

RELIQUIDACION DE PENSION DE VEJEZ-Caso en que la demandante considera que se le debía aplicar el ingreso base de liquidación establecido en el inciso 3° del Art. 36 de la Ley 100/93 y no el del artículo 1° de la Ley 33/85

ACCION DE TUTELA PARA RELIQUIDACION DE PENSION DE VEJEZ-Reiteración de jurisprudencia sobre su procedencia

Esta Corporación ha indicado, como regla general, la improcedencia del mecanismo de amparo frente a los conflictos relativos al reconocimiento y reliquidación de la pensión. Con todo, también se ha expresado en la jurisprudencia que, excepcionalmente, es posible tramitar este tipo de pretensiones por la vía de la acción de tutela, bien sea porque se acredite un perjuicio irremediable, caso en el cual cabe el amparo transitorio, o porque se establece que la vía judicial ordinaria es inadecuada para la protección del derecho a la luz de las circunstancias del caso concreto. Conforme con lo expuesto, la Sala considera que en este caso la demandante no acreditó las condiciones materiales que justifican la protección por vía de tutela, esto es, su condición de persona de la tercera edad, pues cuenta en la actualidad con 61 años. Respecto de la supuesta afectación al mínimo vital de la accionante en este caso no se puede predicar por cuanto tal y como ella lo manifestó en la sustentación del recurso de apelación interpuesto contra la decisión de primera instancia, para el año 2010 se encontraba devengando la suma de \$1.846.821 al desempeñar funciones que equivalen al grado salarial 28 dentro de la escala de remuneración de los empleados que son desempeñados por empleados públicos, suma que en principio, permite inferir que resulta suficiente para soportar las cargas encaminadas a mantener la subsistencia en condiciones dignas, mientras que la jurisdicción de lo contencioso administrativo decide si el régimen legal aplicable para efectos de liquidar la pensión vitalicia de jubilación es el establecido en el artículo 1 de la ley 33 de 1985 o el señalado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. De otra parte, porque a pesar de que la accionante arrima al plenario, copia del resultado del examen de resonancia nuclear magnética de cerebro que le fue practicado y en el que se concluye que padece de la Malformación de Arnold Chiari I, esta situación no evidencia per se la existencia de un perjuicio irremediable que obligue al juez a adoptar medidas inmediatas por cuanto del mismo no se deriva la gravedad de la enfermedad que padece y su incidencia real en sus condiciones de salud

PRINCIPIO DE INFORMALIDAD DE LA ACCION DE TUTELA-No obsta para que quien solicita la protección constitucional demuestre su dicho

La Corte recientemente señaló en un caso similar al expuesto que “el principio de informalidad que orienta el ejercicio de la acción de tutela no puede convertirse en un elemento procesal que permita acceder de manera superficial a las solicitudes de amparo, a partir de documentos incipientes como el aportado por el demandante. Es necesario entonces por regla general, que quien solicita la protección constitucional demuestre su dicho (onus probandi incumbit actori) de tal forma que el juez pueda llegar al convencimiento y en esa medida disponga el restablecimiento de los derechos fundamentales que se encuentran comprometidos

Referencia: expediente T-2.812.003

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA

MARTELO

Bogotá D.C. siete (7) de febrero de dos mil once (2011).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Nilson Elías Pinilla Pinilla, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente,

SENTENCIA

En la revisión del fallo de tutela proferido por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, el 22 de julio de 2010, mediante el cual se confirmó la decisión adoptada por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bucaramanga, el 8 de junio de 2010, dentro del trámite de la acción de tutela promovida por la señora Gladys Castellanos Bohórquez contra el Instituto de Seguros Sociales (ISS).

El presente expediente fue escogido para revisión por medio de Auto del veintidós (22) de septiembre de 2010, proferido por la Sala de Selección número nueve (9) y repartido a la

Sala Cuarta de Revisión.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

El 24 de mayo de 2010, la señora Gladys Castellanos Bohórquez presentó acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales (ISS), por una presunta violación de su derechos fundamentales al debido proceso y a la protección especial de las personas de la tercera edad, entre otros, en la que consideró incurrió la entidad demandada al reliquidar de su pensión vitalicia de jubilación.

2. Hechos relevantes

Los hechos relatados por la señora Gladys Castellanos Bohórquez son los siguientes:

2.1. El 6 de septiembre de 2006 elevó petición ante el Instituto de Seguros Sociales con el objetivo de que le fuera reconocida su pensión de jubilación.

2.2. La entidad demandada mediante Resolución No. 7445 de julio 24 de 2007 le reconoció la pensión de jubilación tipo B como servidor público en virtud del artículo 1 de la Ley 33 de 1985.¹

Los argumentos esbozados por el Instituto de Seguros Sociales para realizar dicho reconocimiento fueron los siguientes:

En primer lugar, indicó que “en virtud del Régimen de Transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que permite aplicar la edad, el número de semanas o tiempo cotizado y el monto pensional del régimen anterior, al asegurado se le aplica el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, que exige para acceder a la pensión de jubilación acreditar 55 o más años de edad en caso de hombres y mujeres y 20 o más años de servicio exclusivos al Estado, proporcionando en cualquier caso un 75% de monto pensional.”

En segundo término, señaló, que en este caso “...procede el bono pensional por el tiempo laborado en entidades del Estado, según lo establecido en la Ley 100 de 1993 y los Decretos Reglamentarios 1748 de 1995, 1474 de 1997 y 1513 de 1998, para cuyo reconocimiento y

pago el ISS internamente efectuará los trámites correspondientes.”

Finalmente, sostuvo que “la liquidación de la pensión se efectúa hasta su última cotización efectiva, actualizado anualmente con el I.P.C. conforme lo indicado por el inciso 3 del referido artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación son los indicados por el Decreto 1158 de 1994.

Que efectuada la correspondiente operación según lo indicado anteriormente, se obtuvo como ingreso base de liquidación la suma de \$552.735, al cual se le aplica el 75% para obtener de esta forma el valor de la mesada pensional por la suma de \$433.700.”

2.3. El 16 de marzo de 2010 elevó una nueva petición ante el ISS en la que solicitó la aplicación, en su integridad, del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, el cual establece que la pensión mensual vitalicia de jubilación es el equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio y no el ingreso base de liquidación establecido en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, el promedio de los últimos 10 años cotizados.

2.4. Al no recibir una respuesta oportuna por parte del ISS, decidió interponer una acción de tutela contra dicha entidad, la cual fue conocida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bucaramanga, quien mediante sentencia del 5 de mayo de 2010 tuteló el derecho de petición.

2.5. En cumplimiento de dicha orden judicial, el 6 de mayo de 2010, el ISS le informó que de conformidad con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas que se encuentren en el régimen de transición y que les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación expedida por el DANE.

Con fundamento en los hechos narrados, la señora Gladys Castellanos Bohórquez solicitó la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la protección especial a las personas de la tercera edad, entre otros, que considera vulnerados por parte del ISS al aplicarle el ingreso base de liquidación establecido en el inciso 3° del artículo 36 de la ley

100 de 1993, y no el previsto en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985.

3. Trámite procesal y oposición a la demanda de tutela

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bucaramanga, mediante auto del 25 de marzo de 2010, admitió la demanda y corrió traslado al Instituto de Seguros Sociales, para que se pronunciara sobre los hechos que motivaron la presente acción.

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, el ISS, a través de la Jefe del Departamento de Pensiones, Seccional Santander, se opuso a las pretensiones de la accionante bajo las siguientes consideraciones:

-La Jefatura de Pensiones del ISS, Seccional Santander, dio respuesta de fondo a la petición elevada por la señora Castellanos Bohórquez, a través de Oficio DCP N° 2277 de fecha 6 de mayo de 2010, en el cual se le informó que la reliquidación de la prestación de jubilación reconocida a su favor, se realizó de conformidad con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Así mismo, se le indicó que la norma anteriormente mencionada permite mantener la edad, el tiempo y el porcentaje de la prestación conforme a la ley anterior pero en lo referente al ingreso base de liquidación fue clara en establecer que se debe tomar el tiempo que hace falta para adquirir el derecho o todo el tiempo. En la presente oportunidad, la afiliada acreditó los requisitos establecidos en la Ley 33 de 1985, por acreditar más de 20 años como servidora pública y tener más de 55 años de edad.

Igualmente, se le informó que la liquidación de la prestación se efectuó teniendo en cuenta los diez últimos años anteriores a la adquisición del derecho, arrojando un porcentaje de liquidación del 75%.

-Que visto lo anterior, en el presente caso se configura un hecho superado, toda vez que la entidad procedió a dar contestación a la petición hecha por la petente.

-Advierte que la accionante incurrió en una actuación temeraria, por cuanto ya había presentado acción de tutela sobre los mismos hechos, la cual fue conocida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bucaramanga.

4. Pruebas

Anexas al escrito de la solicitud de tutela vienen las siguientes pruebas:

- Copia de la petición elevada por la señora Gladys Castellanos Bohórquez ante el ISS en la que solicitó la aplicación, en su integridad, del artículo 1° de la Ley 33 de 1985 (folios 8-10).
- Copia de la respuesta proferida por el ISS a la petición presentada por la señora Castellanos Bohórquez (folios 11 y 12).
- Copia del resultado del examen de resonancia nuclear magnética de cerebro practicada a la señora Castellanos Bohórquez (folio 13).
- Copia de la Resolución N° 7445 de 2007 “Por la cual se resuelve una solicitud de Prestaciones económicas en el Sistema General de Pensiones del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.” (folio 14-18).

II. DECISIÓN JUDICIAL QUE SE REVISA

1. Sentencia de primera instancia

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bucaramanga, mediante sentencia del 8 de junio de 2010, denegó el amparo solicitado pues consideró que en el presente caso “no se acreditaron las circunstancias excepcionales que permitan analizar la procedencia, por vía de tutela, de la reliquidación de la pensión de vejez de la señora GLADYS CASTELLANOS BOHORQUEZ por una vía de hecho administrativa. Es conveniente resaltar, que las instancias administrativas y judiciales ordinarias a las que puede acceder la accionante no pueden pretermitirse con las solas afirmaciones en el escrito de amparo.”

-A juicio del juzgado de primera instancia, tampoco se puede predicar en el presente caso, la afectación del mínimo vital de la accionante, por cuanto ella pretende obtener la reliquidación de la pensión de vejez que ya le fue reconocida, es decir, se encuentra recibiendo su mesada pensional para cubrir sus gastos básicos por lo que se concluye que económicamente no se encuentra a la deriva sin una asignación mensual.

-Finalmente, concluye que la señora Castellanos Bohórquez cuenta con otro medio de defensa judicial como es acudir a la jurisdicción ordinaria laboral para solicitar la reliquidación de su mesada pensional.

2. Impugnación

La accionante impugnó la decisión proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bucaramanga por las siguientes razones:

-A través de la acción de tutela no se pretende obtener la reliquidación de la pensión de vejez como lo interpretó el a quo, sino que se declare que el ISS incurrió en una vía de hecho al no dar cabal cumplimiento a lo establecido en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 respecto a la forma de liquidar la prestación económica de vejez, ya que según lo expresado en la parte motiva de la Resolución N° 7445 de 2007 la liquidación de la pensión la efectuó conforme lo indicado por el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, sobre el salario promedio que sirvió de base para los aportes de los últimos años de servicio.

-En el presente caso, se está reconociendo una pensión de jubilación con fundamento en la Ley 33 de 1985, es decir, un régimen especial, por lo tanto se deben tener en cuenta la base de liquidación y el porcentaje que señala específicamente este régimen.

-No se puede afirmar que el porcentaje es el del régimen especial de la Ley 33 de 1985 y la base de liquidación es la establecida en la Ley 100 de 1993. Advierte que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 el cual establece el régimen de transición expresamente cobija el “monto de la pensión” y el monto significa, una operación aritmética de un porcentaje sobre una base de liquidación expresamente fijada en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985.

-Sostiene que su situación se torna gravosa ante la determinación del ISS de aplicarle el ingreso base de liquidación establecido en el inciso 3° del artículo 36 de la ley 100 de 1993, y no el previsto en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 y la decisión del juez de primera instancia, dadas las condiciones de salud en que se encuentra, pues le fue diagnosticada la enfermedad de Malformación de Arnold Chiari I y los 60 años de edad con que cuenta. Dice que someterse a las resultas de un proceso ante la jurisdicción contenciosa administrativa, que tarda aproximadamente 13 años en resolverse, vulneraría ostensiblemente sus derechos fundamentales, más aún cuando está completamente acreditado que pertenece al régimen

de transición y que ha prestado 29 años de servicio al Estado, de donde se deriva su derecho a obtener una pensión conforme con lo dispuesto en el régimen especial para servidores públicos, según el artículo 1 de la Ley 33 de 1985.

-Advierte que al efectuarse la liquidación por parte del ISS con base en el promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicio arroja una mesada pensional por valor de un salario mínimo legal vigente, suma que sería mucho mayor si se tuviera en cuenta el promedio de lo devengado en el último año, el cual para el año 2009 ascendió a \$1.805.000 y para el año 2010 fue de \$1.846.821.

3. Sentencia de segunda instancia

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, mediante providencia del 22 de julio de 2010, confirmó el fallo impugnado por considerar que se plantea un asunto inminentemente legal y económico y “que no es del resorte del juez constitucional orientar el contenido y alcance de los actos que por mandato de ley corresponde emitir a otras autoridades, y que le corresponde al interesado, en caso de desacuerdo, debatir en el escenario administrativo o judicial correspondiente.”

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

A través de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional es competente para revisar las sentencias proferidas dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

Conforme con los antecedentes planteados le corresponde a esta Sala determinar, si el Instituto de Seguros Sociales vulneró el derecho fundamental al debido proceso, de la señora Gladys Castellanos Bohórquez al aplicarle el ingreso base de liquidación establecido en el inciso 3° del artículo 36 de la ley 100 de 1993, y no el previsto en el artículo 1 de la Ley 33

de 1985.

A fin de resolver el anterior problema jurídico, en primer lugar, esta sala analizará la procedencia de la acción de tutela para reliquidar la pensión de vejez en este caso concreto, y si fuere pertinente, estudiará si la entidad demandada en su actuación vulneró los derechos fundamentales invocados por la accionante.

3. Procedencia de la acción de tutela para reliquidar una pensión de vejez. Reiteración de jurisprudencia

El artículo 86 Superior, establece que la acción de tutela es un mecanismo judicial, preferente y sumario, que tiene como propósito la protección de los derechos fundamentales de las personas, cuando estos se encuentren amenazados o vulnerados, por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o excepcionalmente, por los particulares. Esta acción, se caracteriza por la subsidiaridad y la residualidad, lo que implica que, frente a un caso concreto, será procedente para proteger derechos fundamentales, siempre que no exista un medio de defensa judicial previsto en el ordenamiento para ese efecto, o, cuando existiendo, aquel no es eficaz para alcanzar su amparo; o cuando se promueva como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Por otra parte, el artículo 48 de la Constitución Política, reconoce el derecho a la seguridad social a todas las personas, y le confiere una naturaleza irrenunciable. A ese respecto, esta Corporación ha señalado que esta garantía tiene un contenido prestacional, y por esa razón, al no tener raigambre fundamental en sí mismo, su protección, en principio, no se puede procurar a través del ejercicio de la acción de amparo.²

Ahora bien y para lo que interesa a la presente causa, la Corte de manera reiterada ha puntualizado que, en principio, la acción de tutela no es el medio judicial idóneo para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento o reliquidación de prestaciones sociales, particularmente en materia de pensiones³. Esta Corporación ha sostenido que “...por encontrarse comprometidos derechos litigiosos de naturaleza legal y desarrollo progresivo, la competencia prevalente para resolver este tipo de conflictos ha sido asignada por el ordenamiento jurídico a la justicia laboral o contenciosa administrativa según el caso,

siendo entonces dichas autoridades las llamadas a garantizar el ejercicio de tales derechos, en caso que se logre demostrar su amenaza o violación.”⁴

Sin embargo, la Corte también ha señalado que, excepcionalmente, es posible tramitar este tipo de pretensiones a través del mecanismo de amparo, cuando la persona, analizadas sus circunstancias específicas, requiere de una protección urgente para ellos. Esto es, cuando se presenta como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Precisamente, este Tribunal, con el fin de comprobar la presencia de un perjuicio irremediable cuando se trata de controversias relacionadas con el reconocimiento o reliquidación de prestaciones sociales, ha utilizado algunos criterios como (i) la edad del solicitante para ser considerado sujeto de especial protección por ser una persona de la tercera edad; (ii) su condición física, económica o mental; (iii) el grado de afectación de los derechos fundamentales;⁵ (iv) la existencia previa del derecho y la acreditación por parte del interesado de la presunta afectación; y (v) la realización de cierta actividad administrativa y procesal orientada a obtener la protección de sus derechos.

Si se alega como perjuicio irremediable la afectación del mínimo vital, esta Corporación ha estimado que si bien es posible presumir su afectación, en general quien alega una vulneración de este derecho como consecuencia de la falta de reconocimiento de su pensión o de su reliquidación, debe acompañar su afirmación de alguna prueba, al menos sumaria. Así, la Corte ha reconocido que el carácter informal de la acción de tutela no exonera al demandante de demostrar, aunque sea de manera sumaria, los hechos en los que basa sus pretensiones⁶.

Sobre este particular, la Corte, en la Sentencia T-083 de 2004 expresó:

“Ciertamente, con base en el criterio general según el cual, la acción de tutela es procedente para reconocer derechos pensionales únicamente cuando el juez constitucional llegue a la convicción que es necesario brindar una protección urgente e inmediata que no es posible lograr a través del mecanismo ordinario de defensa, la jurisprudencia reiterada⁷ ha señalado que la viabilidad del amparo en esos casos exige la acreditación de un perjuicio irremediable; circunstancia a la cual se llega previa ponderación por parte del juez de ciertos factores relacionados con: (i) la edad para ser considerado sujeto especial de protección; (ii) la condición física, económica o mental; (iii) el grado de afectación de los derechos

fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital; (iv) la existencia previa del derecho y la acreditación por parte del interesado de la presunta afectación; y (v) el despliegue de cierta actividad administrativa y procesal tendiente a obtener la protección de sus derechos.”

Con todo, también se ha expresado en la jurisprudencia que, excepcionalmente, es posible tramitar estos asuntos por la vía de la tutela cuando el medio de defensa judicial ordinario, previsto por el ordenamiento para su protección es inocuo, ineficaz o no es lo suficientemente expedito para ofrecer una protección adecuada de los derechos, aspecto que debe ser valorado por el juez, teniendo en cuenta las circunstancias propias de cada caso concreto.⁸

Además de las reglas generales de procedencia de la acción de tutela, este Tribunal en la sentencia mencionada fijó las siguientes subreglas cuando se trata de casos de reliquidación de pensiones:

- Que la persona interesada haya adquirido el status de jubilado, o lo que es igual, que se le haya reconocido su pensión.
- Que el interesado haya actuado en sede administrativa; es decir, que haya interpuesto los recursos de vía gubernativa contra el acto que reconoció la pensión, haya presentado la solicitud de reliquidación ante el respectivo fondo de pensiones o, en igual medida, requerido a la respectiva entidad para que certifique su salario real y ésta se hubiere negado
- Que el pensionado haya acudido a las vías judiciales ordinarias para satisfacer sus pretensiones, se encuentre en tiempo de hacerlo o, en su defecto, demuestre que ello es imposible por razones ajenas a su voluntad.
- Que acredite las condiciones materiales que justifican la protección por vía de tutela, esto es, su condición de persona de la tercera edad, que la actuación resulta violatoria de sus derechos fundamentales como la dignidad humana, la subsistencia, el mínimo vital y la salud en conexidad con la vida u otras garantías superiores, y que el hecho de someterla al trámite de un proceso ordinario hace más gravosa su situación personal.

Aplicando los criterios delineados, esta Corporación ha indicado, como regla general, la improcedencia del mecanismo de amparo frente a los conflictos relativos al reconocimiento y reliquidación de la pensión. Con todo, también se ha expresado en la jurisprudencia que, excepcionalmente, es posible tramitar este tipo de pretensiones por la vía de la acción de tutela, bien sea porque se acredite un perjuicio irremediable, caso en el cual cabe el amparo transitorio, o porque se establece que la vía judicial ordinaria es inadecuada para la protección del derecho a la luz de las circunstancias del caso concreto.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, esta Sala de Revisión entrará a resolver el caso sometido a su consideración.

4. Caso Concreto

La señora Gladys Castellanos Bohórquez interpuso acción de tutela contra el Instituto del Seguro Social por considerar que esta entidad vulnera su derecho fundamental al debido proceso al negarse a reliquidar su pensión de vejez aplicando lo dispuesto en el artículo 1° de la ley 33 de 1985 -relativo a la fórmula para determinar el Ingreso Base de Liquidación (IBL), así como el monto de la pensión.

Por su parte, el ISS, considera que de conformidad con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas que se encuentren en el régimen de transición y que les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación expedida por el DANE.

Las sentencias de instancia negaron el amparo tras considerar que en este caso existe otro mecanismo de defensa y no se acreditaron los presupuestos establecidos en la jurisprudencia para facultar la intervención del juez constitucional.

De acuerdo con las pruebas que obran en el informativo, la Sala encuentra:

- Que la accionante tienen el status de pensionada, toda vez que el ISS mediante Resolución No. 7445 de julio 24 de 2007 le reconoció la pensión de jubilación tipo B como servidor público en virtud del artículo 1 de la Ley 33 de 1985, efectuándose la liquidación con el 75% del ingreso base de liquidación conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (promedio de los últimos 10 años cotizados).⁹

-La demandante no hizo uso de la vía gubernativa, mecanismo que conforme con lo dispuesto en el artículo 9 del Decreto 2591 de 1991 es facultativo para solicitar la protección de los derechos por vía de tutela pero que no exime a la persona de la obligación de agotarlo para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo¹⁰ Por ello tampoco acudió a la vía ordinaria, ni justificó la imposibilidad de su acceso a ella.

-El 16 de marzo de 2010 la señora Castellanos Bohórquez elevó una petición a la entidad accionada por medio de la cual solicitó la aplicación en su integridad del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, el cual establece que la pensión mensual vitalicia de jubilación es el equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

-La señora Castellanos Bohórquez justificó en la demanda de tutela la procedencia del amparo constitucional, en los siguientes términos:

“Señor juez, gravosa se torna mi situación si ante la negativa del ISS y en las condiciones de edad y salud en que me encuentro, teniendo en cuenta que me fue diagnosticado la enfermedad de MALFORMACION DE ARNOLD CHIARI 1, tuviera que instaurar la respectiva demanda ordinaria para efectos de que el juez competente procediera (en el tiempo) a determinar que efectivamente es procedente la reliquidación de mi pensión y que por lo tanto el ISS debe proceder a modificar el monto de la mesada pensional reconocida aplicando el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio conforme lo establece el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, pues mientras este pronunciamiento se hace efectivo, teniendo en cuenta la edad de 60 años con que cuento y mi enfermedad posiblemente no alcance a disfrutar de los beneficios de la misma, y con lo cual, además desde ahora, con la negativa, se verían menguados mis derechos fundamentales al debido proceso, a la prevalencia del derecho sustancial, y a su vez se vería

afectada mi calidad de vida y las condiciones mínimas de vida digna a que tenemos derecho especialmente las personas de la tercera edad”.

Conforme con lo expuesto, la Sala considera que en este caso la demandante no acreditó las condiciones materiales que justifican la protección por vía de tutela, esto es, su condición de persona de la tercera edad, pues cuenta en la actualidad con 61 años. Respecto de la supuesta afectación al mínimo vital de la accionante en este caso no se puede predicar por cuanto tal y como ella lo manifestó en la sustentación del recurso de apelación interpuesto contra la decisión de primera instancia, para el año 2010 se encontraba devengando la suma de \$1.846.821 al desempeñar funciones que equivalen al grado salarial 28 dentro de la escala de remuneración de los empleados que son desempeñados por empleados públicos, suma que en principio, permite inferir que resulta suficiente para soportar las cargas encaminadas a mantener la subsistencia en condiciones dignas, mientras que la jurisdicción de lo contencioso administrativo decide si el régimen legal aplicable para efectos de liquidar la pensión vitalicia de jubilación es el establecido en el artículo 1 de la ley 33 de 1985 o el señalado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

De otra parte, porque a pesar de que la señora Castellanos Bohórquez arrima al plenario, copia del resultado del examen de resonancia nuclear magnética de cerebro que le fue practicado y en el que se concluye que padece de la Malformación de Arnold Chiari I¹¹, esta situación no evidencia per se la existencia de un perjuicio irremediable que obligue al juez a adoptar medidas inmediatas por cuanto del mismo no se deriva la gravedad de la enfermedad que padece y su incidencia real en sus condiciones de salud. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en indicar que “quien alude un hecho tiene el deber de aportar los medios para convencer a la autoridad judicial de que en efecto ha sucedido o de aportar los elementos necesarios que sugieran razonablemente al juez la utilización idónea de sus poderes oficiosos en la prueba”¹², lo cual en este caso no acontece.

Frente al particular la Corte recientemente señaló en un caso similar al expuesto que “el principio de informalidad que orienta el ejercicio de la acción de tutela no puede convertirse en un elemento procesal que permita acceder de manera superficial a las solicitudes de amparo, a partir de documentos incipientes como el aportado por el demandante. Es necesario entonces por regla general, que quien solicita la protección constitucional

demuestre su dicho (onus probandi incumbit actori) de tal forma que el juez pueda llegar al convencimiento y en esa medida disponga el restablecimiento de los derechos fundamentales que se encuentran comprometidos.”¹³

De acuerdo con lo anterior, la Sala de Revisión confirmará la sentencia proferida el 22 de julio de 2010 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga mediante la cual confirmó la dictada en junio 8 de 2010 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bucaramanga, negando la tutela promovida por la señora Gladys Castellanos Bohórquez contra el Instituto de Seguros Sociales.

IV. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR la sentencia proferida en julio 22 de 2010 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, mediante la cual confirmó la dictada en junio 8 de 2010 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bucaramanga, negando la tutela promovida por la señora Gladys Castellanos Bohórquez contra el Instituto de Seguros Sociales.

Segundo.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, y cúmplase.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

Con salvamento de voto

NILSON ELIAS PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Referencia: expediente 2.812.003

Acción de tutela instaurada por Gladys Castellanos Bohórquez en contra del Instituto de Seguros Sociales (ISS).

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA

MARTELO.

Con el respeto acostumbrado por las decisiones que toma esta Corporación, me permito disentir del fallo adoptado por la Sala Cuarta de Revisión dentro del expediente de la referencia. Las breves razones que apoyan mi postura son las siguientes:

De un lado, esta Corporación ha señalado que a las personas que son beneficiarias del régimen de transición se les debe garantizar en su integridad la normativa que regula su derecho pensional, sin que le sea permitido al Instituto de Seguros Sociales aplicar indiscriminadamente fragmentos de las leyes que regían las pensiones con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tales como la Ley 6ª de 1945, Decreto 546 de 1971, ley 33 de 1985, Ley 71 de 19988, Decreto 758 de 1990, entre otras; para luego complementarlas con incisos de la ley de seguridad social, creando así una nueva norma.

Considero que la práctica recurrente del ISS de exigir una determinada edad y un número de semanas cotizadas, señaladas en un régimen especial, pero aplicando el ingreso base de

liquidación contenido en la Ley 100 de 1993, correspondiente al promedio de los salarios devengados en los últimos diez (10) años, configura una vía de hecho administrativa, toda vez que a la entidad de previsión social, no le es permitido buscar dentro de la amplia legislación en materia pensional la que perjudique al pensionado; menos aún le es dado el tratar de armar un andamiaje jurídico a partir de fragmentos de diversas normas, para desconocer los derechos pensionales a los beneficiarios de regímenes especiales o exceptuados; toda vez que precisamente, lo que hace especial a un determinado régimen pensional son los requisitos menos gravosos (menor edad) o el ingreso base de liquidación más generoso, verbigracia el 75% de la asignación más alta devengada en el último año de servicios.

En esta medida, la presente sentencia debió haber concedido el reajuste pensional a la accionante, toda vez que existe una diferencia marcada entre la pensión asignada teniendo como ingreso base de liquidación el promedio de los salarios devengados en los últimos diez años (Ley 100 de 1993, artículo 36), y la que le realmente le correspondería si se aplicara en su integridad el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, “Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público”, el cual dispone que los requisitos generales para la consecución de la pensión de jubilación, por parte de un empleado oficial, son: (i) haber servido durante veinte (20) años continuos o discontinuos y (ii) tener la edad de cincuenta y cinco años (55), tanto hombres como mujeres. Satisfechas tales exigencias, se dará lugar al pago, por parte de la respectiva Caja de Previsión, de una pensión equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio base de los aportes durante el último año de servicio.

Por lo anterior, en aras de garantizar el principio de favorabilidad en materia pensional (artículo 53 Superior), considero que la ponencia debió garantizar los derechos fundamentales solicitados por la accionante, con el fin de que su mínimo vital no se viera afectado.

En los anteriores términos dejo sustentado mi salvamento de voto, apartándome respetuosamente de la decisión plasmada en el referido fallo.

Fecha ut supra,

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

1 De acuerdo con el numeral segundo de dicha resolución: “El ingreso a nómina queda condicionado al retiro del servicio público.”

2 Ver Sentencia T-1260 del 16 de diciembre de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

3 Consultar, entre otras, las Sentencias T-371 de 1996, T-476 de 2001, T-1083 de 2001 y T-634 de 2002.

4 Sentencia T-083 de 2004

5 Sentencia T-762-08, T-376-07, T-607-07, T-652-07, T-529-07, T-935-06 y T-229-06, entre otras.

6 En sentencia SU-995 de 1999 la Corte señaló que “(...) en esta clase de procesos preferentes y sumarios, el régimen probatorio está orientado por las facultades excepcionales que confiere el Decreto 2591 de 1991 al juez de amparo, especialmente en los artículos 18, 20, 21 y 22. Además, en la aplicación de las reglas de la sana crítica, debe partir el fallador del principio de la buena fe, constitucionalizado en el artículo 83 de la Carta de 1991.” En el mismo sentido, ver las sentencias T-174-08, T-286-08, T-284-07, T-307-07 y T-1088 de 2000, entre otras.

7 En la Sentencia SU-975 de 2003, la Corte hizo expresa referencia a estos criterios de ponderación en materia de reconocimiento de derechos pensionales por vía de tutela, consolidando el precedente fijado por la propia jurisprudencia en un sinnúmero de fallos dictados por las distintas Salas de Revisión.

8 Ver Sentencia T-052 del 24 de enero de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

9 De acuerdo con el numeral segundo de dicha resolución: “El ingreso a nómina queda condicionado al retiro del servicio público.”

10 Contra la decisión proferida por la entidad accionada procedía el recurso de reposición y apelación.

11 En el resultado del examen de RESONANCIA NUCLEAR MAGNÉTICA DE CEREBRO, efectuado por el Centro de Alta Tecnología Médica a la señora Gladys Castellanos Bohórquez, se lee en el acápite de hallazgos:

“Las estructuras óseas visualizadas no muestran alteraciones evidentes. El espacio subaracnoideo está preservado. Las circunvoluciones cerebrales son normales. La diferenciación entre la sustancia blanca y sustancia gris es satisfactoria. Los núcleos de la base, la glándula hipófisis, el quiasma óptico, el cuerpo calloso, los ventrículos laterales, el tercer ventrículo, el acueducto de Silvio, los péndulos cerebrales, la glándula pineal, el tentorio, el bulbo, la protuberancia, el cuarto ventrículo, las estructuras vasculares y los pares craneales visualizados no presentan alteraciones de la morfología o de la señal. Hay descenso amigdalor cerebelar.”

12 Véase, la Sentencia T-400 de junio 4 de 2009 M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

13 Véase, Sentencia T- 130 de febrero 23 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.