COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia T/181/11

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de tutela
Referencia	T/181/11
Expediente	T-2.844.340
Fecha	2010-07-23
Sala	Sala Civil
Magistrado ponente	MAURICIO GONZALEZ CUERVO
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Accion De Tutela Para Reconocimiento De Pension De Vejez
- Tiempo De Prestacion De Servicio Militar Obligatorio

Resumen del caso (según la propia sentencia)

Vulneran derechos a la seguridad social en pensiones y al mínimo vital del Superior de Bogotá, D.C. Sala Civil del nueve (9) de septiembre que confirmó un fallo del Juzgado (31) treinta y uno del Circuito de Bogotá del veintitrés (23)

Texto completo

T-181-11 REPÚBLICA DE COLOMBIA SENTENCIA T-181 de 2011 (Marzo 15; Bogotá DC) ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE VEJEZ -Procedencia cuando se vulneran derechos a la seguridad social en pensiones y al mínimo vital del actor TIEMPO DE PRESTACION DE SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO -Debe computarse como tiempo de servicio válido para trámite de pensión de jubilación ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE VEJEZ -Improcedencia cuando no se cumple con los requisitos consagrados en la ley Referencia: Expediente T-2.844.340.

Accionante: Francisco Raúl Rodríguez Garzón. Accionado: Instituto de Seguro Sociales (ISS). Fallo objeto de revisión: Sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, D.C. Sala Civil del nueve (9) de septiembre que confirmó un fallo del Juzgado (31) treinta y uno del Circuito de Bogotá del veintitrés (23) de julio de 2010.

Magistrados de la Sala Quinta de Revisión: Mauricio González Cuervo, Juan Carlos Henao Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Magistrado Ponente :

MAURICIO GONZALEZ CUERVO. I. ANTECEDENTES 1. Demanda y pretensión 1.1 Elementos de la demanda - Derechos fundamentales invocados: seguridad social y mínimo vital.

- Conducta que causa la vulneración: negativa del ISS de reconocer la pensión de jubilación con el argumento de que el Ministerio de Defensa Nacional no realizó las cotizaciones correspondientes al tiempo que el asegurado prestó servicio militar.

- Pretensión: el accionante solicita que la Corte declare de manera definitiva la existencia de su derecho pensional y en consecuencia ordene su pago.

1.2 Fundamento de la pretensión El señor Francisco Raúl Rodríguez Garzón fundamenta su pretensión en las siguientes afirmaciones y argumentos [1] :

1.2.1 El demandante solicitó al Instituto de Seguros Sociales (ISS) que le reconociera su derecho pensional. Argumentaba que conforme la Ley 33 de 1985 cumplía con los requisitos para que se le reconociera al tener más de 55 años de edad y 20 años de servicio.

1.2.2 Señala que el tiempo cotizado al sistema general de pensiones se divide así: “tiempo de servicio militar (…) seiscientos sesenta y cinco días (665) días y dos mil cuatrocientos setenta (2470) días al servicio del FONCEP dependencia de la Alcaldía Mayor de Bogotá, la Registraduría Nacional del Estado Civil y otras pocas semanas pagadas directamente y del sector privado ” [2] .

1.2.3 Afirma, que en la resolución 013635 del 20 de mayo de 2010 [3] proferida por el Instituto de Seguros Sociales “ Por medio de la cual se resuelve la solicitud de prestaciones económicas en el Sistema General de Pensiones-Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida ” se le negó su derecho pensional con el argumento de que el tiempo del servicio militar no fue computado, por cuanto, el Ministerio de Defensa no realizó las cotizaciones correspondientes.

1.2.4 El accionante sostuvo que esta decisión es contraria a lo dispuesto en el numeral (a) del artículo 40 de la ley 48 de 1993, en el cual se dispone que “ en las entidades del Estado de cualquier orden el tiempo de servicio militar le será computado para efectos de pensión de jubilación de vejez en los términos de la ley” .

1.2.5 En consecuencia, solicitó que por medio de la acción de tutela se le reconociera el tiempo prestado en el servicio militar como tiempo válido para acceder a su derecho pensional, y se declarara que cumple los requisitos de la ley 33 de 1985 y 71 de 1988 y, por tanto, se le reconociera el derecho a la pensión de jubilación.

2. Respuesta de la entidad accionada El Instituto de Seguros Sociales no contestó la presente acción de tutela. 3. Fallo objeto de la decisión:

Sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil de Decisión del nueve (9) de septiembre de 2010 que confirma el fallo del Juzgado (31) Treinta y Uno del Circuito de Bogotá de dos (2) de agosto de 2010.

3.1 Decisión de tutela en primera instancia: Fallo del Juzgado Treinta y Uno del Circuito de Bogotá de dos (2) de agosto de 2010. El Juez de instancia declaró que la protección solicitada por el actor resultaba improcedente por cuanto no cumplía con el requisito de subsidiariedad. En efecto, argumentó que la acción de tutela es de carácter residual y que, por tanto, cuando existe otro mecanismo para la protección del derecho vulnerado, resultan más adecuadas las vías judiciales ordinarias. En este sentido, citó varios fallos de esta Corporación en los cuales se precisa que la acción e tutela no es idónea para la solicitud de derechos pensionales, pues para estos efectos existen otras vías como la jurisdicción laboral o la contenciosa administrativa según el caso. En consecuencia, decidió “NEGAR por improcedente la acción de tutela instaurada por el ciudadano FRANCISCO RAUL RODRIGUEZ GARZON contra el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL-PENSIONALES por las razones brevemente expuestas ” [4] .

3.2 Impugnación de la sentencia de primera instancia El accionante impugnó [5] el fallo de primera instancia argumentando brevemente que el fallo de primera instancia le desconoce sus derechos fundamentales a la seguridad social y mínimo vital. Sostuvo que su estado de salud es precario y que no tiene “todos los medios necesarios” [6] para costear sus gastos. Sin profundizar en sus argumentos, solicitó que el Juez de segunda instancia le reconociera su derecho pensional.

3.3 Sentencia objeto de revisión: Sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil de Decisión del nueve (9) de septiembre de 2010. El Tribunal reiteró los argumentos del Juez de primera instancia. Con extensas citas de la jurisprudencia de esta Corporación indicó que la acción de tutela es de carácter estrictamente subsidiario. Este carácter es

especialmente remarcado en las solicitudes de derechos pensionales, en las cuales el medio de defensa judicial idóneo es la jurisdicción laboral y no la acción de tutela.

Con estas consideraciones el Tribunal declaró improcedente la solicitud del accionante y confirmó la decisión del Juez de primera instancia. 4. Actuación realizada en la Corte Constitucional 4.1 En auto del 10 de diciembre de 2010 el magistrado sustanciador ordenó las siguientes pruebas:

“Primero. Por Secretaría General de ésta corporación, OFÍCIESE a la Alcaldía Mayor de Bogotá, D.C. y al Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones – FONCEP , para que dentro del término de los cinco (5) días siguientes al recibo de la notificación de esta providencia, i) Se informen de la acción en curso y expresen lo que consideren pertinente.

Con tal fin, remítasele copia de la tutela promovida por el señor Francisco Raúl Rodríguez Garzón , contra el I.S.S.; ii) Manifiesten si el señor Francisco Raúl Rodríguez Garzón, identificado con la cédula de ciudadanía numero 1.273.620 laboró en alguna de esas entidades, en que calidad lo hizo, por cuanto tiempo y cuando se realizó su retiro del servicio; iii) Informen si durante el tiempo de servicio se realizaron las cotizaciones correspondientes al riesgo de invalidez, vejez y muerte, por cuanto tiempo y ante que institución o fondo de pensión se efectuaron, en caso negativo expliquen los motivos.

Segundo. Por Secretaría General de ésta corporación, OFÍCIESE al Ministerio de Defensa Nacional, para que dentro del término de los cinco (5) días siguientes al recibo de la notificación de esta providencia, i) Se informe de la acción en curso y exprese lo que considere pertinente. Con tal fin, remítasele copia de la tutela promovida por el señor Francisco Raúl Rodríguez Garzón, contra el I.S.S.; ii) certifique si el señor Francisco Raúl Rodríguez Garzón, identificado con la cédula de ciudadanía numero 1.273.620 prestó el servicio militar obligatorio y exprese el término de duración del mismo.

Tercero. Por Secretaría General de esta corporación, OFÍCIESE al señor Francisco Raúl Rodríguez Garzón, para que dentro del término de los cinco (5) días siguientes al recibo de la notificación de esta providencia informe a este Despacho: i) Fechas y tiempo servido a la Alcaldía Mayor de Bogotá, dependencia en la que laboró; ii) Duración y fechas de la prestación del servicio militar obligatorio; iii) Adjunte copia de la documentación y certificaciones que posea y que puedan soportar los hechos”.

4.2 En respuesta de la solicitud hecha por esta Corporación la Gerente de Pensiones de Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones informó que [7] :

“Una vez revisados los archivos y las bases de datos del sistema de información del Fondo de prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones –Foncep-, se pudo observar que no se encontró antecedentes que permitan establecer que el señor FRANCISCO RAUL RODRIGUEZ GARZON ya identificado sea beneficiario de prestación alguna por parte del Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá.

No obstante lo anterior, estamos remitiendo la petición a la Subdirección de Proyectos Especiales Dirección Distrital de Crédito Público, teniendo en cuenta que esa entidad tiene la custodia los archivos de la entidades Distritales que han sido liquidadas” Por su parte, el Subdirector de Proyectos Especiales de la Secretaría de Hacienda Distrital señaló:

“que la información solicitada mediante oficio del asunto, fue remitida al doctor José Rafael Vecino, Secretario General del Instituto Distrital de la Participación y Acción Comunal, teniendo en cuenta que se estableció que el señor FRANCISCO RAUL RODRIGUEZ GARZÓN, identificado con cédula de ciudadanía No 1.273.620, laboró en dicha entidad”.

Finalmente, el Secretario General del Instituto Distrital de la Participación y Acción Comunal envió a la Secretaria de esta Corporación un documento en la que certifica [8] :

“Que de conformidad con lo información que reposa en la historia laboral del señor Raúl Rodríguez Garzón, Identificado con la cédula de ciudadanía número 1.273.620 de Barcelona (Caldas), laboró en el Departamento Administrativo de Acción Comunal Distrital desde el 21 de Febrero de 1989, hasta el 31 de enero de 1996, inclusive”.

“Que el tipo de vinculación laboral en el Departamento Administrativo de Acción Comunal fue de trabajador oficial”. “Que durante su permanencia en la institución, se efectuaron aportes a pensión a la Caja de Previsión Social del Distrito, ahora asumido por el Fondo de Prestaciones económicas, cesantías y pensiones –FONCEP-, desde el 21 de febrero de 1989 hasta el 31 de diciembre de 1995” “Que desde el 1º de enero de 1996 y hasta el 31 de enero de 1996, se realizaron aportes para pensión del Seguro Social (ISS), con motivo de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 1000 de 1993”.

4.3 Por su parte, el accionante envió a esta Corporación una intervención donde reitera los argumentos expuestos en el escrito de tutela. Adiciona que se encuentra limitado físicamente al padecer artritis y, en consecuencia, se le está vulnerando su mínimo vital. Sostuvo que cumple los requisitos de la ley 33 de 1985 de 1985 y de la ley 71 de 1988 y que la resolución 0202117 del 22 de septiembre de 2005 del ISS vulneró sus derechos fundamentales al negarse a computar el tiempo del servicio militar como tiempo de servicio válido para acceder a su derecho pensional.

4.4 Finalmente, el Ministerio de Defensa no contestó el requerimiento hecho por esta Corporación. II. CONSIDERACIONES 1. Competencia La Sala es competente para la revisión del presente caso, con fundamento en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento del Auto del 27 de octubre de 2010 de la Sala de Selección de Tutela Número Diez de la Corte Constitucional.

2. Cuestión de constitucionalidad Corresponde a esta Sala de Revisión determinar (i) si es procedente la acción de tutela para buscar el reconocimiento de derechos de carácter prestacional cuando está comprometido el mínimo vital y (ii) si el tiempo de servicio militar debe computar como tiempo de servicio válido en el trámite de pensión de vejez.

Para resolver el anterior problema jurídico, la Sala reiterará la jurisprudencia de esta Corporación en torno a (i) la procedencia excepcional de la tutela en casos de derechos de contenido prestacional, (ii) la adecuada interpretación del beneficio contenido en el numeral (a) artículo 40 de la Ley 48 de 1993 y (iii) entrar a determinar si el accionante cumple los requisitos del sistema general de pensiones para acceder a la pensión de jubilación.

3. Procedencia excepcional de la acción de tutela para la protección de derechos de contenido prestacional 3.1 Ha sido reiterada la regla jurisprudencial según la cual la acción de tutela no es, en principio, el mecanismo adecuado para solicitar el reconocimiento y pago de pensiones de vejez. Dado el carácter residual y sumario de la acción de tutela, y la existencia de mecanismos judiciales explícitamente diseñados para ese efecto, con espacios probatorios y de controversia adecuados a la complejidad que normalmente acompaña las discusiones sobre el reconocimiento de un derecho pensional, la acción de tutela no es, por regla general, el camino procesal constitucionalmente válido para conseguir el reconocimiento judicial de ese derecho.

Sin embargo, la Corte ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela para solicitar el reconocimiento y pago de pensiones de vejez, en algunas circunstancias particulares, que han sido explicadas de la siguiente manera:

“(...) la regla que restringe la protección de los derechos de carácter prestacional por vía de tutela, admite excepciones y procede su reconocimiento por el juez constitucional como mecanismo transitorio, caso en el cual debe acreditarse la existencia de un perjuicio irremediable o cuando la acción judicial ordinaria resulta ineficaz para otorgar una protección inmediata, de acuerdo con las circunstancias específicas de cada caso.

(…) Podemos concluir entonces, que esta Corporación ha señalado la protección excepcional del derecho a la pensión de dos formas (i) de manera definitiva y (ii) de manera transitoria como mecanismo para evitar un prejuicio irremediable, señalando los presupuestos que se deben cumplir para tener derecho a uno u otro conforme al artículo 86 de la Constitución.

Para la garantía definitiva del reconocimiento a la pensión de jubilación o vejez por tutela, esta Corporación ha señalado los siguientes: (i) no existencia de mecanismos de defensa judiciales o acreditación de la falta de idoneidad y eficacia de los mismos; (ii) se esté ante sujetos de especial protección constitucional como las personas de la tercera edad o en circunstancias de debilidad manifiesta o en condiciones de vulnerabilidad; (iii) se afecten derechos fundamentales, en particular el mínimo vital, o se estructure una vía de hecho [9] ;

(iv) se hubiere desplegado cierta actividad administrativa o judicial o resultare imposible hacerlo por motivos ajenos al peticionario, y (v) el no reconocimiento se motive en una actuación claramente ilegal o inconstitucional o que desvirtúe en principio la presunción de legalidad.

[10] ” [11] 3.2 En el caso bajo estudio, observa la Sala que el accionante nació el 29 de diciembre de 1944 [12] , por lo cual a la fecha tiene 66 años de edad cumplidos. Adicionalmente, en el escrito de tutela el demandante señala que padece de artritis que le impide el movimiento normal de su cuerpo y conseguir un trabajo que le permita solventar su mínimo vital [13] .

Estas circunstancias aunadas llevan a la Sala a considerar que el señor Francisco Raúl Rodríguez Garzón puede ver comprometido su mínimo vital con la negativa del reconocimiento de su derecho a la pensión de vejez y, por tanto, se hace imperiosa la intervención inmediata del juez constitucional. La Sala no comparte el argumento de los jueces de instancia según los cuales la presente acción de tutela resultaba improcedente por existencia de otro medio judicial de defensa, por cuanto, la especial situación del actor hace suponer su especial estado de vulnerabilidad y hace imperiosa la intervención inmediata del juez constitucional. La avanzada edad del accionante y la limitación física que afirma padecer, hacen necesario que el juez de tutela se pronuncie sobre su situación. Siendo esto así, la Sala determina que la acción de tutela bajo estudio es procedente y, por tanto, procede a su estudio de fondo.

4. El tiempo de la prestación del servicio militar obligatorio debe computarse como tiempo de servicio válido en el trámite de pensión de jubilación El artículo 216 de la Constitución Política de 1991, establece:

(...) "Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones políticas.

La ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo " (Resaltado fuera de texto).

Así pues, el servicio militar es una obligación de todos los ciudadanos y la Constitución misma autoriza para que la ley determine qué prerrogativas o beneficios tienen aquellos que le presten este servicio al Estado. En desarrollo de este precepto el artículo 40 de la Ley 48 de 1993 que reglamentó el servicio de reclutamiento y movilización, consagrando derechos, prerrogativas y estímulos dirigidos a quienes hayan prestado el servicio militar obligatorio, indica que:

" ARTÍCULO 40 : Al término de la prestación del servicio militar. Todo colombiano que haya prestado el servicio militar obligatorio , tendrá los siguientes derechos:

a. En las entidades del Estado de cualquier orden el tiempo de servicio militar le será computado para efectos de cesantía, pensión de jubilación de vejez y prima de antigüedad en los términos de la ley. (…)” Recientemente la Sala de Consulta y del Servicio Civil del Consejo de Estado se refirió nuevamente al tema, afirmando que “bajo la vigencia del

Acto Legislativo 01 de 2005, en criterio de este Despacho no procede computar como tiempo de servicio para efectos pensionales, el prestado en el servicio militar" [14] .

Esto bajo el argumento de que "el Acto Legislativo 01 de 2005, por el cual se adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, en el que se consagró, entre otros, el principio de sostenibilidad financiera del Sistema Pensional y se indicó que "Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señale la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia (...)" y que "Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones (...)" .

Señaló que uno de los grandes propósitos del acto legislativo en cuestión, era crear estabilidad financiera en el sistema de pensiones y evitar así que se hicieran valederos como requisitos para adquirir el derecho pensional, situaciones diferentes a cotizaciones efectivas. Indicó que armónico con el principio de estabilidad financiera, a partir del acto legislativo 1 de 2005 no podría computarse ningún tiempo que no fuera realmente cotizado al sistema.

Al respecto considera la Sala que si bien el principio de sostenibilidad financiera [15] del sistema resulta central en la regulación del sistema de pensiones, la interpretación según la cual el beneficio del artículo 40 de la Ley 48 de 1993 no puede ser computado como tiempo de pensiones no es correcta.

En efecto, una interpretación de este estilo termina siendo restrictiva de los derechos de los ciudadanos. Considera la Sala que si bien el tiempo de servicio militar no es un tiempo realmente cotizado al sistema, también lo es que se trata de un tiempo de servicio al Estado y que la Ley en estudio crea, con auspicio de la Constitución, un beneficio por prestar ese servicio. Resulta claro que la sostenibilidad financiera del sistema es un pilar fundamental en el diseño constitucional del sistema de pensiones, no obstante esto no puede implicar que la interpretación normativa llegue a desconocer la aplicación de la norma. Siendo esto así, la Sala considera que se opte por una interpretación que deja sin efecto alguno un beneficio contenido en la Ley. En este sentido, la interpretación más adecuada del beneficio contenido en el numeral (a) del artículo 40 de la Ley 48 de 1993 será que todo colombiano que ha prestado el servicio militar tiene el derecho a que en todas las entidades del Estado de cualquier orden, que tengan la obligación de reconocer el derecho de pensión de jubilación, le computen el tiempo prestado al Estado durante el servicio militar como tiempo válido para acceder al derecho en los regímenes pensionales que exigen únicamente tiempo.

Esto implica que el beneficio contemplado en la norma bajo estudio no puede contabilizarse como cotizaciones efectivas, sino simplemente como tiempo.

Así pues, la entidad responsable de reconocer la pensión de jubilación debe computar el tiempo de servicio militar como tiempo prestado, pero no puede tomarse como semanas cotizadas.

El beneficio contemplado en el artículo 40 de la Ley 48 de 1993 es aplicable en los regimenes pensionales donde uno de los requisitos sea el tiempo de servicio , pero en aquellos donde la exigencia son cotizaciones efectivas, no puede aplicarse el mencionado beneficio. Tal es el caso, por ejemplo, del régimen de la Ley 33 de 1985 y en el régimen especial de las fuerzas militares.

Esta resulta ser la interpretación que más adecuada constitucionalmente, porque, por un lado, responde al principio de sostenibilidad del sistema que resulta ser central en el diseño constitucional del sistema de pensiones y, por otro, le brinda eficacia a una norma que contiene un beneficio para todos los ciudadanos que prestaron un servicio al Estado. Esta tesis se refuerza con la lectura del artículo en mención del cual se desprende que " el tiempo de servicio militar le será computado para efectos de (…) pensión de jubilación de vejez", como se observa la norma hace expresa referencia

al tiempo de servicio como el objeto del cómputo, esto es, que el benéfico contenido en la disposición legal se refiere a que el trabajador efectivamente sirvió al Estado.

Esta posición se encuentra acorde a pronunciamientos previos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en Concepto 1557 del 1 de julio de 2004 en el que manifestó:

"(…) el tiempo de servicio militar se computa para efecto de derechos pensionales tanto en el Régimen General de Seguridad Social como en el especial de las Fuerzas Militares, incluido el del personal de soldados profesionales, pues la preceptiva del artículo 40 de la ley 48 de 1993 se refiere de modo genérico a "todo colombiano que haya prestado el servicio militar obligatorio", de donde se infiere que la efectividad del beneficio opera de manera automática una vez se haga valer para el reconocimiento de derechos pensionales, bien en el Régimen General como en el propio de la fuerza pública. Estos son derechos que adquieren quienes prestan el servicio militar obligatorio".

Ahora, esta norma ha sido aplicada recientemente por el Consejo de Estado indicado que el beneficio consignado en el numeral (a) del artículo 40 de la Ley 48 de 1993, debe entenderse, en el sentido de que todo ciudadano que haya prestado el servicio militar obligatorio tiene derecho a que las entidades públicas contabilicen ese termino como tiempo útil para reconocerle la pensión de jubilación [16] .

Ahora, estas validaciones de tiempo de servicio las ha hecho en casos en que el régimen aplicable ha sido la Ley 33 de 1985, que es bien sabido que el requisito es de tiempo de servicio .

Así pues, en concepto del Consejo de Estado es un derecho de todo colombiano que prestó el servicio militar obligatorio que en las entidades públicas, le sea tenido en cuenta ese tiempo como válido al momento de reconocer la pensión de vejez [17] .

En el mismo sentido en la Sentencia T-275/10 esta Corporación en un caso similar consideró que conforme al articulo 40 de la ley 48 de 1993 el accionante tenía derecho a que se le computara el tiempo que prestó servicio militar como tiempo valido para obtener pensión de vejez en el régimen de la Ley 33 de 1985, en el cual como requisito trae " El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos" , de tal suerte que la exigencia normativa de esta disposición es 20 años de servicio prestado .

Por todo lo anterior, la Sala concluye que el numeral (a) del articulo 40 de la ley 48 de 1993 debe interpretarse en el sentido de que el tiempo prestado al Estado durante el servicio militar debe ser computado en regimenes pensionales en que el requisito sea tiempo de servicio .

Finalmente hay que acotar que en la Sentencia T-275/10 se indicó que en virtud del principio de favorabilidad, el beneficio contenido en la norma mencionada debe aplicarse incluso a quienes prestaron servicio militar con anterioridad a la entrada en vigencia de la misma. En efecto, "Aunque la norma entró en vigencia a partir de su publicación, considera la Sala que en virtud de la efectividad del los principios de favorabilidad e igualdad consagrados en la Constitución Política y la Ley Laboral, en el sentido que si al trabajador no se le liquidaron las prestaciones, y sin tener en cuenta la fecha en que éste prestó el servicio militar, se deben reconocer las prerrogativas de que trata el artículo citado de la Ley 48 de 1993, ya que la norma es clara al establecer estos privilegios para todos los colombianos sin excepción alguna" [18] .

Así pues, al igual que para el Consejo de Estado, para esta Corporación el beneficio en mención se aplica a cualquier colombiano que habiendo prestado el servicio militar y habiendo solicitado su derecho pensional a una entidad pública, tienen derecho a que la misma le compute el tiempo prestado como tiempo útil o valido para acceder a la pensión. Adicional a lo anterior, esta Corte considera que en virtud al principio de favorabilidad, el mencionado beneficio se

aplica, incluso, en los casos en los cuales la prestación del servicio militar se realizó con anterioridad a la entrada en vigencia de la norma.

4. Caso Concreto El accionante afirma que el ISS vulnera su derecho fundamental a la Seguridad Social cuando en las resoluciones 0202117 del 22 de septiembre de 2005 y 013635 del 20 de mayo de 2010 le negaron su derecho a la pensión de jubilación con el argumento de que el tiempo servicio militar no podía ser tenido en cuenta para esos efectos pues no se trataba de tiempo realmente cotizado. El accionante considera que la aplicación o no del beneficio contenido en el artículo 40 de la Ley 48 de 1993 resulta definitivo en el estudio de su caso.

La historia de tiempo de servicio y cotizaciones del accionante puede sintetizarse de la siguiente manera: Entidad Periodo Días Meses (Años) 1. Cotizaciones realizadas al Seguro Social por parte de la Registraduría General de la Nación.

01 de agosto de 1996 hasta el 31 de enero de 2000 1278 42 (3,5 años) 2. Cotizaciones realizadas al Seguro Social por parte del accionante o de empleados particulares:

(Cotizaciones por empleadores privados: 31 de enero de 1967 al 06 de mayo de 1968, – 4 de junio de 1968 al 01 de noviembre de 1971-, 22 de diciembre de 1970 al 29 de diciembre de 1970, - 17 de julio de 1972 al 22 de junio de 1973) (Cotizaciones hechas por el accionante: 01 de agosto de 2006 al 28 de febrero de 2009) 2725 90,8 (7,5 años) 3. Alcaldía Mayor de Bogotá (Secretario General del Instituto Distrital de la Participación y Acción Comunal) “desde el 21 de febrero de 1989 hasta el 31 de diciembre de 1995” [19] 2470 82,3 (6,8 años) 4. Tiempo de Servicio Militar Obligatorio Desde el 26 de agosto de 1964 hasta el 30 de mayo de 1966 665 [20] 22.16 (1,8 años) Totales 7138 297 (19,6 años) Al entrar a analizar el caso del demandante, lo primero que hay que precisar es que de las pruebas que obran en el expediente se puede observar que el 1 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100, el accionante tenía 49 años de edad [21] , con lo cual es suficiente para ser beneficiario en el régimen de transición [22] .

Cuando se revisa si el accionante cumple los requisitos exigidos por el régimen contenido en la ley 33 de 1985 [23] , se constata que el accionante cumple con el requisito de edad sobradamente. Por el contrario, se constata que el accionante no cumple con el requisito veinte (20) años continuos o discontinuos de servicio. En efecto, se observa que el accionante sirvió al Estado durante 12 años, un mes y cinco días que es resultado de la sumatoria del tiempo de servicio prestado a: (1) la Registraduría Nacional del Estado Civil (3 años y seis meses), (2) Alcaldía Mayor de Bogotá (6 años y diez meses) y (3) el tiempo del servicio militar (un año y diez meses).

Siendo esto así, el accionante no cumple los requisitos de la Ley 33 de 1985 para acceder a la pensión. Como se observa en el caso de la mencionada se indica que “El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos ” (subrayado fuera de texto). Esto es, que la exigencia de este artículo es de tiempo de servicio y no de cotizaciones efectivamente realizadas, por lo cual, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia, el tiempo prestado en el servicio militar obligatorio debe computársele al accionante como tiempo de servicio válido para obtener el derecho de pensión de jubilación. Así, cualquier contabilidad de tiempo de servicio que se haga en el caso bajo estudio debe incluir el lapso que el accionante prestó servicio militar. Resulta, entonces, que a pesar de contabilizar el tiempo del servicio militar el accionante no cumple con los requisitos de tiempo de servicio de la Ley 33 de 1985.

Contrario a lo que afirma el accionante, la Resolución 013635 del 20 de mayo de 2010 del Seguro Social, sí le computo como tiempo válido de servicio el tiempo prestado en el servicio militar.

En efecto, en la mencionada Resolución se puede leer: “Que el asegurado FRANCISCO RAUL RODRIGUEZ GARZON no reúne los requisitos establecidos en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, por cuanto aunque cumple la edad de 55 años no acredita los 20 años laborados en calidad de servidor público, toda vez que sumados los tiempos laborados en calidad de servidor público, toda vez que sumados los tiempos laborados a Entidades del Sector Público y el cotizado

al Seguro Social con Empleadores del Sector Público, acredita un total de 11 años, 10 meses y 12 días, cuando la norma exige 20 años".

Al descomponer esta cifra se observa que el Seguro Social en este cómputo tuvo en cuenta el tiempo laborado en (1) la Registraduría Nacional del Estado Civil (3 años y seis meses), (2) Alcaldía Mayor de Bogotá (6 años y diez meses) y (3) el tiempo del servicio militar (un año y diez meses) [24] .

En consecuencia, resulta una incorrecta interpretación del accionante suponer que el Seguro Social no computó el tiempo de servicio militar como tiempo de servicio válido para su pensión de jubilación.

Por otra parte, al revisar los requisitos del artículo 7 de la ley 71 de 1988 [25] se puede constatar que el accionante si bien cumple el requerimiento de edad (mayor de 60 años) no cumple el de tiempo de "(20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros" (subrayado fuera de texto), pues sólo logra acreditar cotizaciones por un tiempo de 17 años, 11 meses y 23 días [26] .

Por otra parte, el Decreto 758 de 1990 [27] , señala como requisitos de la pensión de vejez que el peticionario tenga: " a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y, b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo".

El accionante cumplió (60) sesenta años de edad el 29 de diciembre de 2004, es decir, que para cumplir los requisitos del mencionado Decreto es preciso que complete 500 semanas de cotizaciones desde el 30 de diciembre de 1984 hasta el día de cumplir los 60 años. Se observa en el expediente que en el periodo descrito el accionante acumuló 434 semanas [28] , por lo cual no cumple con la exigencia normativa.

Tampoco el demandante cumple con el requisito de 1000 semanas en cualquier tiempo, contenido en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990 y en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 [29] pues se observa que sus cotizaciones efectivas corresponden a 924,7 semanas [30] , por lo cual, el accionante no cumple con las hipótesis planteadas en los el artículos mencionados.

Por todo lo anterior, la Sala determina que el accionante aun no reúne los requisitos para acceder a su derecho pensional, toda vez que a pesar entrar en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, en ninguno de los regimenes aplicables el accionante cumple con los requisitos de tiempo de servicio o semanas cotizadas, según el caso.

La Sala debe recordar que el accionante, si así lo quiere, aun puede seguir cotizando hasta que cumpla con las exigencias de cotizaciones que la ley le impone.

Adicionalmente, si decide no hacerlo o se ve imposibilitado, puede solicitar la indemnización sustitutiva, contemplada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, en los siguientes términos:

" 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".

Finalmente, cabe recordarle al Seguro Social que la Corte Constitucional, reiteradamente, ha considerado que la mora en el pago de las cotizaciones por parte del empleador, o los problemas interadministrativos entre empleador y entidad administradora de pensiones, son cargas de la administración que no pueden ser trasladadas al ciudadano y, por tanto, no

pueden ser invocadas como causales para negar el reconocimiento y pago de una pensión de vejez de quien ha cumplido los requisitos de edad y de semanas de cotización. De manera concreta ha señalado que:

"…Del reconocimiento y pago de la pensión de vejez, previo cumplimiento de los requisitos legales, dependen la protección efectiva de los derechos fundamentales de los adultos mayores, por lo que dicha prestación adquiere especial relevancia constitucional; y habida cuenta esta relevancia, la mora patronal en el pago de los aportes destinados a pensión no constituye motivo suficiente para enervar el suministro de la pensión, amén de los instrumentos previstos en el ordenamiento jurídico para que las entidades administradoras de pensiones cobren las cotizaciones respectivas. Habida cuenta este procedimiento para la cotización, surge la controversia sobre los efectos del incumplimiento del empleador en sus obligaciones de pago de aportes a las administradoras de pensiones. En relación con este particular, la Corte ha enfatizado, de forma reiterada, que la Ley 100 de 1993 otorga distintas herramientas para que estas entidades efectúen los cobros correspondientes, incluso coactivamente, con el objeto de preservar la integridad de los aportes. Bajo esa perspectiva, la negligencia en el uso de dichas facultades no puede servir de sustento para negar el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, puesto que tal actitud equivaldría a imputar al trabajador las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones legales del empleador y la correlativa falta de acción de la entidad encargada del cobro de los aportes (…)" [31] De tal suerte, que no puede ser imputable al accionante el desorden administrativo de las entidades distritales, por cuanto, aparentemente, no han hecho el traslado de los aportes que a ellos correspondían. Así pues, el tiempo que el accionante laboró en esta entidad y cotizado a la Caja de Previsión Social del Distrito, es decir, del 21 de febrero de 1989 al 31 de diciembre de 1995 (2470 días, correspondiente a 352,8 semanas), debe, tenerse en cuenta por el ISS para el reconocimiento de su pensión. Corresponde al ISS buscar el cobro al FONCEP del bono pensional correspondiente. Si bien de la Resolución aportada al proceso no se desprende que el Seguro Social esté imponiendo esta carga al peticionario, se le previene para que se abstenga de hacerlo en futuras controversias con el ciudadano.

5. Razón de la decisión Se logró determinar que la interpretación que más se ajusta a la Constitución del numeral (a) del artículo 40 de la Ley 48 de 1993 es aquella según la cual el tiempo de servicio militar, en tanto es un servicio al Estado debe computarse como válido en las pensiones de vejez en los regímenes pensionales en los cuales la exigencia es de tiempo de servicio y no de cotizaciones efectivas o un ahorro determinado. No obstante ello, la Sala pudo determinar que el accionante aun no reúne los requisitos para acceder a su derecho pensional, toda vez que a pesar de estar en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, en ninguno de los regímenes aplicables, el accionante no cumple con los requisitos de tiempo de servicio o semanas cotizadas, según el caso. Sin embargo, el accionante cuenta con la posibilidad de acudir a los mecanismos ordinarios de defensa judicial.

Por todo lo anterior, la Sala segunda de decisión revocará la Sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, D.C. Sala Civil del nueve (9) de septiembre que confirmó el fallo del Juzgado treinta y uno del Circuito de Bogotá del veintitrés (23) de julio de 2010 y, en su lugar, procederá negar la presente acción de tutela, recordando que el accionante tiene derecho a seguir cotizando hasta obtener su derecho a la pensión de jubilación o si lo prefiere solicitar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la que trata el artículo 37 de la Ley 100 de 1993.

III. DECISIÓN En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución RESUELVE:

Primero .- REVOCAR Sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, D.C. Sala Civil del nueve (9) de septiembre que confirmó un fallo del Juzgado treinta y uno del Circuito de Bogotá del veintitrés (23) de julio de 2010 que declaró improcedente la acción de tutela Francisco Raúl Rodríguez Garzón contra el Instituto de Seguros Sociales y, en su lugar, NEGAR la tutela interpuesta por el accionante por las razones expuestas en esta providencia.

Segundo.- Líbrese por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991. Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MAURICIO GONZALEZ CUERVO Magistrado JUAN CARLOS HENAO PEREZ Magistrado GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO Magistrado MARIA VICTORIA SACHICA MENDEZ Secretaria General [1] Acción de tutela presentada el 21 de agosto de 2010, ver folios 12- 20 del cuaderno 1 del expediente.

[2] Ver folios 8 y 9 del cuaderno 1 del expediente. [3] En las consideraciones de la menciona resolución se pueden leer las siguientes consideraciones “Que el Instituto de Seguro Social Seccional Cundinamarca y D.C., Mediante Resolución No 0299117 de 22 de septiembre de 2005, negó pensión, solicitada por el asegurado FRANCISCO RAUL RODRIGUEZ GARZON, identificado con cedula de ciudadanía No. 1.273.620 y afiliación al ISS número 01741679 y 901273620 de la Seccional Cundinamarca y D.C., por no cumplir los requisitos exigidos por las normas vigentes.

Que Mediante Resolución No. 0398 del 15 de marzo de 2006, al desatar el recurso de apelación interpuesto, se modificó la resolución anterior en los relacionado a la normatividad a aplicar y la conformó en cuanto a la decisión de negar la pensión solicitada.

Que mediante escrito fecha 10 de marzo de 2009, el asegurado FRANCISCO RAUL RODRIGUEZ GARZON, solicita la revocatoria directa de la Resolución No. 0398 del 15 de marzo de 2006, por considerar que con los tiempos cotizados con PROPERAR completa los requisitos exigidos en el Decreto 758 de 1990, para tener derecho a la pensión de jubilación.

Que el artículo 70 del Código Contencioso Administrativo establece la IMPROCEDENCIA de la revocatoria directa en los siguientes términos: “No podrá pedirse la revocatoria directa de los actos administrativos respecto de los cuales el peticionario haya ejercido los recursos de vía gubernativa”.

Que la resolución No. 0398 del 15 de marzo de 2006, de la cual se está solicitando su revocatoria directa, se desató el recurso de apelación y se derogó la vía gubernativa, razón por la cual la solicitud es IMPROCEDENTE.

Que no obstante a lo anterior, esta entidad procede a efectuar un nuevo estudio de la carpeta pensional”, [4] Ver folio 28 de cuaderno 1 del expediente.

[5] Recurso impugnado el 30 de agoto de 2010, ver folio 31 del expediente. [6] Ver folio 31 del cuaderno 1 del expediente. [7] Ver folio 18 del cuaderno principal del expediente.

[8] Ver folio 21 del cuaderno principal del expediente. [9] Ver sentencias T-1309 de 2005; T-236 de 2006 [10] Ver sentencias T- 056 de 2006; T-668 de 2007; T-799 de 2007; T-284 de 2007 [11] Sentencia T-526 de 2008.

En el mismo sentido, ver Sentencias T-414 de 1992, T-398 de 2001, y T- 076 de 2003. [12] Así lo reconoce la entidad accionada en la Resolución 013635 del 20 de mayo de 2010 (folio 2 del cuaderno 1 del expediente) “Que anexa al expediente de solicitud personal, copia del Registro Civil de nacimiento del asegurado FRANCISCO RAUL RODRIGUEZ GARZON, en el cual se precisa que nació el 29 de diciembre de 1944…”.

Esto mismo se puede comprobar con la manifestación de hecha por el accionante en la presentación de la tutela (folio 12-20 del cuaderno del expediente).

[13] Ver folio 23 del cuaderno 1 del expediente. [14] Ver, Consejo de Estado, Sala de Consulta Civil, Concepto 2010016996-001 del 2 de junio de 2010.

[15] Acto Legislativo 01 DE 2005 artículo 1o. Se adicionan los siguientes incisos y parágrafos al artículo 48 de la Constitución Política: "El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su

cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas".

[16] Ver Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B” del 21 de mayo de 2009. Esta posición también se encuentra en la Sentencia de la misma Corporación del 31 de mayo de 2007, Exp. No. 8959-05. Ambas con ponencia de la Consejera Bertha Lucia Ramírez de Páez.

[17] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Magistrada Ponente: Isaura Vargas Díaz, sentencia del 4 de noviembre de 2004. [18] Sentencia T-275/10 [19] El Secretario General del Instituto Distrital de la Participación y Acción Comunal envió a la Secretaria de esta Corporación un documento en que lo certifica. Ver folio 21 del cuaderno principal del expediente.

[20] El tiempo de servicio militar es reconocida por la entidad accionada en varios apartes de la Resolución 013635 del 20 de mayo de 2010 (folios 1-4 del cuaderno principal del expediente).

[21] Así lo reconoce la entidad accionada en la Resolución 013635 del 20 de mayo de 2010 (folio 2 del cuaderno 1 del expediente) “Que anexa al expediente de solicitud personal, copia del Registro Civil de nacimiento del asegurado FRANCISCO RAUL RODRIGUEZ GARZON, en el cual se precisa que nació el 29 de diciembre de 1944…”.

Esto mismo se puede comprobar con la manifestación de hecha por el accionante en la presentación de la tutela (folio 12-20 del cuaderno del expediente).

[22] Como lo indica el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. “ Artículo 36. Régimen de transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o mas años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados . Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley”.

[23] Ley 33 de 1985, artículo 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

[24] La diferencia de 2 y 23 días entre la cifra ofrecida por el ISS y la expuesta en esta providencia obedece a un error en la operación aritmética hecha por el ISS.

[25] “Artículo 7.- A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer”.

[26] Correspondientes a: (1) la Registraduría Nacional del Estado (3 años y seis meses), (2) cotizaciones realizadas al Seguro Social por parte del accionante o de empleados particulares (siete años y seis meses), (3) Alcaldía Mayor de

Bogotá (6 años y diez meses) [27] “Por el cual se aprueba el Acuerdo numero 049 de febrero 1 de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios”.

[28] Correspondientes a: (1) la Registraduría Nacional del Estado (3 años y seis meses) y (3) Alcaldía Mayor de Bogotá (6 años y diez meses) [29] Artículo 33.- Modificad o por el art. 9, Ley 797 de 2003 Requisitos para obtener la pensión de vejez. Para tener derecho a la pensión de vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o sesenta (60) años de edad si es hombre. Haber cotizado un mínimo de mil (1.000) semanas en cualquier tiempo.

[30] Correspondientes a: (1) la Registraduría Nacional del Estado (3 años y seis meses), (2) cotizaciones realizadas al Seguro Social por parte del accionante o de empleados particulares (siete años y seis meses), (3) Alcaldía Mayor de Bogotá (6 años y diez meses).

[31] Sentencia T-106/06. En la sentencia T-923/08 también se afirmó: “ La falta de pago de aportes a la seguridad social por parte del empleador no constituye motivo suficiente para negar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez que se reclama. La Corte ha sido clara en reiterar, que dado que la Ley 100 de 1993 otorga distintos mecanismos para que esas entidades efectúen los cobros correspondientes, incluso coactivamente, con el objeto de preservar la integridad de los aportes se entiende que la negligencia en el uso de dichas facultades, no puede servir de excusa para negar el reconocimiento y pago de una pensión, puesto que tal actitud equivaldría a imputar al trabajador las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones legales del empleador y la correlativa falta de acción de la entidad encargada del cobro de los aportes ”. En el mismo sentido, se pueden consultar, entre otras, las sentencias T-363 de 1998, C-177 de 1998 y T-1106 de 2003.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 9 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.