

Sentencia T-037/16

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL Y PROTECCION POR MEDIO DE ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE VEJEZ-Reiteración de jurisprudencia sobre procedencia excepcional

Resulta conducente reiterar que para el reconocimiento de la pensión de jubilación o vejez por vía de tutela, esta Corporación ha señalado los siguientes elementos como requisitos necesarios al momento de determinar la procedibilidad de la acción: “(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; (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. Esta conclusión encuentra fundamento en la naturaleza de la acción de tutela, la cual, lejos de ser un mecanismo que busque reemplazar las acciones ordinarias consagradas para la solución jurisdiccional de conflictos jurídicos, fue prevista en el artículo 86 de la Constitución para casos en que aquellas acciones no provean una solución o, cuando proveyéndola, éstas no garanticen adecuadamente la protección de un derecho fundamental involucrado.”

PERSONAS DE LA TERCERA EDAD-Protección constitucional

PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Criterios posibles para determinar qué debe entenderse por ésta para ser considerado sujeto de especial protección

ACCION DE TUTELA EN MATERIA DE TRASLADO DE REGIMEN PENSIONAL-Caso en que se negó al accionante el traslado del régimen de ahorro individual al de prima media con el fin de recuperar el régimen de transición

ACCION DE TUTELA EN MATERIA DE TRASLADO DE REGIMEN PENSIONAL-Improcedencia por cuanto no se cumple con el requisito de subsidiariedad

Evaluated los requisitos generales de procedencia de la tutela como mecanismo definitivo, en el caso en concreto se constató que no se cumple con el requisito de subsidiariedad, en tanto que el actor: (i) no agotó los medios judiciales y administrativos a su disposición, ni justificó adecuadamente por qué no son idóneos y eficaces; (ii) el tutelante por el solo hecho de tener 64 años de edad y tras haber aceptado una indemnización de retiro, no puede ser considerado como un sujeto de especial protección. Por tanto, la presente acción es improcedente y, en consecuencia, se debe confirmar las decisiones de instancia que así la declararon.

Referencia: expediente T-5.182.251.

Fallos de tutela objeto revisión:

Sentencia de segunda instancia, del Tribunal Superior de Ibagué – Sala Penal, proferida el 11 de agosto de 2015, que confirmó la dictada por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Ibagué con función de conocimiento del 26 de junio de 2015.

Accionante: José Alirio Mendoza Ramírez.

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO.

Bogotá D.C., nueve (9) de febrero de 2016.

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Gloria Stella Ortiz Delgado y Alejandro Linares Cantillo quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión del fallo dictado en primera instancia, el 26 de junio de 2015, por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Ibagué con función de conocimiento y, en

segunda instancia, el 11 de agosto de 2015, por el Tribunal Superior de Ibagué – Sala Penal, en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

Demanda de tutela

1. Mediante apoderado judicial[1], el titular de los derechos fundamentales solicita el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad (CP, 13), al debido proceso (CP, 29), a la seguridad social (CP, 48), a la dignidad humana en conexidad con la vida (CP, 11) y al mínimo vital (CP, 53), presuntamente vulnerados por las administradoras de pensiones Porvenir y Colpensiones. La conducta de la violación se centra en la negativa de estas entidades, a autorizar el traslado del régimen de ahorro individual al de prima media conservando el régimen de transición, bajo el argumento de que el accionante no acreditó el cumplimiento de los 15 años de servicios para adquirir dicho beneficio pensional.

2. Se solicita al juez constitucional ordenar a las mencionadas AFP autorizar y coordinar el traslado del régimen de ahorro individual (RAI) al régimen de prima media (RPM) del señor José Jairo Mendoza Martínez, al considerar que cumple con los requisitos exigidos por la sentencia de unificación SU-062 de 2010, exigidos en los casos de pérdida del régimen de transición por cambio de régimen pensional.

Hechos del caso

3. El ciudadano José Jairo Mendoza Ramírez nació el 31 de diciembre de 1951[2] por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 42 años de edad, y según el apoderado judicial, acreditaba 16 años y 11 meses de servicios laborados a la Federación Nacional de Cafeteros. Razón por la cual, es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

4. El accionante se trasladó el 1º de octubre de 1997 del entonces Instituto de los Seguros Sociales al fondo privado Porvenir, en el que se encuentra afiliado hasta la fecha[3]. Indica que cumplió 60 años de edad el 31 de diciembre de 2011, pero que hasta el 2º de diciembre de 2014, mediante derecho de petición, solicitó el traslado a Colpensiones en calidad de actual administradora del régimen de prima media.

5. Dicho traslado le fue negado por Colpensiones mediante oficio del 16 de febrero de 2015 indicando que “No es procedente dar trámite a su solicitud, teniendo en cuenta que no cuenta con 15 años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (01/04/94), requeridos para efectuar el traslado por sentencia unificada...”. Acreditando para esa fecha 530.28 semanas de cotización.[4]

6. Indica el apoderado que el tutelante José Jairo Mendoza Ramírez, a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, tenía 16 años y 11 meses de servicios, dentro de los cuales, la Federación Nacional de Cafeteros no cotizó los correspondientes a la relación laboral del 11 de mayo de 1977 al 31 de enero de 1984 (2.457 días).

Respuesta de las entidades accionadas

7. Mediante Oficio No. 02236 del 11 de junio de 2015, el juez de primera instancia notificó[5] a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones del auto admisorio de la presente tutela y concedió el término de dos días para ejercer el derecho a la defensa. Dicho período venció en silencio, sin que la accionada allegara escrito de contestación.

8. De igual modo, con Oficio 02237 adiado en la misma fecha, se notificó[6] a Porvenir S.A., de la tutela presentada por el afiliado José Alirio Mendoza. Dentro del término brindado para la oposición, dicha AFP solicitó la declaratoria de improcedencia de la demanda de tutela por la falta de agotamiento de los medios de defensa judiciales a disposición del accionante y ante la no acreditación de un perjuicio irremediable.

Sentencias objeto de revisión

Primera instancia: Sentencia del Juzgado Octavo Penal del Circuito de Ibagué con función de conocimiento, del 26 de junio de 2015[7]

9. El juez constitucional declaró improcedente la acción de tutela al considerar que previo a interponer el mecanismo de amparo, el señor Mendoza Ramírez debe agotar las herramientas jurídicas ordinarias para obtener la protección de su derecho pensional, pues, prima facie no logra acreditar los requisitos para exigir el traslado del régimen pensional y recuperar el régimen de transición, ya que al sumar las semanas cotizadas hasta el 1º de

abril de 1994, dicho quantum (530.28) es inferior a las 750 exigidas para adquirir el beneficio. Considerando que las semanas faltantes para completar los 15 años de servicios se deben a la falta de cotización por parte de la Federación Nacional de Cafeteros durante el periodo del 11 de mayo de 1977 al 31 de enero de 1984.

Adicionalmente, constata que no se cumplen los requisitos generales de procedencia de la tutela frente al reclamo de prestaciones económicas.

Impugnación

10. Mediante escrito del 6 de julio de 2015[8] el apoderado judicial impugna el fallo de primera instancia, al considerar que la pretensión del titular de los derechos afectados no es meramente económica, sino de una persona de casi 64 años, la cual se vio obligada a recibir bajo presiones de la Federación de Cafeteros una indemnización de despido sin justa causa.

Segunda instancia: Sentencia del Tribunal Superior de Ibagué'- Sala Penal, del 11 de agosto de 2015[9].

11. El juez de alzada confirmó la sentencia de primera instancia indicando que la acción de tutela presenta un carácter subsidiario y residual, que impide su ejercicio sobre la base del desplazamiento arbitrario de las demás acciones procesales y el desconocimiento de las competencias de otros jueces de la jurisdicción ordinaria. Encontrando que no existe certeza sobre los 15 años de servicios exigidos para autorizar el traslado del régimen pensional, y que la única actividad desplegada para el cumplimiento de dicha pretensión ha sido la acción de tutela, sin que se acrediten circunstancias de especial protección o la conculcación de un perjuicio irremediable.

II. CONSIDERACIONES

Competencia

12. La Corte Constitucional es competente para revisar la decisión judicial mencionada, con base en la Constitución Política -artículos 86 y 241.9- y lo desarrollado en el Decreto 2591 de 1991 -artículos 31 a 36-.

Trámite en el proceso de Revisión

13. La Sala de Selección No. 10, mediante Auto del 15 de octubre de 2015[10], dispuso la selección del expediente T-5.182.251, sin que se presentara solicitud de insistencia y, de acuerdo con el sorteo realizado en esa misma sesión, el asunto le correspondió por sorteo a la entonces Magistrada Encargada[11].

Requisitos generales de procedencia de la demanda de tutela

Alegación de la afectación de un derecho fundamental

14. Los derechos fundamentales que el actor considera transgredidos con la actuación de las accionadas Porvenir y Colpensiones, son la vida digna -art. 11 CP-, la igualdad -art.13-, el debido proceso -art. 29 CP-, a la seguridad social -art. 48 CP- y el mínimo vital -art. 53 CP-.

Legitimación por activa

15. La acción de tutela fue interpuesta por el señor José Alirio Mendoza Ramírez como titular de los derechos presuntamente vulnerados, a través de apoderado judicial[12]. Lo anterior encuentra su fundamento constitucional en el artículo 86[13] de la Carta, el cual establece que toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentran amenazados, podrá interponer acción de tutela en nombre propio o por quien actúe a su nombre. De igual modo, el Decreto 2591 en el artículo 10 reitera lo anterior así “Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos”.

Legitimación por pasiva

16. La Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, acorde con el artículo 1º del Decreto 4121 de 2011, es una Empresa Industrial y Comercial del Estado organizada como entidad financiera de carácter especial, vinculada al Ministerio de Trabajo, creada con la finalidad de otorgar los derechos y beneficios establecidos por el Sistema general de seguridad social consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política.

17. Porvenir S.A., es una administradora de fondos de pensiones y cesantías del régimen de ahorro individual, sometida al control y vigilancia por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia, y conforme al artículo 48 de la Constitución presta el servicio público de seguridad social en pensiones.

18. Ambas empresas en calidad de administradoras del Sistema General de Pensiones, son demandables por vía de acción de tutela, de conformidad con los artículos 48, 86 y 365.2 de la CP, y el artículo 5 del Decreto 2195 de 1994.

Relevancia constitucional

19. La importancia constitucional del tema en estudio se justifica en la defensa de los derechos fundamentales alegados por el actor, como lo es la vida digna, la igualdad, el debido proceso, la seguridad social y el mínimo vital.

Inmediatez

20. La acción de tutela fue ejercida el 10 de junio de 2015[14] y la Resolución de Colpensiones sobre la cual se predica la conducta de vulneración, al negar el traslado por la falta de cumplimiento de los 15 años de servicio, data del 7 de febrero del 2015. Es decir, que transcurrieron aproximadamente 4 meses y 3 días desde que el actor se enteró de la decisión acusada y hasta cuando presentó la acción de tutela, lo que para la Sala es un tiempo razonable.

Agotamiento de todos los medios de defensa

21. El accionante solicitó a los jueces de tutela ordenar el traslado inmediato del ciudadano José Alirio Mendoza Ramírez, reconociendo que aparte de la presente acción de tutela no ha presentado demanda ordinaria al considerar que su poderdante, a sus casi 64 años, pertenece a la tercera edad y al encontrarse desempleado tras aceptar una indemnización de su entonces empleadora, no está en condiciones de iniciar el respectivo proceso judicial.

22. Conforme a la anterior situación fáctica, previo al planteamiento del problema jurídico, la Sala Tercera estima necesario determinar si en este caso se cumple con el requisito de subsidiariedad, o si por el contrario existe un mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz

diferente a la acción de tutela para dirimir la controversia planteada por el accionante. Por lo cual, hará una breve reiteración sobre el alcance del requisito de procedibilidad y su aplicación en el caso en concreto.

23. Acorde con la decantada línea jurisprudencial sobre el carácter subsidiario de la tutela, se ha estimado que el juez constitucional en cada caso, con sujeción a los estándares establecidos por la jurisprudencia constitucional, en especial, aquellos que se refieren al juicio de idoneidad y eficacia, deberá analizar los medios judiciales disponibles para el actor. No obstante, esta Corporación en la sentencia SU-023 de 2015 unificó las reglas de procedencia frente a las cotizaciones de los tiempos servicios a la Federación Nacional de Cafeteros antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, así:

“Las Salas de Revisión Octava (sentencia T-784/10) Primera (sentencia T-712/11), Segunda (sentencia T-774/12 y T-519/13), Sexta (T-719/11) y Quinta (sentencia T-205/12) de la Corte Constitucional han estudiado casos análogos al que aborda la Sala Plena en esta ocasión, con soluciones distintas, razón por la cual, en su momento la Sala Plena había asumido la revisión del presente expediente, con el fin de unificar la jurisprudencia en torno a la procedencia del amparo.

En particular, las Salas de Revisión han adoptado dos posiciones jurisprudenciales respecto a la procedencia de la acción de tutela. De un lado, aquella que concluye que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para dar respuesta al problema propuesto, sostenida en las primeras sentencias (T-784/10, T-712/11) y T-719/11), así como en la última expedida en la materia (sentencia T-770/13). De otra parte, se ha sostenido que los elementos involucrados, lejos de una afectación clara a un derecho fundamental, evidencian la existencia de un asunto litigioso de naturaleza laboral, que excluyen la viabilidad de la tutela como mecanismo idóneo para resolver la cuestión planteada (sentencias T-890/11, T-205/12, T-774/12 y T-519/13). (Subrayas fuera de texto)

Con base en las consideraciones hasta el momento presentadas, pasa la Sala Plena al análisis de los hechos que constituyen el caso concreto y las normas que lo gobiernan, desde la perspectiva constitucional.

24. En esta sentencia, la Sala Plena concluyó que el caso del señor Hugo Barragán Parra contra la Federación Nacional de Cafeteros, por la falta de cotización de los tiempos

laborados entre enero del año 1973 y julio del año 1981, era improcedente al no cumplirse con el requisito de subsidiariedad frente al mecanismo ordinario para el reconocimiento del derecho pensional, al considerar lo siguiente:

“No obstante, y de acuerdo con lo manifestado de forma pacífica y constante por la jurisprudencia constitucional antes mencionada en las consideraciones 3.4. y 3.5., la Sala debe comprobar que en este caso se cumpla con el carácter subsidiario de la acción de tutela. En consecuencia, antes de entrar a resolver el tema de fondo, debe analizarse si la acción cumple con las exigencias de procedibilidad que el artículo 86 de la Constitución prevé.

Respecto de este primer asunto, concluye la Sala, que debe declararse la improcedencia de la acción interpuesta, por cuanto no se reúnen las condiciones que el artículo 86 de la Constitución, y la interpretación que de dichas exigencias ha realizado la jurisprudencia constitucional, prevén para legitimar el pronunciamiento del juez constitucional.

Resulta conducente reiterar que para el reconocimiento de la pensión de jubilación o vejez por vía de tutela, esta Corporación ha señalado los siguientes elementos como requisitos necesarios al momento de determinar la procedibilidad de la acción:

“(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; (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.

Esta conclusión encuentra fundamento en la naturaleza de la acción de tutela, la cual, lejos de ser un mecanismo que busque reemplazar las acciones ordinarias consagradas para la solución jurisdiccional de conflictos jurídicos, fue prevista en el artículo 86 de la Constitución para casos en que aquellas acciones no provean una solución o, cuando proveyéndola, éstas no garanticen adecuadamente la protección de un derecho fundamental involucrado.”

Constatación de los requisitos necesarios para determinar la procedibilidad de la acción

Existencia de mecanismos de defensa judiciales y falta de acreditación de la carencia de idoneidad y eficacia de los mismos

25. Acorde con la pretensión de traslado y con lo expresado por el apoderado del tutelante, la eventual falta de cotización por parte de la Federación Nacional de Cafeteros de los periodos laborados con anterioridad a la vigencia del actual sistema pensional, es decir del 11 de mayo de 1977 al 31 de enero de 1984, conduce a que en el sentir del actor no se demuestre que al 1º de abril de 1994 contaba con más de 15 años de servicio para ser beneficiario del régimen de transición y poder retornar al régimen de prima media sin perder el beneficio del tránsito legislativo.

26. En consecuencia, el asunto que subyace se relaciona más con la omisión de cotizar unos períodos laborados con antelación a la obligatoriedad establecida en la Ley 100 de 1993, los cuales ordinariamente son materializados al momento de causar la pensión mediante la expedición de un bono pensional. Respecto a esta obligación por parte de los empleadores, en la citada sentencia de unificación, este tribunal expresó lo siguiente:

“Así, en el presente caso el actor solicita que la Federación expida un “bono pensional” al ISS por el tiempo laborado entre enero del año 1973 y julio del año 1981, por cuanto la no cotización durante estos años al servicio de la Federación vulnera su derecho fundamental a la seguridad social en pensiones. Sin embargo, aprecia la Sala que este es un problema jurídico que, de acuerdo con el artículo 2º del Código de Procedimiento Laboral, modificado por el artículo 2º de la Ley 712 de 2001, corresponde resolver a la jurisdicción ordinaria laboral, encargada de dilucidar las controversias relativas al reconocimiento y pago de derechos pensionales, lo que evidencia la existencia de un mecanismo ordinario idóneo para resolver el conflicto planteado, el cual, por cierto, no ha sido utilizado por el señor Barragán Parra.”[15] (Subraya fuera de texto)

27. De lo anterior se verifica que el caso sub examine se ajusta al antecedente estudiado en la SU-023 de 2015 (M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez) en tanto que: (i) ambos accionantes fueron trabajadores de la misma empresa (FNC); (ii) la afectación de su derecho a la seguridad social en pensiones se origina en la falta de cotizaciones en períodos laborados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (caso de la SU

entre enero del año 1973 y julio del año 1981 y en el asunto ahora examinado del 11 de mayo de 1977 al 31 de enero de 1984); (iii) los accionantes ejercieron la acción de tutela como mecanismo definitivo y, (iv) en los dos casos no se inició ningún procedimiento judicial para obtener el pago por los tiempos trabajados.

28. Por todo lo expuesto, se puede concluir que el medio más idóneo es el previsto en el artículo 2 del CPT y de la S.S.[16], y por ende, le corresponde al juez de la jurisdicción ordinaria laboral y de la seguridad social determinar si la Federación Nacional de Cafeteros es responsable o no del cálculo actuarial o materializar las reservas pensionales producto de la relación laboral que el tutelante invoca desde el año de 1977 a 1984.

29. Finalmente, conforme a la historia laboral aportada[17] el accionante tenía una relación laboral vigente con la FNC del 1° de junio de 1989 al 31 de diciembre de 1994, por lo cual, en principio y por virtud del literal c) parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 le serán tenidos en cuenta para el cómputo de semanas los tiempos de servicios prestados con anterioridad a la vigencia del Sistema General, tal y como lo indica esa norma de la siguiente manera:

“Artículo 33. “PARÁGRAFO 1o. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:

c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.”

30. Conforme al artículo 67 de la Ley 100 de 1993[18], cualquier afiliado que cumpla con el requisito de edad pensional (antes del 1 de enero de 2014: 60 años para los hombres) puede exigir válidamente el respectivo bono pensional. Así las cosas, se tiene que el ciudadano José Alirio Mendoza Ramírez adquirió la edad pensional el 31 de diciembre de 2011 -Supra párrafo 4-, por lo que desde esa fecha podía haber exigido a su AFP Porvenir el inicio del trámite de pago del bono pensional y, con ello, actualizar su historia laboral. No obstante, por razones que esta Sala de Revisión desconoce, sin iniciar dicho procedimiento y mediante derecho de petición del 2º de diciembre de 2014, solicitó el traslado de sus aportes a otra administradora de pensiones -Colpensiones-. De lo que se desprende, que en

el presente caso no existe justificación suficiente del por qué si el derecho es exigible por vía judicial desde aproximadamente 4 años o 48 meses, ahora el mecanismo residual y subsidiario de tutela resulta eficaz, tan solo porque el afiliado cuenta con 64 años de edad. No obstante, es del caso examinar si el afiliado es un sujeto de especial protección.

El asunto no recae sobre un sujeto de especial protección constitucional

31. La Corte Constitucional en repetidas ocasiones ha explicado que existen unos sectores de la población que, por sus condiciones particulares tienen el derecho a recibir un mayor grado de protección por parte del Estado. Estos grupos son conocidos como sujetos de especial protección constitucional. Se trata de aquellas personas que por sus situaciones particulares se encuentran en un estado de debilidad manifiesta. Así, la Corte ha entendido que la categoría de “sujeto de especial protección constitucional”, en concordancia con el artículo 13 de la Constitución, es una institución jurídica cuyo propósito fundamental es el de reducir los efectos nocivos de la desigualdad material, tales como los menores de edad, las mujeres embarazadas, los adultos mayores, las personas con disminuciones físicas y psíquicas y las personas en situación de desplazamiento, entre otros, deben ser acreedoras de esa protección reforzada por parte de las autoridades del Estado.

32. En lo que atañe al criterio de la tercera edad como factor influyente en la determinación de un sujeto de especial protección, esta Corporación en la sentencia C-503 de 2014 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) indicó lo siguiente:

“De este modo, es posible afirmar que la Constitución establece un régimen de protección para este grupo poblacional fundamentado en el principio de solidaridad, orientado al logro de los fines esenciales de la organización política (artículos 1 y 2 C.N.), el derecho fundamental a la igualdad que se traduce en la protección de personas en condición de debilidad manifiesta (artículo 13 C.N.) y la tutela jurídica específica frente a los adultos mayores que cobija a los ancianos en estado de indigencia por mandato expreso de la norma (artículo 46 C.N.).

3.4.3. En relación con la función de cuidado y asistencia a la vejez, el artículo 46 de la Constitución Política dispone que el Estado, la sociedad y la familia, deben concurrir para la protección y asistencia de las personas de la tercera edad, así como para la promoción de su integración a la vida activa y comunitaria. Esta concurrencia puede explicarse en buena

medida en el modelo de Estado Social de Derecho y el principio de solidaridad, como bien lo ha indicado la Corte (...)"

33. Ahora bien, el apoderado judicial del señor José Alirio Mendoza Ramírez alegó que la tutela era procedente en tanto que su mandante es una persona de la tercera edad, por tener casi 64 años al momento de interponer la acción de amparo, sin aducir o probar si quiera sumariamente que se encontrara en una situación de especial protección, v. gr., por su salud, por alguna condición de discapacidad o por desplazamiento forzado entre otras. En este contexto, la mera circunstancia de que el actor tenga 64 años, no es suficiente para considerarlo como un sujeto en debilidad manifiesta.

La determinación del criterio de la tercera edad en la jurisprudencia

34. La doctrina de esta Corporación ha sido pacífica en la concepción de que las personas pertenecientes a la tercera edad merecen un trato de especial protección constitucional, debido a la situación de vulnerabilidad en la que eventualmente pueden encontrarse. Sin embargo, han sido varios los criterios acogidos por cada una de las Salas de Revisión, con el fin de establecer el momento en el que se activa dicha protección y, por ende, la flexibilización del estudio de procedibilidad de la acción de tutela.

35. En la sentencia T-816 de 2014 (M.P. Mauricio González Cuervo), la Sala Segunda de Revisión hizo una breve recopilación de los cuatro momentos de la jurisprudencia, con relación a la determinación del concepto de tercera edad, sintetizados de la siguiente forma:

1. "la jurisprudencia constitucional reconoció que la tercera edad debía iniciar entre los 70 y 71 años. De esta forma, la sentencia T-456 de 1994 dispuso que una vez la persona hubiese superado el promedio de vida establecido para los colombianos (en ese entonces se hablaba de 71 años) (...)

2. "este Tribunal Constitucional mediante la sentencia T-463 de 2003 reconoció que "la edad considerada por la jurisprudencia colombiana como límite mínimo de la ancianidad es de 71 años. Aunque en algunas sentencias la Corte ha admitido que en situaciones de grave enfermedad la edad límite puede reducirse (...)". De aquí, que el concepto de tercera edad no resultara lo suficientemente objetivo, pues la especial protección constitucional deviene

de las circunstancias de cada caso en particular y no solo de su edad.

3. “El tercer escenario corresponde al criterio consagrado por la sentencia T-138 de 2010, a través de la cual se buscó establecer un criterio objetivo, alejado de la mera voluntad del juzgador para, a partir del mismo, presumir la calidad de persona de la tercera edad de un determinado accionante. En esta oportunidad, la Sala de Revisión consideró que “el criterio para considerar a alguien de “la tercera edad”, es que tenga una edad superior a la expectativa de vida oficialmente reconocida en Colombia”. Vale mencionar que la consagración del presente criterio objetivo, fue concebida a modo de presunción es decir que admite prueba en contrario, por tanto no constituye la única vía para concretar la protección ni que por el simple hecho de cumplir con la edad requerida pudiera obtener lo que quisiera mediante acción tutela.”

4. “Finalmente, un cuarto escenario fue introducido por la sentencia T-457 de 2012, con fundamento en la Ley 1276 de 2009 “a través de la cual se modifica la Ley 687 del 15 de agosto de 2001 y se establecen nuevos criterios de atención integral del adulto mayor en los centros vida”, cuyo artículo 7º establece:

“b). Adulto Mayor. Es aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más. A criterio de los especialistas de los centros vida, una persona podrá ser clasificada dentro de este rango, siendo menor de 60 años y mayor de 55, cuando sus condiciones de desgaste físico, vital y psicológico así lo determinen.”

36. El criterio adoptado en dicha ocasión fue el correspondiente a que el adulto mayor es aquel que supera la expectativa de vida, y en cada caso en particular acredita alguna circunstancia de especial consideración, con fundamento en lo siguiente:

“De acuerdo a lo anterior, esta Sala de Revisión considera que así como la tarea de determinar la edad pensional resulta propia del Congreso, quien deberá fijar desde cuando inicia la tercera edad para efectos de la procedencia de la acción de tutela, será dicha entidad. Por lo tanto, con el fin de proteger la naturaleza excepcional y subsidiaria de la misma, en la presente sentencia será adoptada como criterio para establecer la tercera edad, la expectativa de vida de los colombianos certificada por el DANE correspondiente a los 74 años. Así, quienes cuenten con 74 años o más serán considerados sujetos de especial protección constitucional como pertenecientes a la tercera edad, razón por la cual el estudio

de procedencia del amparo constitucional se realizará de manera flexible.” (Subraya fuera de texto)

37. La anterior posición se reiteró en la sentencia T-844 de 2014 (M.P. Mauricio González Cuervo), en cuya oportunidad el accionante interpuso la acción de tutela como mecanismo definitivo de protección de sus derechos fundamentales, sin acudir a la vía judicial establecida por el Legislador para dirimir conflictos relacionados con el reconocimiento pensional, que en este escenario es la jurisdicción ordinaria, al considerar que era un adulto mayor y sujeto de especial protección. Dicho amparo fue declarado improcedente con fundamento en la siguiente regla de decisión:

“2. Razón de la decisión.

La acción de tutela será procedente como mecanismo definitivo, cuando los accionantes alcancen la expectativa de vida de los colombianos certificada por el DANE en 74 años. Así mismo, será procedente como mecanismo definitivo en los casos donde sin importar la edad del accionante y existiendo otro medio de defensa, se acredite que el mismo no es idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales del actor. Finalmente, la acción de tutela procederá como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.” (Subrayas fuera de texto)

38. Así las cosas, se puede concluir que el actor a sus 64 años no se encuentra dentro del grupo etario de la tercera edad, y por el solo hecho de encontrarse en la edad pensional sin demostrar que se encuentra en una situación de especial consideración –Supra párrafo 34-, la acción de tutela como mecanismo definitivo resulta claramente improcedente. Esta Sala de Revisión no puede hacer una ponderación entre situaciones hipotéticas que aunadas a la edad pensional pudieran dar el estatus de sujeto de especial protección, entre otras razones, porque el único hecho probado y aducido por el apoderado del tutelante es la edad de 64 años.

Incumplimiento de los demás criterios de subsidiariedad

39. Tampoco resulta procedente el alegato del actor de la afectación de su mínimo vital, en el sentido que la eventual mesada pensional no ha ingresado a su patrimonio, por lo que no podría considerarse que ha disminuido su capacidad económica con fundamento en un

ingreso que no hace parte de su manutención. Y prima facie se verifica cierta inactividad administrativa, pues el actor no ha reclamado ya sea directamente o por medio de su actual AFP a su otrora empleadora los tiempos servidos con anterioridad a la Ley 100 de 1993, sino que, directamente mediante el ejercicio de la acción de tutela, busca la acreditación de dichos tiempos para que se incremente el cómputo de semanas o tiempos requeridos para recuperar el régimen de transición.

III. CONCLUSIÓN

40. El señor José Jairo Mendoza Ramírez, a los 63 años, solicitó mediante derecho de petición el traslado de su actual AFP Porvenir a Colpensiones, con el fin de recuperar el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues en su sentir, cuenta con más de 15 años de servicio o 750 semanas al 1° de abril de 1994. No obstante, dicha solicitud le fue negada al corroborarse que al momento de entrada del Sistema General de Pensiones, tan solo tenía acreditadas 530.28 semanas -Supra párrafo 5-. Sin agotar las instancias administrativas y judiciales a su disposición, interpone acción de tutela como mecanismo definitivo, solicitando el traslado inmediato de régimen pensional, para la cual invoca una especial protección por razón de su edad.

41. Evaluados los requisitos generales de procedencia de la tutela como mecanismo definitivo, en el caso en concreto se constató que no se cumple con el requisito de subsidiariedad, en tanto que el actor: (i) no agotó los medios judiciales y administrativos a su disposición, ni justificó adecuadamente por qué no son idóneos y eficaces; (ii) el tutelante por el solo hecho de tener 64 años de edad y tras haber aceptado una indemnización de retiro, no puede ser considerado como un sujeto de especial protección. Por tanto, la presente acción es improcedente y, en consecuencia, se debe confirmar las decisiones de instancia que así la declararon.

Razón de la decisión

42. La acción de tutela contra actuaciones administrativas es improcedente cuando el accionante cuenta con otro mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz, y no pertenece a un grupo de especial protección, para que sea procedente el amparo de manera transitoria.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR la providencia del 11 de agosto de 2015 dictada por el Tribunal Superior de Ibagué – Sala Penal, que a su vez confirmó el fallo del 26 de junio de 2015 proferido por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Ibagué con función de conocimiento, que declaró improcedente el amparo solicitado, por los motivos expuestos en esta sentencia.

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.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

MARTHA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

[1] Acción de tutela presentada el 10 de junio de 2015 mediante apoderado judicial, folios 1 al 15 del Cuaderno No. 1.

[2] Fotocopia de la cédula de ciudadanía a folio 16 del Cuaderno No. 1.

[3] Certificado de afiliación de Porvenir a folio 32 del Cuaderno No. 1.

[4] Historia pensional a folio 25 del cuaderno No. 1.

[5] Oficio recibido el 12 de junio de 2015 obrante a folio 28 del cuaderno No. 1.

[6] Constancia de entrega a folio 29 del cuaderno No. 1.

[7] Sentencia de primera instancia, folios 42 a 45 del cuaderno No. 1.

[8] Folios 90 a 93 del cuaderno No. 1.

[9] Impugnación a folios 5 al 11 del cuaderno No. 2.

[10]<http://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/autos/AUTO%20SALA%20DE%20SELECCION%2015%20DE%20OCTUBRE%20DE%202015%20NOTIFICADO%20EL%2030%20DE%20OCTUBRE%20DE%202015.pdf>

[11] Dra. Myriam Ávila Roldán.

[13] Constitución Política, Artículo 86: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”.

[14] Acta individual de reparto (Folio 1 del cuaderno No. 1)

[15] Ibíd.

[16] Decreto-Ley 2158 de 1948 “ARTICULO 2o. COMPETENCIA GENERAL. <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de:

1. Los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo.

(...)

4. <Numeral modificado por el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos.

5. La ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo y del sistema de seguridad social integral que no correspondan a otra autoridad. (...)"

[17] Folio 25 del Cuaderno No. 1.

[18] Artículo 67. EXIGIBILIDAD DE LOS BONOS PENSIONALES. Los afiliados que tengan derecho a recibir bonos pensionales, sólo podrán hacer efectivos dichos bonos, a partir de la fecha en la cual cumplan las edades para acceso a la pensión, previstas en el artículo 65 de la presente Ley.