

Sentencia T-044/11

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL-Reiteración de jurisprudencia

PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCION DE TUTELA EN MATERIA DE PRESTACIONES ECONOMICAS-Reiteración de jurisprudencia

Se reafirma entonces que esta acción constitucional adquiere exclusivamente virtualidad ante la falta de un medio preciso para la resolución del caso, la ineficiencia del disponible o la previsible configuración de un daño grave e inminente a los derechos fundamentales en juego.

PENSION DE VEJEZ-Caso en que el demandante puede seguir cotizando o pedir la indemnización sustitutiva

Referencia: expediente T-2788308

Acción de tutela instaurada por Luís Arnulfo Restrepo Rodríguez contra el Instituto de Seguro Social.

Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil once (2011).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados Humberto Antonio Sierra Porto, Luís Ernesto Vargas Silva y María Victoria Calle Correa en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo emitido por el Juzgado Tercero de ejecución de Penas y Medidas de seguridad de Pereira (Risaralda) dentro del proceso de tutela iniciado por Luís Arnulfo Restrepo Rodríguez contra el Instituto de Seguro Social.

I. ANTECEDENTES

Hechos.

1. El actor, nacido en el año 19381, conforme el reporte de semanas cotizadas que aparece en el expediente de tutela se afilió al sistema de seguridad social en pensiones en el año 1967.

1. En el año 2000 elevó una solicitud de reconocimiento pensional que fue desatada desfavorablemente mediante resolución N° 5297 porque aparentemente éste no cumplía con los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición, en particular, se habló de su desafiliación al ISS al 31 de marzo de 1994. Literalmente las consideraciones hechas por la entidad demandada en aquella oportunidad se centran en que: “[el] peticionario, si bien es cierto tenía el requisito exigido para estar en transición, también lo es que al 31 de marzo de 1994 no se encontraba afiliado al ISS para que se beneficiara de su régimen, razón por la cual no le es aplicable para reconocerle la pensión con el número de semanas cotizadas exigido en sus reglamentos (...) como lo dispone el artículo 12 del acuerdo 049 de 1990 (...) Que el asegurado tiene la edad requerida por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 anteriormente indicada, es decir, 60 años, pero no acredita las 1000 semanas exigidas por la misma norma para el derecho a la pensión de vejez, por cuanto según su historia laboral ha cotizado al ISS un total de 372 semanas.” 2

1. En febrero de 2004 reclamó nuevamente el reconocimiento de la pensión de vejez en razón de lo cual fue proferida la resolución N° 2429 del ISS en la que su pretensión fue desechada porque no cumplía a la fecha con las condiciones exigidas para el efecto por el Acuerdo 049 de 1990, específicamente, que “según el certificado de semanas y categorías, el asegurado ha cotizado un total de 819 semanas, de las cuales 397 corresponden a los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima requerida.”3 Con base en ese supuesto se concluyó que “el asegurado no es acreedor a la pensión de vejez reclamada, por cuanto si bien es cierto cumple con la edad exigida, también lo es que no tiene el requisito de semanas cotizadas en el tiempo establecido, quedándole como alternativa continuar

cotizando hasta cumplir las 1000 semanas o reclamar la indemnización sustitutiva de que trata el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, cuando cese la obligación de cotizar por no tener relación laboral dependiente alguna y manifieste su imposibilidad de continuar cotizando para pensiones.”⁴

1. En mayo 2007 fue tramitada una tercera solicitud de reconocimiento pensional que igualmente fue resuelta de manera negativa mediante resolución N° 6920 de julio de 2007, acto que fue objeto de impugnación y decidido a su vez mediante resolución N° 00126 de 2007. En dicho acto administrativo se dispuso “confirmar la Resolución N° 006920 de 27 de julio de 2007, por medio de la cual se le negó la pensión de vejez al señor LUIS ARNULFO RESTREPO RODRIGUEZ (...) y conceder el recurso de apelación ante la gerencia del Instituto de Seguros Sociales Seccional Risaralda.”⁵ En la parte motiva de esta última resolución consta que “con el fin de resolver el recurso de reposición, se revisó toda la documentación obrante en el expediente prestacional, en especial la historia laboral de recurrente, la cual se actualizó con el objeto de realizar nuevamente el conteo para así establecer el total de semanas cotizadas por el asegurado; operación que arrojó un total de 773.57 semanas cotizadas en toda la historia laboral, de las cuales 351.86 semanas corresponden a los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima requerida. Seguidamente se sostuvo que “el artículo 3° del Decreto 510 del 2003, que exige la necesidad de cotizar sobre la misma base salarial, para el Sistema General de Salud, siendo omitida tal regulación por el recurrente, ya que los pagos en los aportes de salud a partir de marzo de 2003, no se encuentran estipulados en el expediente, por lo tanto los ciclos entre julio de 2004 y hasta junio de 2007, no se tomaran [sic] en cuenta por no haber reportado los aportes a salud”⁶

1. Nuevamente el actor procuró el reconocimiento de la pensión ante el Instituto de Seguros Sociales Seccional Risaralda en atención a lo cual fue expedida la resolución N° 010862 de 2009. En aquella ocasión el argumento desaprobatorio se basó en que “según el certificado de semanas y categorías, el asegurado ha cotizado un total de 883 semanas, de las cuales 354 corresponden a los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima requerida.”⁷ Pese a cumplir con la edad, el actor no demostró haber cotizado el número de

semanas requeridas por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 para tal fin; circunstancia frente a la cual se le ofrecieron las alternativas de “continuar cotizando hasta cumplir las 1000 semanas o reclamar la indemnización sustitutiva de que trata el artículo 37 de la Ley 100 de 1997, cuando cese la obligación de cotizar por no tener relación laboral dependiente alguna y manifiesta su imposibilidad de continuar cotizando para pensiones.”⁸

1. Con posterioridad, la Vicepresidencia de Pensiones del Instituto de Seguros Sociales emitió un reporte de semanas cotizadas a nombre del actor⁹ que fue anexado al expediente de tutela y con arreglo al cual éste tendría, desde el año 1967, un total de 883.43 semanas al sistema de seguridad social, cálculo en el que sí se incluyó el período comprendido entre el año 2004 y el 2007, a pesar de lo cual no se alcanzó una cifra superior a las 1000 semana de cotización.

Petición.

El señor Restrepo Rodríguez afirma haber reunido los requisitos para el reconocimiento de una pensión de vejez a cargo del Instituto de Seguros Sociales, razón por la cual ha elevado varias peticiones decididas de forma desfavorable mediante sendos actos administrativos. El porqué de la vulneración, a su juicio, se reduce a que “al tener y poseer todos los requisitos de ley que [le] acreditan como beneficiario de [su] pensión de vejez y que por mandato expreso de Ley se [le] debe otorgar este beneficio si [ha] cotizado las mil semanas y como es obvio [sus] semanas cotizadas sobrepasan las mil (1.000) es por ello que invoc[a] el artículo 86 de la C.N., ya que se están vulnerando [sus] derechos constitucionales a la seguridad social, al mínimo vital por [su] derecho a la pensión de vejez (...) ya que en la actualidad [tiene] 72 años, para así poder gozar del beneficio de la pensión de vejez.”¹⁰

Así las cosas, el actor demanda el reconocimiento de la pensión de vejez y su inclusión en nómina del Instituto de Seguros Sociales.

Decisión de instancia.

Por medio de fallo proferido el día 27 de julio de 2010, el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira (Risaralda) declaró improcedente la acción de

tutela impetrada por el señor Restrepo Rodríguez en contra del Instituto de Seguros Sociales por el incumplimiento de las subreglas relativas a la procedencia excepcional de esta acción respecto de otros medios preferentes para la defensa judicial. Para ahondar en las consideraciones se trajeron a colación algunas sentencias de esta Corporación en las que se reiteran varios de los criterios que validan la utilización de la tutela como mecanismo principal o transitorio a pesar del mecanismo principal, y con apoyo en las mismas se determinó que en particular la tutela impetrada por el actor resultaba manifiestamente improcedente debido a que, en primer lugar, éste contaba con un mecanismo ordinario de eficiencia suficiente para su defensa judicial, y de otro lado, el actor no alegó la configuración potencial de un perjuicio irremediable. Literalmente se dijo:

“(...) El accionante no acreditó [sic] dentro de la actuación, prueba indicativa de que se entre ante la inminencia de un perjuicio irremediable, por padecer una grave enfermedad que le impida esperar el resultado de un proceso judicial, o que su mínimo vital se encuentre en un grado tal de afectación debido a la falta de reconocimiento y pago de la pensión o que esté en una situación apremiante que estructuren los presupuestos de un perjuicio irremediable que señale la necesidad de conceder el amparo solicitado y si bien es cierto el accionante afirma contar con 72 años de edad, esa circunstancia por sí sola no constituye una razón suficiente para conceder el amparo solicitado.”¹¹

Sentado este argumento, se procedió a declarar la improcedencia de la tutela interpuesta por el señor Luís Arnulfo Restrepo en contra del Instituto de Seguros Sociales. Este fallo no fue apelado.

Elementos probatorios relevantes que obran en el expediente.

Como elementos probatorios de mayor relevancia tenemos los que serán relacionados a continuación:

* Copia de la cédula de ciudadanía del actor en la que aparece como fecha de nacimiento el día 17 de diciembre de 1938 (Folio 13, cuaderno 2).

* Copia de la resolución N° 5297 de 2000 del Instituto de Seguros Sociales – Seccional

Risaralda por medio de la cual se negó la pensión de vejez en beneficio del actor debido a que, si bien “el asegurado tiene la edad requerida por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 (...) no acredita las 1000 semanas exigidas por la misma norma para el derecho a la pensión de vejez, por cuanto según su Historia Laboral ha cotizado al ISS un total de 372 semanas.” (Folio 4, cuaderno 2)

* Copia de la resolución N° 2429 de 2004 a través de la cual se resolvió desfavorablemente la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez hecha por el actor en febrero de esa misma anualidad debido a que, a pesar de ser beneficiario del régimen de transición, “según el certificado de semanas y categorías, el asegurado ha cotizado un total de 819 semanas, de las cuales 397 corresponden a los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima requerida.” (Folio 3, cuaderno 2)

* Copia de la resolución N° 126 de enero de 2008 a través de la cual se resolvió desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto en contra de la resolución N° 6920 de 2007 en la que se había negado la solicitud de reconocimiento pensional (Folios 11 y 12, cuaderno 2)

* Copia de la resolución N° 10862 de 2009 por medio de la cual el Instituto de Seguros Sociales negó otra vez reconocimiento de la pensión a favor del actor, nuevamente a falta del requisito de semanas cotizadas (Folio 5, cuaderno 2)

* Copia del reporte de semanas cotizadas impreso en septiembre de 2009 por la Vicepresidencia de pensiones del Instituto de Seguro Social en relación con el señor Restrepo en el que consta que el mismo tiene registradas un total de 883.43 semanas al ISS (folios 15 a 18, cuaderno 2)

* Copia del certificado expedido en diciembre de 2009 por el Consorcio Prosperar¹² en el que consta: “el señor LUIS ARNULFO RESTREPO RODRIGUEZ (...) se encontraba afiliado al FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL-Programa de Subsidio al Aporte a Pensión, en el grupo poblacional TRABAJADOR INDEPENDIENTE URBANO, desde el 01 de diciembre de 1997 hasta el 22 de diciembre de 2003, siendo el motivo del retiro cumplir con los requisitos para la exigibilidad del subsidio, reportando cesación de pago en sus aportes, de acuerdo con el informe remitido por el Instituto de Seguro Social a septiembre de 2008.” (Folio 21, cuaderno 2)

I. CONSIDERACIONES

Competencia.

Esta Corporación es competente para revisar la presente acción de tutela de conformidad con los artículo 86 inciso 2° y 241 numeral 9° de la Constitución Política, los artículo 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes.

Planteamiento y formulación del problema jurídico.

Del recuento fáctico se desprende que el actor, ciudadano de 72 años de edad, comenzó a cotizar en el año 1967 y una vez superados los 60 años de edad ha solicitado infructuosamente en múltiples ocasiones el reconocimiento de su pensión de vejez ante el Instituto de Seguro Social.

En un primer intento se respondió a su petición mediante resolución N° 5297 de 2000 en la que se desconoció su condición de beneficiario del régimen de transición toda vez que “al 31 de marzo de 1994 no se encontraba afiliado al ISS”¹³; con posterioridad, ante una nueva solicitud, se arguyó que el actor no cumplía los requisitos prescritos en el Acuerdo 049 de 1990 para el reconocimiento de la pensión por vejez debido que a la fecha acreditaba un total de 819 semanas cotizadas, de la cuales apenas 397 fueron cotizadas durante los 20 años previos al cumplimiento de la edad mínima para pensionarse¹⁴. En 2007 tramitó otra vez la solicitud respectiva en relación con la cual se profirió la resolución N° 6920 que fue objeto de reposición, recurso resuelto mediante resolución N° 126 de 2007 que igualmente

resultó desfavorable a sus pretensiones porque en aquel momento aparecían registradas a nombre del actor 773.57 semanas de las cuales 351.86 habían sido cotizadas durante los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad para pensionarse, conteo en el cual se excluyó el período comprendido entre julio de 2004 y junio de 2007 debido a que no se reportaron los aportes a salud.¹⁵

Por último el actor volvió a radicar una solicitud de reconocimiento pensional desatada a través de la Resolución N° 10862 de 2009 en la que, hecho un conteo pleno de las semanas cotizadas por el actor al sistema de seguridad social en pensiones, se descartó la posibilidad de acceder a la misma debido a que aparecían registradas únicamente 883 semanas de las cuales 354 habían sido cotizadas en el interregno de los 20 años previos al cumplimiento de la edad mínima para pensionarse, como manda el Acuerdo 049 de 1990. Esta última determinación concuerda con el reporte de semanas cotizadas allegado al expediente de tutela en el que la Vicepresidencia de pensiones del Instituto de Seguro Social informa que el actor tiene registrado un total de 883.43 semanas cotizadas, cómputo que incluye el período comprendido entre el año 2004 y el 2007.

Asimismo se allegó certificado expedido por el Consorcio Prosperar, administrador fiduciario del Fondo de Solidaridad Pensional en virtud de contrato de encargo fiduciario suscrito por el Ministerio de la Protección Social, en el que se deja constancia de la cesión en el pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones por parte del actor desde septiembre de 2008, circunstancia confirmada a través de comunicación telefónica sostenida por el sustanciador con el promotor de la presente acción de tutela.

Así las cosas, el problema jurídico que debe resolver la Sala consiste en determinar si es admisible la solicitud de reconocimiento pensional efectuada por el señor Restrepo Rodríguez o si, por el contrario, definitivamente el actor no ha satisfecho los requisitos para la consecución de tal fin. A efectos de resolver ese interrogante, se hará referencia a las siguientes temáticas: i) la seguridad social como derecho fundamental y ii) la procedencia excepcional de la acción de tutela en materia de prestaciones económicas para, con base en esas reflexiones, dilucidar el caso concreto.

La seguridad social como derecho fundamental. Reiteración jurisprudencial.

La Constitución nacional define la seguridad social como un derecho irrenunciable y un

servicio público obligatorio. Ello emana de los artículos 48 y 49 de este texto y algunos mandatos de la Ley 100 de 1993, que la conciben como un servicio público obligatorio cuya dirección, coordinación y control compete al Estado, que tiene la carga de asegurar su satisfacción conforme a principios como la eficiencia, la universalidad y la solidaridad.

Su asimilación como derecho fundamental resulta menos evidente pues el constituyente no le ubicó dentro de esta categoría particular, pero su comprensión como un ‘derecho subjetivo con un alto grado de importancia’ admite esa visión.¹⁶

Inicialmente su orientación en el Capítulo 2 de la Carta¹⁷ y el seguimiento de una doctrina primigenia sobre la clasificación de los derechos de acuerdo con el momento de su consagración histórica condujeron a su rechazo en tanto derecho fundamental. En aquél momento se estimaba que los derechos fundamentales pertenecían al rango de los de primera generación, categoría compuesta por mandatos como la vida, la dignidad humana y la integridad física; a esa clasificación escapaban los derechos sociales, económicos y culturales, que integraban el grupo de los de segunda generación. Para su efectividad se asumían previstos los mecanismos legislativos y ejecutivos; mientras que la materialización de los derechos de primera era labor exclusiva de la rama judicial del poder público.

Tal distinción se basaba en el carácter ‘meramente prestacional’ que se atribuía a los llamados ‘derechos de segunda generación’. Por tal motivo, su garantía en esta sede se veía limitada a su conexión con otros que sí fueran calificados como fundamentales. Dicha tesis fue sostenido en múltiples fallos de esta Corporación, en cuya parte considerativa se exponía una mirada de la seguridad social como “norma programática de desarrollo progresivo y obligatorio por parte del legislador, que constituye promesa para los gobernados de que el Estado como guardián de la colectividad, deberá diseñar políticas de acuerdo con esos postulados fundamentales para cubrir las prestaciones que surjan de las contingencias de enfermedad, invalidez o senectud, a fin de que la Seguridad Social sea una realidad”¹⁸. Este criterio, el de la conexidad, fue aunado paulatinamente al de la protección especial merecida por ciertos sujetos en estado de debilidad manifiesta. La fundamentalidad de la seguridad social estuvo restringida, durante un lapso significativo, a la existencia de un peligro potencial a la estabilidad de otros derechos como la igualdad, el debido proceso, la vida o la

integridad física, de un lado¹⁹; o a la perturbación de derechos en cabeza de sujetos tales como menores, personas de la tercera edad, mujeres embarazadas, entre otros.²⁰

Debido al surgimiento de una distinta doctrina sobre la categorización y exigibilidad de los derechos sociales, se ha aceptado la fundamentalidad de éste y otros derechos de tal raigambre. Ello se refuerza además en una interpretación más amplia del texto constitucional, la observancia de recientes instrumentos internacionales y de la recepción de esa nueva doctrina. Actualmente se afirma que los derechos fundamentales están dotados de ese carácter por su identidad con valores y principios del Estado Social de Derecho, más no por su positivización o la designación expresa del legislador. Por tanto, ningún derecho erigido dentro de este marco podrá ser privado de ese talante. Sobre el particular se ha dicho que “la fundamentalidad de los derechos no depende – ni puede depender – de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución”. ²¹

Por último, una reflexión sistemática de la Constitución requiere la integración de mandatos supralegales que encarnan el denominado bloque de constitucionalidad.²² En este sentido, es preciso aludir al Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, aprobado mediante Ley 319 de 1996 que prescribe en su artículo 9: “toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja 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. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes”²³. De otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado mediante Ley 74 de 1968, reconoce “el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.” ²⁴

De este modo, el sistema general de pensiones constituye una expresión del derecho a la seguridad social cuya finalidad es la cobertura de ciertas contingencias como la incapacidad laboral, la muerte o la vejez “mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que determine la Ley”²⁵, y su apropiado funcionamiento está determinado por el desenvolvimiento armónico de las instituciones, los recursos y los elementos destinados a

ese propósito, en plena avenencia con los principios de universalidad, integralidad, eficiencia y solidaridad.

Procedencia excepcional de la acción de tutela en materia de prestaciones económicas. Reiteración Jurisprudencial.

El artículo 86 de la Constitución Política presenta a la acción de tutela como un mecanismo preferente y sumario, caracterización que justamente restringe su procedencia de existir medios ordinarios eficientes disponibles para la defensa judicial, regla que trae como excepción su ejercicio para la conjuración de un perjuicio irremediable. A su vez, el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, que desarrolla el mandato constitucional, señala que la tutela no es procedente en eventos en los cuales la persona interesada cuenta con otro instrumento eficaz para la salvaguarda de los derechos invocados, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para prevenir la configuración de un perjuicio irremediable.

En repetidas ocasiones esta Corporación se ha pronunciado al respecto y ha reafirmado la subsidiaridad de esta acción frente a un medio eficiente de defensa judicial, como primera hipótesis; o su procedencia eventual, incluso de existir un mecanismo expedito para ello, si se pretende evitar un perjuicio irremediable.

El tema de la reclamación de prestaciones económicas sigue ineludiblemente este principio para cuya satisfacción se exige la verificación de estas condiciones. El reconocimiento de pensiones es un asunto que, prima facie, excede la órbita del juez constitucional pues se ubica dentro de las competencias atribuibles a la jurisdicción ordinaria o la contenciosa administrativa. En múltiples fallos se ha declarado que “(...) únicamente son aceptables como medio de defensa judicial, para los fines de excluir la acción de tutela, aquellos que resulten aptos para hacer efectivo el derecho, es decir, que no tienen tal carácter los mecanismos que carezcan de conducencia y eficacia jurídica para la real garantía del derecho conculcado (...)”²⁶, de modo tal que es necesaria una relación de suficiencia entre el medio judicial preferente y el goce del derecho fundamental afectado a fin de lograr, sobre esta vía, su garantía efectiva. De no ser así, la tutela aparece como un instrumento admisible.

En consecuencia, la tutela podría prosperar de manera excepcional frente a solicitudes relativas al reconocimiento de prestaciones económicas (i) cuando no existe otro medio de

defensa judicial, o de existir, éste carece de la aptitud suficiente para salvaguardar los derechos amenazados o quebrantados, caso en el que ésta surge como medio principal de defensa; o (ii) si se vislumbra la aparición de un perjuicio grave, inminente, cierto, que requiera la adopción, para su mitigación, de medidas urgentes que obliguen a su uso como mecanismo transitorio.²⁷ Al respecto, en el fallo T-977 de 2008 se dijo que:

“(…) La jurisprudencia de esta Corporación ha dispuesto que de manera excepcional el juez de tutela puede ordenar el reconocimiento y pago de prestaciones de tipo económico siempre que se verifique que (i) haya una vulneración o amenaza a los derechos fundamentales del accionante, es decir, que por el no reconocimiento y pago de la prestación económica que se reclama en sede de tutela se viole o amenace los derechos fundamentales del accionante, (ii) la tutela se conceda, (iii) no se cuente con un medio específico en el cual se pueda solicitar la prestación de tipo económico que se pretende obtener en sede de tutela y, (iv) la vulneración del derecho sea manifiesta y consecuencia directa de una acción indiscutiblemente arbitraria.”²⁸

En concreto, la falta de idoneidad del medio a disposición de la persona afectada o la incidencia de factores que permitan la aparición de un perjuicio irreparable serán valoradas por el juez constitucional en atención a las condiciones fácticas, pues dicha apreciación no debe efectuarse en abstracto. La viabilidad del amparo en tales eventos es apreciada por el operador judicial en consideración a la virtualidad del daño a los derechos fundamentales involucrados o el quebrantamiento de principios superiores como la especial protección de la población en estado de debilidad manifiesta.

También es preciso reparar las particularidades del procedimiento ordinario y las posibilidades reales de consecución de las pretensiones frente a las que ofrece la tutela. Sobre este punto se ha dicho que:

“No basta que teóricamente exista la posibilidad de acudir a medios ordinarios, sino que, habida consideración de las circunstancias particulares [sic] del caso, es necesario comprobar que la posibilidad es cierta.

(…)

En cuanto a los mecanismos de defensa judicial considerados principales u ordinarios, es

pertinente tener en cuenta que no todos tienen similares características, pues algunos son procesalmente más rápidos y eficaces que los demás.”²⁹

Con anterioridad, en varias sentencias de esta alta Corte se concedieron tutelas en circunstancias en las cuales se atacaba un acto administrativo mediante el cual se desconocía una prestación social, simplemente advertida la ocurrencia de un defecto de los que se entendían como ‘vías de hecho’.³⁰ Esa tesis ha variado sustancialmente en la medida en que esta Corte ha fijado unos lineamientos más estrictos para ese logro. Se ha hecho hincapié en la necesidad de mostrar, prima facie, la incidencia de condiciones que puedan tornarse en perjuicio irremediable. Por tanto, la sola existencia de un defecto no constituye razón suficiente para acceder a la petición de amparo. A este respecto, en sentencia T-199 de 2008 se plantearon ciertos criterios en relación con las posibilidades de que proceda la tutela contra actos administrativos, a saber:

“(i) que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos (...); (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.”³¹

Se reafirma entonces que esta acción constitucional adquiere exclusivamente virtualidad ante la falta de un medio preciso para la resolución del caso, la ineficiencia del disponible o la previsible configuración de un daño grave e inminente a los derechos fundamentales en juego.

Caso concreto.

El problema jurídico en cuestión consiste en determinar si el actor tiene derecho o no a la pretendida prestación pensional por vejez. Actualmente éste cuenta con 72 años de edad y de acuerdo con el reporte más reciente de semanas cotizadas al sistema de seguridad social en pensiones cuenta con un total de 883.43 semanas de las cuales 354 fueron cotizadas 20

años antes de que cumpliera 60 años de edad razón por la cual la entidad, en últimas, deniega el reconocimiento de la pensión.

Ciertamente, fueron varias las ocasiones en las que el actor se dirigió al instituto demandado con tal propósito y, por ende, diversos los actos administrativos por medio de los cuales esa entidad insistentemente negó su reconocimiento, pero en la última resolución, la N° 10862 de 2009 que concuerda con el reporte de semanas cotizadas adjunto al expediente de tutela, se descarta su solicitud porque no acreditó los requisitos exigidos para el efecto por el Acuerdo 049 de 1990, pues apenas demostró haber cotizado 883 semanas en todo su vida laboral y 354 durante los 20 años previos al momento en que cumplió la edad mínima para pensionarse.³²

Bajo estos supuestos y acreditado el agotamiento de la vía gubernativa se hace imperativo determinar, inicialmente, si el caso del actor encuadra dentro de las hipótesis contenidas en las reglas jurisprudenciales construidas en esta alta Corporación en lo que tiene que ver con la procedibilidad de la tutela para el reconocimiento de prestaciones económicas pese a la existencia y disponibilidad de un mecanismo judicial principal eficiente para el amparo de los derechos invocados, a saber, el procedimiento ordinario ante la jurisdicción laboral.

Como fue ampliamente expuesto, la naturaleza de esta acción constitucional exige que su procedibilidad esté supeditada, de contarse con un medio preferente efectivo para la defensa judicial, al virtual acaecimiento de un perjuicio de tal certeza, inminencia y gravedad que demande la intervención del juez de tutela. Es el caso de las personas en estado de debilidad manifiesta por su extrema pobreza, el padecimiento de limitaciones o enfermedades de urgente tratamiento, la calidad de víctima del desplazamiento forzado, la pertenencia a un grupo de la tercera edad, entre otras. En concreto, el señor Restrepo claramente hace parte de este grupo etario dado que tiene 72 años de edad³³, motivo por el cual ésta se erige en mecanismo idóneo para conseguir el amparo de los derechos fundamentales invocados puesto que su madurez demanda la adopción de una pronta decisión judicial, lo que descarta la espera de un fallo resultante de un dilatado proceso judicial ordinario; situación que se ve reforzada en la presunción de incapacidad económica que recae en quienes, superada la edad para recibir la pensión, no han sido inscritos en nómina de pensionados. Dadas las cosas, reiteramos, la tutela se torna en el mecanismo de mayor efectividad para la protección de los derechos fundamentales afectados.

Satisfecho este presupuesto corresponde ahora determinar si la pretensión del actor es viable, propósito que requiere la verificación de las condiciones para el acceso a la pensión de vejez de acuerdo con el régimen aplicable. En primer lugar, habría que reconocer que conforme el mandato del artículo 36 de la Ley 100 de 1993³⁴, el actor es beneficiario del régimen de transición puesto que al 1° de abril de 1994 tenía 56 años, es decir, superaba el tope de los 40 años para los hombres exigido en la mencionada norma.

Así que las condiciones para el reconocimiento de su pensión estarían dadas por normas previas a la ley 100 de 1993, en un primer momento, la normatividad anterior al periodo en que la persona fue afiliada al sistema, esto es, el año 1967. Aún así, como admite el ISS en las resoluciones más recientemente proferidas en el caso del actor, por mandato del artículo 53 de la Constitución Política habría que aplicar la norma que envuelve la condición más favorables al trabajador, que sería en este evento el Acuerdo 049 de 1990.

De hecho, textualmente en las resoluciones N° 2429 de 2004 y N° 10862 de 2009 se descarta el reconocimiento de la pensión porque el petente no llena los requisitos del mencionado acuerdo de conformidad con el cual “tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos: 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 (1000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.”³⁵

Pese a las confusiones y yerros predicables de las resoluciones N° 5297 de 2000 y la N° 6920 de 2007 confirmada mediante resolución N° 126 de 2007 -en las que se denegó la pensión i) al privar al actor la calidad de beneficiario del régimen de transición y ii) por descontar en el cálculo de semanas cotizadas el periodo comprendido entre julio de 2004 y junio de 2007 porque no reportó los aportes al sistema de seguridad social en salud, respectivamente-, la resolución N° 10862 de 2009 y el reporte de semanas cotizadas impreso en 2009 son diáfanos en declarar que el actor en toda su vida laboral ha cotizado un total de 883 semanas al sistema, 354 de las cuales fueron dentro de los veinte años precedentes al cumplimiento de los 60 años de edad.

Igualmente el certificado expedido por el Consorcio Prosperar, administrador fiduciario del

Fondo de Solidaridad Pensional, pone de presente la suspensión en el pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones por parte del actor desde septiembre de 2008, circunstancia confirmada a través de comunicación telefónica sostenida por el sustanciador con el promotor de la presente acción de tutela.

Todo lo anterior hace colegir la imposibilidad de reconocer la pensión reclamada por el actor a falta de los requisitos exigidos por el Acuerdo 049 de 1990 al respecto. Si bien se trata de una persona de la tercera edad, ello no es óbice para olvidar la existencia de determinados condicionamientos normativos para la consecución de ese fin. Sin embargo, cabe mencionar que el actor cuenta con la posibilidad, ora de seguir cotizando al sistema, o de solicitar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva al tenor del artículo 14 del Acuerdo 049 de 1990 que dispone: “las personas que habiendo cumplido las edades mínimas exigidas para adquirir el derecho a la pensión de vejez, se retiraren definitivamente de las actividades sujetas al seguro social y no hubieren acreditado el número mínimo de semanas de cotización requeridas para que tal derecho se cause, percibirán en sustitución, por cada veinticinco (25) semanas de cotización acreditadas, una indemnización equivalente a una mensualidad de la pensión por invalidez permanente total que les hubiere correspondido en el supuesto de haberse invalidado al cumplimiento de la respectiva edad.”³⁶

En consecuencia, se procederá a revocar la sentencia de instancia proferida el día 27 de julio de 2010 por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira (Risaralda) bajo el entendido de que la tutela es procedente, mas no favorable. Se negará así la solicitud de amparo elevada por el ciudadano Luís Arnulfo Restrepo Rodríguez contra el Instituto de Seguro Social en cuanto al reconocimiento de su pensión de vejez.

III. DECISIÓN

RESUELVE

Primero. REVOCAR la sentencia proferida el día 27 de julio de 2010 por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira (Risaralda) en el trámite de la acción de tutela iniciada por Luís Arnulfo Restrepo Rodríguez contra el Instituto de Seguro Social y en su lugar NEGAR el amparo.

Segundo. ORDENAR que por Secretaría General de esta Corporación se libren las

comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991 para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Así consta en la cédula de ciudadanía del actor que aparece en el folio 13 del cuaderno 2 del expediente de tutela y de conformidad con la cual éste nació el día 17 de diciembre de 1938.

2 Folio 4, cuaderno 2.

3 Folio 3, cuaderno 2.

4 Ibidem.

5 Folios 11 y 12, cuaderno 2.

6 Folio 12, cuaderno 2.

7 Folio 5, cuaderno 2.

8 Ibidem.

9 Este reporte que aparece en los folios 15 a 17 del cuaderno 2 del expediente de tutela tiene como fecha de impresión el día 14 de septiembre de 2009.

11 Folio 29, cuaderno 2.

12 Con la Ley 100 de 1993 se creó el Fondo de Solidaridad Pensional que es administrado por el Consorcio Prosperar a través de contrato de fiducia y está constituido por dos subcuentas: la de solidaridad, que financia el programa de subsidio al aporte en pensión, y la de subsistencia, con la cual se financia el programa de protección social al adulto mayor.

13 Op. Cit., folio 4 del cuaderno 2.

14 Op. Cit., Resolución N° 2429 de 2004 que aparece en el folio 3 del cuaderno 2.

15 Folio 12 cuaderno 2

16 Arango, Rodolfo. El concepto de derechos sociales fundamentales. Legis Editores, Bogotá., 2005; Alexy, Robert. La Teoría de los Derechos Fundamentales. Editorial Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, Madrid, 1993.

17 Este trata los Derechos Económico, Sociales y Culturales y se distingue del primero, que comprende los Derechos Fundamentales y trae una enunciación que podría entenderse explícita y excluyente.

18 Sentencia T-453 de 1992, consideración b).

19 Ver, entre otras, las sentencias T-042 de 1996, T-241 de 1998, SU-039 de 1998.

20 Ver sentencias T-031 de 1998, SU-022 de 1998, C-177 de 1998, T-264 de 1998, SU-1354 de 2000

21 Sentencia T-016 de 2007.

22 Esta noción comprende una remisión a normas que, sin constar en la Carta, por imposición suya, detentan rango superior. Usualmente estas normas corresponden a

instrumentos internacionales de derechos humanos, como bien admite el texto constitucional en los artículos 93 y 214.²² Sin embargo, dado que su formulación contiene sendas cláusulas de reenvío -una jerárquica y una interpretativa- su alcance ha sido aclarado por la jurisprudencia constitucional en el sentido de que la figura convoca a la adopción de la generalidad de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia. Estos constituyen, así, estándares con estatus constitucional y de necesaria incorporación a la normatividad interna.

23 Artículo 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”

24 El artículo 9º del precitado Pacto reza: “los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.”

25 Artículo 10º de la Ley 100 de 1993.

26 T-003 de 1992.

27 T-083 de 2004.

28 Sentencia T-977 de 2008.

29 Sentencia SU-544 de 2001.

30 Por ejemplo, en tratándose de vías de hecho surgidas con ocasión del trámite de una solicitud pensional, se exigía únicamente la comisión de un vicio de esa naturaleza, que se verificaba cuando: (i) en el acto administrativo a través del cual se resolvía su reconocimiento se declaraba que el interesado cumplía los requisitos fijados por la ley para el alcance de ese estatus, pero se rechazaba su solicitud con base en razones de orden administrativo y (ii) en el acto administrativo por medio cual se definía la respectiva solicitud se incurría en una omisión manifiesta al no aplicarse las normas ajustables al caso concreto o elegirse la menos favorable al trabajador. Ver al respecto, entre otras, las sentencias T-765 de 1998, T-827 de 1999, T-671, T-1154 y T-1294 de 2000, T-571 de 2002 y T-174 de 2008.

31 Sentencia T-199 de 2008.

32 Op. Cit., folio 5 del cuaderno 2.

33 De acuerdo con el artículo 7° de la Ley 1276 de 2009 adulto mayor es “aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más

34 El inciso segundo del artículo 36 de la precitada ley reza: “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.”

35 Artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

36 Artículo 14 del Acuerdo 049 de 1990.