beneficio pensional, que los consagrados en el régimen general.⁵⁶ Concluyó la Sala:

“(…)elementales razones de equidad y justicia señalan que [la accionante] debería estar amparada en alguna forma por una prestación económica que supla la ayuda económica que en vida le proporcionaba su hijo, sobre todo por cuanto éste prestó sus servicios y efectuó aportes a un sistema de seguridad social durante un periodo tan prolongado.”; y agregó “la inexistencia de normas legales o reglamentarias que consagren una prestación que permita atender las circunstancias de debilidad manifiesta de la peticionaria no puede argüirse como pretexto válido desde la perspectiva constitucional para prorrogar el estado de indefensión que la aqueja.”

De lo anterior se destaca el importante rol que juega el principio de la solidaridad en casos como los comentados. Dicho principio es, en efecto, fundamento esencial de nuestro sistema jurídico y un elemento primordial en el sistema de seguridad social⁵⁷. La solidaridad es, en primer lugar, un deber de los ciudadanos consistente en brindar su apoyo activo y decidido para la consecución de los fines constitucionales, y especialmente en el marco de la seguridad social, para el correcto funcionamiento y financiación del sistema. En segundo lugar, la solidaridad puede crear derechos subjetivos y obligaciones jurídicas que se derivan de su aplicación armónica con el principio de igualdad⁵⁸.

Por lo expuesto, es una característica del sistema de seguridad social que las personas coticen y aporten, siempre y cuando se encuentren en condiciones de hacerlo y, correlativamente, existe un derecho, para las personas que se encuentran en condición de debilidad manifiesta, acceder a los beneficios que la mencionada solidaridad reporta. Así, aquella persona que semana tras semana realiza cotizaciones para el sistema, satisface claramente su deber de solidaridad y deberá, si en un momento dado se encontrara en situación de debilidad manifiesta, recibir un trato especial que le permita subsistir como lo venía haciendo.⁵⁹

En efecto, si una persona que realizó determinados aportes al sistema de seguridad social año tras año, y que, al momento de solicitar su pensión de vejez encuentra que sus cotizaciones no alcanzan el número requerido, tiene derecho a que la indemnización sustitutiva le sea reconocida y pagada, pues aunque dicha prestación haya sido creada en una ley posterior a la que le aplicaba a la persona en su momento. De no hacerse

⁵⁶ Al respecto, ver Sentencia 515 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa

⁵⁷ Al respecto, el artículo 2º de la Ley 100 de 1993, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones, establece: “**Artículo 2o. Principios.** El servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación: (...) c. Solidaridad. Es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil. || Es deber del Estado garantizar la solidaridad en el régimen de Seguridad Social mediante su participación, control y dirección del mismo. || Los recursos provenientes del erario público en el Sistema de Seguridad se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerables.”

⁵⁸ En sentencia T-520 de 2003 M.P. Rodrigo Escobar Gil relativa a la aplicación del principio de solidaridad a favor de personas víctimas de desaparición forzada en el marco de los procesos ejecutivos hipotecarios, la Corte explicó ampliamente cómo la solidaridad se concreta, en principio, mediante desarrollo legislativo; pero, excepcionalmente y frente a grupos vulnerables, puede dar lugar a posiciones subjetivas concretas de derecho fundamental, en virtud de la dimensión promocional del principio de igualdad.”

⁵⁹ Al respecto, ver Sentencia 515 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa.

RADICADO: 2023-031

ACCIONANTE: MARÍA ESTELA OROSTEGUI OSSES

ACCIONADO: ALCALDÍA DE FLORIDABLANCA Y OTROS

así, se violaría el derecho fundamental a la igualdad y la entidad de que se trate, estaría enriqueciéndose con dichos aportes, sin justa causa.

Acerca de lo anterior, resulta pertinente mencionar la sentencia T-110 de 2011, la cual hace alusión al fenómeno de la retrospectividad de las normas, así:

“La Corte Constitucional en sentencia T-389 de 2008 puntualizó que el efecto en el tiempo de las normas jurídicas es por regla general, su aplicación inmediata y hacia el futuro, “pero con retrospectividad, [...] siempre que la misma norma no disponga otro efecto temporal...”. De este modo, “aquello que dispone una norma jurídica debe cumplirse de inmediato, hacia el futuro y con la posibilidad de afectar situaciones que se han originado en el pasado (retrospectividad), es decir, situaciones jurídicas en curso al momento de entrada en vigencia de la norma”.

En dicha oportunidad, la Corte estudió el caso de una persona a quien le negaron el reconocimiento y pago de la sustitución pensional por jubilación de que gozaba su compañero permanente fallecido en 1990, bajo el argumento de que la norma pensional a ella aplicable, no incluía dicho beneficio, el cual sólo se incluyó en una norma posterior. En este pronunciamiento, y respecto del tema de la retrospectividad, la Corte puntualizó:

“[e]l fenómeno de la retrospectividad de las normas de derecho se presenta, como ya se anticipó, cuando las mismas se aplican a partir del momento de su vigencia, a situaciones jurídicas y de hecho que han estado gobernadas por una norma anterior, pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición. Este instrumento ha sido concebido por la jurisprudencia nacional como un límite a la irretroactividad, asociando su propósito a la satisfacción de los principios de equidad e igualdad en las relaciones jurídicas de los asociados, y a la superación de aquellas situaciones marcadamente discriminatorias y lesivas del valor justicia que consagra el ordenamiento jurídico colombiano, de conformidad con los cambios sociales, políticos y culturales que se suscitan en nuestra sociedad.”

Tal razonamiento puede ser aplicado también al caso referente a la aplicación de la indemnización sustitutiva, la cual puede aplicarse a situaciones jurídicas que hayan estado gobernadas por una norma anterior, pero cuyos efectos jurídicos no se hayan consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición.

En sentencia T-849A de 2009⁶⁰, reiterando lo manifestado en la Sentencia T-529 de 2009⁶¹, se hace referencia a lo mencionado en el párrafo anterior y se expresa lo siguiente, específicamente en el caso de la retrospectividad en cuanto a la indemnización sustitutiva:

“En relación con la aplicación de las normas contenidas en la Ley 100 1993, a fin de hacer efectiva la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en aquellos casos en que los aportes al

⁶⁰ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁶¹ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

RADICADO: 2023-031

ACCIONANTE: MARÍA ESTELA OROSTEGUI OSSES

ACCIONADO: ALCALDÍA DE FLORIDABLANCA Y OTROS

sistema se dieron con **anterioridad** a la entrada en vigencia de dicha ley, la Corte Constitucional ha reiterado que **esta normatividad es aplicable a todos los habitantes del territorio nacional y a todas aquellas situaciones que al momento de su expedición no se hubieren consolidado**. Así lo sostuvo en Sentencia T-850 de 2008, al indicar:

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

Así pues, **es inválida cualquier interpretación restrictiva** en la cual se establezca como requisito adicional para acceder a la indemnización sustitutiva que el afiliado haya cotizado al sistema a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993 o que al momento de la desvinculación del trabajador éste haya cumplido con la edad exigida para acceder a la pensión de vejez, pues ello (i) contradice de manera directa los **artículos 48, 49 y 366** de la Constitución Política, (ii) **propicia un enriquecimiento sin justa causa** de la entidad a la cual se efectuaron los aportes y (iii) **vulnera el principio constitucional de favorabilidad** en materia laboral, expresamente previsto en el artículo 53 Superior. Sobre este último punto esta Sala de Revisión en Sentencia T-180 de 2009 expuso:

“[C]abe advertir, que uno de los dispositivos que plantea la Constitución Política para la resolución de conflictos normativos en materia laboral, es la aplicación del principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 superior. En desarrollo de este precepto, la Corte Constitucional ha ratificado que dentro de los principios mínimos en las relaciones laborales se encuentra la aplicación de la situación más favorable al trabajador en caso de duda en el uso e interpretación de las fuentes formales del derecho. Por tanto, hacer una aplicación restrictiva en el asunto sometido a estudio, aceptando la posición esbozada por la entidad accionada, conllevaría no solo a desconocer los derechos de los afiliados, sino además el aludido principio. || 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”.

4.4. Es de concluir, entonces, que el derecho a reclamar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez está en cabeza de todos los habitantes del territorio nacional que, habiendo

RADICADO: 2023-031

ACCIONANTE: MARÍA ESTELA OROSTEGUI OSSES

ACCIONADO: ALCALDÍA DE FLORIDABLANCA Y OTROS

*cumplido con la edad de pensión, no cuentan con el número de semanas de cotización exigidas para acceder a esa prestación, **independientemente de haber estado afiliadas o no al Sistema Integral de Seguridad Social** en el momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993."*

(Negrillas y subrayas fuera de texto)

En el mismo pronunciamiento citado, la Corte subraya que en el caso mencionado, al invalidar cualquier restricción que establezca algún requisito adicional para acceder a la nombrada indemnización sustitutiva, esta Corporación está recurriendo al principio de hermenéutica laboral "in dubio pro operario", aplicando estrictamente el principio constitucional de la favorabilidad a dos situaciones concretas. La primera de ellas, que es ilegal y no se puede establecer como requisito adicional, para acceder a la indemnización sustitutiva, que el afiliado haya cotizado al sistema a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993 y la segunda, que el trabajador haya cumplido la edad exigida para la pensión de vejez al momento de desvincularse.

Para concluir, con base a las consideraciones desarrolladas, puede afirmarse que **la indemnización sustitutiva es una prestación a la que pueden acceder, entre otras, aquellas personas, que no cumplen con el requisito de semanas cotizadas necesarias para consolidar la pensión de vejez, independientemente de haberse encontrado afiliadas o no al Sistema Integral de Seguridad Social en el momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993. Tampoco es necesario que la persona haya cotizado en vigencia del mencionado sistema, pues lo establecido en la nombrada disposición, se aplica para las situaciones descritas, aunque éstas hubieren tenido lugar antes de su vigencia y aun cuando las normas aplicables a ellas, fueran normas anteriores a esta, pues lo que se tiene en cuenta para decidir en estos casos es, entre otros, el fenómeno de la retrospectividad, de la favorabilidad y los principios de equidad, solidaridad e igualdad.**

CASO CONCRETO

Vulneración de Derechos Fundamentales/ Hecho Superado

De conformidad con los anteriores planteamientos se procederá a estudiar si los elementos fácticos del caso permiten configurar el cumplimiento de los requisitos para la prosperidad de la acción de tutela, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional antes reseñada.

Como ello permitirá la aplicación de las normas protectoras de las personas en condiciones de debilidad manifiesta, específicamente tratándose de adultos mayores, como en presente caso, para la procedencia o no de la acción, se debe determinar si la accionante ostenta esta condición, basándose para ello en los presupuestos de la jurisprudencia constitucional antes señalados, así como en las pruebas recaudadas dentro de la actuación.

Pues bien, del estudio del encuadernamiento se pudo establecer que la señora MARÍA ESTELA OROSTEGUI OSSES tiene 60 años de edad, actualmente no labora y no cumple con los requisitos para obtener una pensión de vejez.

Expuso la accionante que había alcanzado a cotizar para pensión durante cinco años aproximadamente, que tenía una parte de sus aportes en COLPENSIONES y otra en el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL

RADICADO: 2023-031

ACCIONANTE: MARÍA ESTELA OROSTEGUI OSSES

ACCIONADO: ALCALDÍA DE FLORIDABLANCA Y OTROS

MAGISTERIO, este último con ocasión a su trabajo como docente provisional adscrita a la Secretaría de Educación de Floridablanca dentro del período comprendido del 14 de enero de 2008 al 07 de octubre de 2012.

Narró que el trámite de indemnización sustitutiva ante COLPENSIONES fue claro, ágil y rápido, pues el mismo lo inició el 20 de octubre de 2022 y el 01 de noviembre de 2022 ya tenía resolución de reconocimiento, la cual fue pagada el 30 de noviembre del mismo año.

En contraste con lo anterior, su trámite ante el FOMAG y luego ante la Secretaría de Educación de Floridablanca, había resultado infructuoso, confuso y desgastante, pues pese haber elevado incluso un derecho de petición el día 29 de noviembre de 2022 a fin de solicitar información acerca del procedimiento establecido para realizar su trámite de indemnización sustitutiva, recibió una respuesta que no correspondía a la realidad, pues al acercarse a radicar la documentación señala en la respuesta del 11 de enero de 2023, le manifestaron que el procedimiento había cambiado y ahora todo se hacía de forma virtual y se estaba a la espera de un nuevo software, por lo que debía esperar a finales de enero y llamar para preguntar si ya se contaba con el nuevo sistema y que de igual modo se le haría entrega de una circular con las indicaciones por escrito, siendo que al día de hoy y luego de múltiples intentos no ha podido acceder a una información cierta que le permita sin barreras acceder al trámite que requiere con urgencia dada su actual situación económica.

Las entidades accionadas por su parte guardaron silencio, pese haber sido notificada en debida forma, por lo que se dará aplicación al artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, otorgándosele así veracidad a lo relatado en el escrito de tutela por la parte accionante.

De otra lado, la vinculada FIDUPREVISORA manifestó que observando el aplicativo donde se hace consultas de las peticiones radicadas, se vislumbra que la accionante no presentó solicitud ante la FIDUPREVISORA S.A, pero sí presentó en el SISTEMA HUMANO, solicitud ordinaria ante la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE FLORIDABLANCA, tal como lo demuestra los anexos de esta acción constitucional, sistema que pertenece a la referida SECRETARIA, a través del cual los docentes adscritos realizan las peticiones o trámites; trámite que es de competencia exclusiva a la citada entidad territorial.

Pues bien, así las cosas, se tiene que efectivamente y según se evidencia de folios 16 a 21, la señora MARÍA ESTELA OROSTEGUI OSSES, elevó el día 30 de noviembre de 2022 petición ante la Secretaría de Educación de Floridablanca a fin de recibir información clara y detallada del trámite de indemnización sustitutiva por no cumplir con los requisitos para pensionarse, así como se le indique los documentos que debe adjuntar para la aprobación de dicho trámite y así recibir la devolución de sus aporte de pensión pagados ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, frente a lo cual recibió una respuesta de fecha 28 de diciembre de 2022 en donde se le indicaba aparentemente el trámite y documentos necesarios para tal fin y finalmente se observa un escrito de fecha 16 de enero de 2023 en donde la señora MARÍA ESTELA OROSTEGUI OSSES refiere las dificultades presentadas al dirigirse personalmente a radicar su solicitud conforme los parámetros planteados en la respuesta que le brindara la Secretaría de Educación aquí accionada, por lo que en dicha misiva solicita una aclaración o ampliación a su petición primigenia, de la cual a la fecha no ha recibido pronunciamiento alguno.

RADICADO: 2023-031

ACCIONANTE: MARÍA ESTELA OROSTEGUI OSSES

ACCIONADO: ALCALDÍA DE FLORIDABLANCA Y OTROS

Es así que, conforme a la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional, tenemos que:

“De igual manera, en la Sentencia T-660 de 1999⁶², haciendo referencia a los casos de conflicto de reconocimiento o pago de pensión de vejez, se reitera lo manifestado en la Sentencia T-038 de 1997⁶³ con relación a las características que presenta el reconocimiento de un derecho a pensión ante la jurisdicción constitucional:

“La Corte Constitucional ha considerado que la protección del derecho a la seguridad social de las personas no entraña la posibilidad de reconocimiento de los derechos pensionales de las personas por parte del juez de tutela.

*La acción de tutela es un instrumento idóneo para solicitar el pago de una pensión ya reconocida por la institución de seguridad social respectiva. **Sin embargo, cuando se trata de una pensión que aún no ha sido reconocida, el particular tiene derecho a obtener una decisión por parte de la administración con base en su derecho fundamental de petición, sin que ello lo libere de la obligación de cumplir con el trámite legal previsto para el reconocimiento.**”*

En tal sentido y como quiera que la entidad accionada no ha ofrecido una respuesta clara congruente y ajustada a la realidad conforme lo petitionado por la accionante, procederá este Despacho a ordenar a la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE FLORIDABLANCA Y A LA ALCALDÍA MUNICIPAL DE FLORIDABLANCA que dentro del término perentorio de las 48 horas a la notificación del presente fallo, si ya no lo hubiere hecho, proceda a dar respuesta clara y de fondo según la última petición radicada por la accionante el día 16 de enero de 2023.

Así mismo se evidencia vulneración al derecho a la seguridad social de la accionante en virtud de las dificultades administrativas que ha venido aplicado a su solicitud de reconocimiento de indemnización sustitutiva, cuyo trámite no ha sido posible debido a la desinformación por parte de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE FLORIDABLANCA Y A LA ALCALDÍA MUNICIPAL DE FLORIDABLANCA desde el mes de octubre de 2022, desconociendo dichas entidades lo señalado por la Corte en los precedentes citados, en los cuales quedó establecido que ***“(…) la indemnización sustitutiva, se encuentra en conexidad con el derecho a la vida, la integridad física, el trabajo y la igualdad, entre otros, por cuanto a través de dicha prestación, lo que pretende el Estado es dar cumplimiento al mandato constitucional que impone como deber el de garantizar a todos los habitantes "el derecho irrenunciable a la seguridad social"***⁶⁴..

Aunado a lo anterior, la señora MARÍA ESTELA OROSTEGUI OSSES es una persona mayor de 60 años, actualmente no labora y no tiene posibilidad de acceder a pensión de vejez, por lo que requiere de la especial protección que le brinda el estado por ser una persona perteneciente al grupo de la tercera edad, condición desatendida por las entidades accionadas, quienes han entrabado el procedimiento para acceder al indemnización sustitutiva, en contraste al trámite ágil, oportuno y expedito realizado con anterioridad por COLPENSIONES, tal

⁶² M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁶³ M.P. Hernando Herrera Vergara.

⁶⁴ Ver entre otras las sentencias T-888/01, T-609/02, T-259/03 y T-495/03.

RADICADO: 2023-031

ACCIONANTE: MARÍA ESTELA OROSTEGUI OSSES

ACCIONADO: ALCALDÍA DE FLORIDABLANCA Y OTROS

como lo refiere la accionante; es por ello, que éste despacho judicial debe amparar su derecho a la seguridad social, el cual se ha vulnerado por la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE FLORIDABLANCA Y A LA ALCALDÍA MUNICIPAL DE FLORIDABLANCA al no contar con un procedimiento claro para el trámite de la solicitud de indemnización sustitutiva requerido por la accionante, para la cual se ordenará a dichas entidades tramitar la solicitud de indemnización sustitutiva de pensión que pretende la señora MARÍA ESTELA OROSTEGUI OSSES, con la información ya suministrada por la accionante a la entidad accionada, teniendo en cuenta la radicación de solicitud realizada **en la plataforma “Humano en Línea”** y si fuere necesario algún documento o tramite adicional, informar de manera inmediata a la accionante, brindándole toda la información y acompañamiento que fuere necesario para el efecto.

De igual modo se ordenará a las entidades accionadas notificar su decisión a la accionante, informando los recursos que proceden en contra de la misma y una vez en firme dicho acto administrativo se remita de manera inmediata al FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG como entidad que actúa como vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG).

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Catorce Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bucaramanga, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONCÉDASE la tutela instaurada por la señora MARÍA ESTELA OROSTEGUI OSSES contra la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE FLORIDABLANCA Y A LA ALCALDÍA MUNICIPAL DE FLORIDABLANCA en aras de proteger sus derechos de petición, seguridad social y debido proceso, por las razones consignadas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: ORDÉNESE al representante legal de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE FLORIDABLANCA Y A LA ALCALDÍA MUNICIPAL DE FLORIDABLANCA, o quien haga sus veces, que en el término máximo e improrrogable de cuarenta y ocho horas (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, otorgue respuesta clara y de fondo a la petición elevada por la señora MARÍA ESTELA OROSTEGUI OSSES el día 16 de enero de 2023.

TERCERO: ORDÉNESE al representante legal de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE FLORIDABLANCA Y A LA ALCALDÍA MUNICIPAL DE FLORIDABLANCA, o quien haga sus veces, que en el término máximo e improrrogable de cuarenta y ocho horas (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, si ya no lo hubiere hecho, disponga lo necesario para dar trámite a la solicitud de indemnización sustitutiva de pensión que pretende la señora MARÍA ESTELA OROSTEGUI OSSES, ello con la información ya suministrada por la accionante y si fuere necesario algún documento o tramite adicional, informe de manera inmediata a la accionante brindándole toda la información y acompañamiento que fuere necesario para el efecto, de manera que se proceda en el término ya indicado con lo de su competencia.

CUARTO: HECHO LO ANTERIOR, ORDÉNESE al representante legal de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE FLORIDABLANCA Y A LA ALCALDÍA MUNICIPAL DE FLORIDABLANCA, o quien haga sus veces, notificar la decisión de solicitud de indemnización sustitutiva de pensión a la señora MARÍA ESTELA OROSTEGUI OSSES, informando los recursos que proceden en contra de la misma y una vez en firme dicho acto administrativo se remita de manera inmediata

RADICADO: 2023-031

ACCIONANTE: MARÍA ESTELA OROSTEGUI OSSES

ACCIONADO: ALCALDÍA DE FLORIDABLANCA Y OTROS

al FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG como entidad que actúa como vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG)

CUARTO: El desacato a lo ordenado en esta sentencia se sancionará con arresto al igual que se investigará y sancionará penalmente por fraude a resolución judicial, según lo previsto en los artículos 52 y 53 del decreto 2591 de 1991.

QUINTO: Dispóngase la notificación de este fallo a las partes interesadas, en forma inmediata y por el medio más expedito, informándosele igualmente que cuentan con tres (3) días hábiles para presentar recurso de Impugnación de que trata el artículo 31 del decreto 2591 de 1991, y de no ser impugnado envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



**ANA JOSEFA VILLARREAL GÓMEZ.
JUEZ**