

Sentencia T-1046/07

ACCION DE TUTELA-Improcedencia general para reconocimiento de pensiones/DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES-Fundamental por conexidad

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para reconocimiento de derechos pensionales

REVOCATORIA DE ACTO ADMINISTRATIVO PARTICULAR Y CONCRETO-Procede excepcionalmente con el consentimiento expreso y escrito del titular

PRINCIPIO DE EQUIDAD-Alcance

La Corte reparó en el alcance de la equidad como fuente de derecho, señalando que ésta constituye la proyección del concepto de justicia del juzgador al caso concreto. En este sentido, la aplicación de la equidad requiere, o bien la ausencia de una norma de rango legal aplicable al caso, o bien la existencia de diversas posibilidades legítimas al momento de tomar la decisión. Sin embargo, en la sentencia T-518 de 1998, la Corte comenzó a precisar cómo la equidad es un criterio que puede ser utilizado, sin que por ello el juzgador imponga su visión propia de justicia, lo que llevaría a la misma indeterminación de la crítica inicial. La Corte indicó que la equidad es un desarrollo del principio de colaboración armónica entre las ramas del poder público.

EQUIDAD-Constitucionalidad del concepto

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL Y MINIMO VITAL-Pago de la indemnización sustitutiva o su equivalente a la actora por el Seguro Social

Referencia: expediente T-1698788

Acción de tutela de Eduardo de Jesús Piedrahita Mejía en contra del Instituto del Seguro Social.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Bogotá, D.C., cinco (5) de diciembre de dos mil siete (2007)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

dentro del trámite de revisión del fallo dictado en el asunto de la referencia por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Cisneros, Antioquia, el veintiuno (21) de junio de dos mil siete (2007).

### I. ANTECEDENTES

De los hechos y la demanda.

1. El ciudadano Eduardo de Jesús Piedrahita Mejía interpuso acción de tutela en contra del Instituto de Seguros Sociales EICE, Seccional Medellín (en adelante el Seguro Social), el Municipio de Cisneros, Antioquia (en adelante el Municipio) y la Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir (en adelante Porvenir AFP), por considerar que dichas entidades o autoridades le están vulnerando sus derechos fundamentales a la seguridad social en pensiones, en conexidad con la vida digna y el mínimo vital. El peticionario basa su solicitud en los siguientes fundamentos fácticos:

1. El señor Eduardo de Jesús Piedrahita Mejía, de 71 años de edad, laboró al servicio del Municipio de Cisneros, Antioquia, “desde el año 1992 hasta el día 15 de agosto de 2002”, fecha en que fue despedido del cargo.

1. El Municipio realizó siempre las retenciones de salario destinadas al pago de aportes para seguridad social en salud y pensiones, de acuerdo con la Ley 100 de 1993. Sin embargo, sólo realizó aportes al Sistema desde el doce (12) de julio de mil novecientos noventa y siete (1997).

1. El peticionario, tras haber alcanzado la edad requerida para exigir el derecho a la pensión, y en atención a la imposibilidad de seguir cotizando, decidió reclamar la indemnización sustitutiva de vejez ante el fondo del Seguro Social y Porvenir AFP.

1. El Seguro Social, mediante resolución 003092, del siete (07) de febrero de dos mil siete (2007), niega el reconocimiento del derecho y deja sin efecto la resolución 016941 de veintisiete de julio de dos mil seis (2006), por la cual había efectuado el reconocimiento de la prestación<sup>1</sup>.

1. Porvenir AFP, en respuesta del día diecisiete (17) de mayo de dos mil siete (2007), a “documentación” enviada por el peticionario el día nueve (09) de mayo de dos mil siete (2007), señala que el saldo del peticionario es de “cero pesos”.

1.6 El peticionario instauró acción de tutela, solicitando el pago de los aportes que el Municipio ha dejado de cancelar, y el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

2. La demanda fue admitida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Cisneros, Antioquia, el cinco (5) de junio de dos mil siete (2007).

Intervención de las entidades demandadas:

a. Intervención de Porvenir AFP

3. Porvenir AFP solicita denegar o declarar improcedente la acción, con base en los siguientes argumentos:

3.1 Señala que la petición se encuentra erróneamente dirigida a obtener la “indemnización sustitutiva”, en cuanto esta prestación no está contemplada en el régimen de ahorro individual con solidaridad. En consecuencia, considera que “si acaso” lo pretendido por el peticionario sería la devolución de saldos. Sin embargo, aclaró Porvenir AFP, esta devolución no es procedente, pues el saldo del actor es de cero pesos.

3.2 En el sistema de información utilizado por Porvenir AFP, no se encuentra registrada ninguna solicitud formal elevada por el accionante.

b. Intervención del Instituto de Seguros Sociales, seccional Antioquia.

4. La entidad demandada solicita declarar la improcedencia de la acción, por las siguientes razones:

4.1 La solicitud del peticionario fue resuelta de forma negativa, mediante el acto administrativo 003092 de 7 de febrero de 2007, frente al cual el peticionario no interpuso recursos en la vía gubernativa, ni ejerció las acciones contempladas por la jurisdicción contencioso administrativa;

4.2 La negativa se basó en una decisión conjunta del Seguro Social y Porvenir AFP, en la que determinaron que el pago de la prestación solicitada por el actor, es competencia de Porvenir AFP. Esta es una decisión que sólo puede ser modificada por parte del juez laboral, dentro del trámite de un proceso ordinario.

c. Intervención del Municipio de Cisneros.

5. Esta autoridad se pronunció en el presente proceso, solicitando que el juez de tutela declare la improcedencia de la acción. Además, presentó argumentos para desvirtuar los fundamentos fácticos de la petición, así:

5.1 Sobre la vinculación del accionante al Municipio indica que ésta solo se produjo entre el nueve (9) de agosto y el veintinueve (29) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993) y, en mil novecientos noventa y cuatro (1994), del dos (2) de mayo al (2) de noviembre y que “los aportes ... efectuado (sic) a partir de 1997, son consecuencia única y exclusiva de un fallo laboral, que ordenó el reintegro como trabajador del Municipio de Cisneros”.

5.2 Señala que, en el caso del accionante, se ha producido un “caos administrativo”, por encontrarse afiliado a dos sistemas de pensiones, que se excluyen entre sí. Considera que la solicitud de pensión de vejez elevada por el accionante fue resuelta oportunamente y que,

por lo tanto, no se presenta una vulneración a sus derechos fundamentales.

Del fallo de primera instancia

El Juez Promiscuo del Circuito de Cisneros, Antioquia, declaró la improcedencia de la acción, en razón a que el actor no agotó la vía gubernativa en relación con la decisión negativa del Seguro Social, contenida en el acto administrativo 003082 de 7 de febrero de 2007. Indica, además, que en el presente caso no se percibe un perjuicio irremediable, un “indebido” proceso o una afectación al mínimo vital del actor. Por último, el juez de primera instancia solicita al Municipio de Cisneros que aclare la situación de doble afiliación del peticionario.

El fallo no fue impugnado.

## II. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

Competencia.

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo determinado en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y, en cumplimiento del auto de siete (7) de septiembre de dos mil siete (2007), expedido por la Sala de Selección Número nueve de esta Corporación, que seleccionó este asunto para revisión.

a. Problema jurídico planteado.

La Sala Tercera de Revisión, deberá determinar si las autoridades demandadas han vulnerado el derecho a la seguridad social en pensiones, en conexidad con el mínimo vital y la vida digna del peticionario, al haber negado el reconocimiento a la indemnización sustitutiva del actor, a pesar de existir un reconocimiento previo de la prestación, por presentar un problema de múltiple afiliación al sistema de seguridad social en pensiones.

Para resolver este problema, la Sala (i) reiterará su jurisprudencia en relación con la procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar derechos pensionales; (ii) efectuará una breve referencia al alcance normativo y jurisprudencial de la indemnización sustitutiva y la devolución de saldos; (iii) recordará su jurisprudencia en cuanto a la irrevocabilidad de los actos administrativos de carácter particular y concreto (iv) se referirá al

alcance del principio de equidad en relación con los derechos pensionales; y, (v) analizará el caso concreto.

b. Solución al problema jurídico.

1. Procedencia excepcional de la acción de tutela para la exigencia del derecho a la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos. Reiteración de Jurisprudencia.

1. El carácter subsidiario de la acción ha sido resaltado por la Corte en numerosas oportunidades<sup>4</sup>, indicando que la acción de tutela no puede reemplazar ni desplazar los medios ordinarios de protección judicial, pues todos ellos, están orientados a la protección de los derechos de los ciudadanos<sup>5</sup>. La subsidiariedad de la acción está enfocada entonces a una definición racional de las competencias de los diferentes órganos de la rama judicial, y su respeto es esencial para un funcionamiento adecuado del servicio de administración de justicia y para la efectividad de los derechos fundamentales<sup>6</sup>.

Sin embargo, frente a la existencia de mecanismos judiciales de protección, el juez de tutela debe verificar, tomando en cuenta las condiciones concretas de cada caso, si éstos resultan eficaces e idóneos para la protección del derecho vulnerado<sup>7</sup>. Por último, la tutela procede como mecanismo de protección transitorio -lo que supone la existencia de medios de defensa ordinarios- siempre que sea necesaria la intervención del juez de tutela para evitar la ocurrencia de un perjuicio iusfundamental irremediable<sup>8</sup>.

1. De las características que definen la acción se desprende, además, que ésta no es procedente, por regla general, para buscar la efectividad de derechos prestacionales<sup>9</sup>, en la medida en que su carácter sumario no la hace apta para discutir derechos de carácter litigioso, que requieren un profundo análisis normativo, y una extensa controversia sobre los extremos fácticos que permita concluir la viabilidad de los reclamos.

1.4 Sin embargo, la Corte ha aceptado que, excepcionalmente, es posible reclamar estos

derechos por vía de tutela cuando de su protección dependa la eficacia de derechos fundamentales de aplicación inmediata como la vida, la dignidad humana o el mínimo vital (criterio de conexidad<sup>10</sup>). Además, en aplicación directa de mandatos constitucionales que señalan la obligación del estado de proteger a determinados grupos poblacionales<sup>11</sup>, así como a las personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta<sup>12</sup>, la tutela resulta procedente para garantizar los derechos de estas personas, siempre que se cumplan los requisitos generales de procedibilidad de la acción.

El juez de tutela, como pieza fundamental del engranaje del Estado constitucional y social de derecho, no es ajeno a la protección especial debida a estos ciudadanos. Así, la Corte ha establecido que es posible establecer criterios de procedibilidad más amplios o flexibles en el caso de sujetos en condiciones de debilidad manifiesta<sup>13</sup>, lo que no implica, sin embargo, la procedencia inmediata de la acción. Sólo el juez puede determinar, habida cuenta de las circunstancias del caso objeto de estudio, si las condiciones personales del peticionario conllevan una aplicación menos estricta de las reglas de procedibilidad.

En concordancia con los criterios señalados, de conexidad o afectación a los derechos de personas especialmente protegidas por la Constitución, la Corte ha amparado, de manera excepcional, el derecho pensional de personas de la tercera edad, o discapacitados, cuando las circunstancias del caso determinan la necesidad de evitar un perjuicio irremediable o se comprueba la ineficacia de los medios judiciales ordinarios, para lograr la protección efectiva del derecho. Esta protección se ha producido principalmente, en relación con el derecho de petición, en la resolución de los reclamos pensionales, la afectación al debido proceso, la suspensión en el pago de mesadas, y la protección al mínimo vital<sup>14</sup>.

1.5 La Corte ha señalado como requisitos mínimos para acceder a la protección del derecho pensional por parte de la jurisdicción constitucional, que: (i) se trate de una persona de la tercera edad, para ser considerado sujeto especial de protección; (ii) que la falta de pago de la prestación genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital (iii) que se haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial por el interesado tendiente a obtener la protección de sus derechos, y (iv) que aparezcan acreditadas siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados.<sup>15</sup>

## 2. Naturaleza jurídica de la indemnización sustitutiva y la devolución de saldos.

### 2.1 Conceptos y diferencias:

2.1.1 La indemnización sustitutiva de la pensión de vejez<sup>16</sup> (indemnización sustitutiva), es un derecho consistente en el pago de una suma determinada de dinero, equivalente a los aportes realizados por una persona al sistema de seguridad social en salud, actualizados a valor presente de acuerdo con la fórmula legalmente establecida, cuando el afiliado se ve imposibilitado para acceder a la pensión de vejez, por no cumplir con el requisito de tiempo exigido por la Ley.

2.1.2 Por otra parte, en el régimen de ahorro individual con solidaridad, precisamente en concordancia con el concepto de ahorro individual que inspira el sistema, la Ley 100 de 1993 consagró el derecho a la devolución de saldos<sup>17</sup>, que consiste en el reembolso del dinero acumulado en la cuenta individual, actualizado y con los rendimientos financieros respectivos, al afiliado cuyos ahorros no son suficientes para acceder a la pensión de vejez (en sus diversas modalidades), o a la pensión mínima prevista por el sistema.

2.1.3 Se concluye, entonces, que las prestaciones tienen fines idénticos, si bien se basan en presupuestos diferenciales, precisamente por la concepción de cada uno de los sistemas pensionales.<sup>18</sup> Estas diferencias se concretan en la competencia para el pago de la prestación, y en el manejo financiero de la misma, de forma que, bajo las mismas condiciones de tiempo y aportes, el monto podría variar entre los dos sistemas<sup>19</sup>.

### 2.2. Naturaleza jurídica.

2.2.1 Sobre la naturaleza jurídica de la indemnización sustitutiva, en consideraciones que comprenden también a la devolución de saldos<sup>20</sup>, la Corte ha indicado que ésta surge como una compensación para quienes no logran acreditar los requisitos para acceder a la pensión de vejez<sup>21</sup>. En tal sentido, es un derecho de carácter pensional, pues comparte la característica básica de ser un derecho que se constituye a través de un ahorro forzoso, destinado a cubrir el riesgo de vejez. Al respecto, ha señalado la Corte:

“La indemnización sustitutiva hace parte del Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, convirtiéndose en una especie de ahorro que pertenece al trabajador por los

aportes efectuados durante un periodo de su vida laboral, razón por la cual se traduce en una garantía con que cuentan los afiliados a este sistema que no han podido cumplir con uno de los requisitos para adquirir su derecho a la pensión”<sup>22</sup>.

En consecuencia, la indemnización sustitutiva se guía por los principios que rigen la seguridad social en pensiones. Es decir, es de carácter irrenunciable e imprescriptible, y son aplicables -en la medida en que sea posible- los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad del sistema<sup>23</sup>.

2.2.2 Sin embargo, existen también diferencias relevantes entre el derecho a la pensión y la indemnización sustitutiva, situación que ha llevado a la jurisprudencia constitucional a señalar que se trata de un derecho suplementario de la pensión de vejez<sup>24</sup>.

Esta denominación, por supuesto, no se orienta a restarle importancia a la indemnización sustitutiva, sino que hace referencia a que se trata de un derecho que solo debe hacerse efectivo en caso de que sea imposible acceder a la pensión, pues es evidente que, al tratarse de un pago único, no posee uno de los elementos definitorios del derecho a la pensión de vejez, como es su carácter periódico. Por la misma razón, debe concluirse que la protección al riesgo de vejez, en el caso de la indemnización sustitutiva, es de carácter precario.

2.2.3 Lo que se desprende del panorama expuesto, es que en la indemnización sustitutiva y la devolución de saldos, se encierran criterios estrechamente ligados a la equidad. Así, el sentido de la prestación, asociado a un mínimo de justicia material, es que una persona que, en su etapa laboral, constituyó un ahorro para afrontar sus necesidades durante el período en que cesan sus capacidades productivas, tiene derecho a beneficiarse directamente de ese ahorro pues, sin duda, le pertenece. Al respecto, la Corte indicó:

“En este orden de ideas, se puede concluir que la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez es una acreencia laboral a la cual tienen derecho aquellas personas afiliadas al régimen de prima media con prestación definida que contando con la edad para acceder a la citada pensión no logran acreditar los demás requisitos. Por ende, es un ahorro que tienen los beneficiarios de la misma y una garantía de poder recuperar los aportes efectuados durante el periodo laboral, ante la imposibilidad de obtener la pensión, que debe ser reconocida por la administradora del régimen de prima media con prestación definida a la que haya cotizado el trabajador”<sup>25</sup>.

3. Improcedencia de la revocatoria directa de actos de carácter particular y concreto. Reiteración de jurisprudencia.

3.1 En el ordenamiento jurídico colombiano se ha establecido la figura de la revocatoria directa de los actos administrativos, como un modo de control excepcional de legalidad de las actuaciones administrativas, ejercido por ellas mismas, de forma que la Administración pueda retirar del ordenamiento jurídico cualquier decisión producida en contraposición con la Constitución o a la Ley; que se oponga al interés general; o que produzca la afectación a un derecho fundamental de una persona.

Sin embargo, en la medida en que ciertos actos administrativos crean situaciones jurídicas subjetivas -actos de carácter particular y concreto-, la ley previó que éstos sólo pueden ser revocados bajo condiciones muy limitadas.

Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha precisado que la revocatoria directa de los actos administrativos de carácter particular y concreto pone en riesgo principios y derechos constitucionales como la buena fe, el respeto por los derechos adquiridos y la seguridad jurídica, a la vez que ocasiona una pérdida de la confianza del ciudadano hacia la administración<sup>26</sup>. Por ello, la Corte ha considerado que el respeto por el acto propio constituye un derecho de los ciudadanos, de forma que la revocatoria directa de actos de carácter particular y concreto solo procede con el consentimiento expreso y escrito del titular del derecho<sup>27</sup>. Como lo expresó la Corporación en la sentencia T-830 de 2005<sup>28</sup>:

“En punto de la teoría de los actos propios, el imperativo de buena fe se traduce en la obligación de mantener en el futuro la conducta inicialmente desplegada, supuesto del cual dependen -entre otras cosas- la credibilidad en las actuaciones del Estado, el efecto vinculante de sus decisiones para los particulares y la seriedad del procedimiento administrativo. La revocatoria el acto propio por parte de la Administración, que suspenda o modifique desfavorablemente situaciones jurídicas subjetivas configuradas, desplegada de manera irregular y contradictoria de la voluntad inicialmente manifestada, contraviene los principios de lealtad y buena fe”<sup>29</sup>.

3.2 En atención a que el respeto por el acto propio tiene un elevado valor constitucional, la ley le impone a la administración el deber de realizar un trámite destinado a obtener el consentimiento del particular cuando pretenda revocar un acto administrativo de carácter

particular y concreto; en caso de que el titular del derecho no consienta en la revocatoria del acto, la Administración deberá proceder a demandar la nulidad de su propio acto ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En síntesis, la carga procesal, cuando se trata de la revocatoria directa de este tipo de actos, recae de forma exclusiva sobre la administración.<sup>30</sup> Una actuación que no se ajuste a los parámetros indicados, resulta violatoria del debido proceso y desconoce el respeto a los derechos adquiridos, constitucionalmente previsto en el artículo 58 Superior.

3.3 Debe añadirse que en la sentencia T-352 de 1996, la Corte determinó que la revocatoria directa tampoco es procedente, por la falta de notificación del acto administrativo objeto revocación. Al respecto, es claro para la Corporación que la notificación es una garantía inherente al debido proceso, como presupuesto necesario para el ejercicio del derecho a la defensa. No tiene sentido entonces alegar la ineficacia del acto, o la ausencia de efectos frente a terceros, primero, porque ni la administración ni el interesado son terceros, y segundo, porque no se puede subsanar una violación al debido proceso, con una segunda violación.

En la sentencia citada, la Corte indicó que cuando un acto administrativo reconoce un derecho de un ciudadano, éste entra en su patrimonio, así el mismo ciudadano lo ignore<sup>31</sup>:

“Si la administración, fundada en su propia negligencia -que ha dado lugar a la omisión de la notificación por edicto-, revoca unilateralmente el acto que favorecía al particular, como en este caso, no solamente vulnera de manera franca las reglas del debido proceso, sino que atenta contra la buena fe del gobernado. La revocación del acto administrativo en tales casos, no procede, aunque no se haya notificado, pues ya existe un derecho a favor del particular, aunque éste lo ignore”.

3.4 Por último, no sobra recordar que la Administración sólo se encuentra obligada a respetar los derechos legítimamente constituidos. Por ello, la revocatoria procede, aún sin el consentimiento del particular, en aquellos casos en que el acto fue producido por medios ilegales (artículo 73 Código Contencioso Administrativo), o cuando su expedición se basó en documentos falsos aportados por el interesado (artículo 19, Ley 797 de 2003)<sup>32</sup>.

4. El principio de equidad en la definición de derechos pensionales. Reiteración de jurisprudencia<sup>33</sup>.

4.1 La equidad ha tenido un papel reservado dentro de la actividad judicial en Colombia. Aún después de su consagración constitucional como criterio auxiliar de la actividad judicial<sup>34</sup>, se ha asumido que se trata solo de una fuente supletoria de derecho, y no la más importante de éstas; así mismo, la indeterminación del concepto lleva a considerar que, en principio, la resolución de conflictos apelando a la equidad comporta un grado inaceptable de arbitrariedad.

4.2 Sobre el concepto de equidad, al estudiar si el artículo 230 de la Constitución habría derogado algunas disposiciones de la Ley 153 de 1887 -la norma que tradicionalmente atesoró las reglas de interpretación y solución de conflictos normativos en el ordenamiento jurídico colombiano- la Corte reparó en el alcance de la equidad como fuente de derecho, señalando que ésta constituye la proyección del concepto de justicia del juzgador al caso concreto. En este sentido, la aplicación de la equidad requiere, o bien la ausencia de una norma de rango legal aplicable al caso, o bien la existencia de diversas posibilidades legítimas al momento de tomar la decisión.

4.3 Sin embargo, en la sentencia T-518 de 1998<sup>35</sup>, la Corte comenzó a precisar cómo la equidad es un criterio que puede ser utilizado, sin que por ello el juzgador imponga su visión propia de justicia, lo que llevaría a la misma indeterminación de la crítica inicial. La Corte indicó que la equidad es un desarrollo del principio de colaboración armónica entre las ramas del poder público.

Así, partiendo de la evidencia de que el legislador no puede prever todos los conflictos que se presenten en la realidad, ni la forma en que se presentan, ni casos extremos en los cuales disposiciones legales ajustadas a la Carta en circunstancias normales, pueden producir resultados ajenos al respeto por los derechos fundamentales, el principio de equidad hace necesario que el juez proyecte las previsiones legislativas, de acuerdo con los matices del caso concreto:

“De acuerdo con el principio de equidad, cuando el juez está en la tarea de aplicar la norma legal al caso concreto debe tener en cuenta las circunstancias propias del mismo, de manera que la voluntad del legislador se adecue a los distintos matices que se presentan en la vida real”<sup>36</sup>.

Manteniendo esta concepción de la equidad, como un elemento necesario para que la

adjudicación pueda aplicar las disposiciones generales de la ley a las imprevisibles condiciones que la realidad impone, esta Corporación, al estudiar la posibilidad de que el juez civil aplique criterios de equidad en sus decisiones<sup>37</sup>, indicó que:

“(…) la equidad –al hacer parte de ese momento de aplicación de la ley al caso concreto– permite una graduación atemperada en la distribución de cargas y beneficios a las partes. En este sentido, el operador, al decidir, tiene en cuenta no las prescripciones legales, sino los efectos concretos de su decisión entre las partes”<sup>38</sup>.

El lugar de la equidad en el ordenamiento, se encuentra en los espacios dejados por el legislador<sup>40</sup>, es decir, en los aspectos que escapan a la regulación legislativa, bajo dos hipótesis principales: (i) la ausencia de norma expresa para resolver un caso concreto, y (ii) la imposibilidad de las normas de dar cuenta de situaciones de hecho excepcionales que, en principio, sí se encuentran contempladas por las disposiciones legales. En tal caso, “La omisión legislativa consiste en no haber contemplado un caso especial en el cual aplicar la regla general produce un efecto injusto”. La equidad, entonces, se hace presente no sólo en ausencia de la ley, sino cuando su aplicación estricta produce un resultado abiertamente injusto<sup>41</sup>.

En la misma sentencia (SU-837 de 2002), la Sala Plena consideró que los rasgos esenciales de la equidad son: (i) “la importancia de las particularidades fácticas del caso a resolver”; (ii) la búsqueda de un “equilibrio adecuado en la asignación de las cargas y beneficios”; y (iii) “la apreciación de los efectos de una decisión en las circunstancias de las partes en el contexto del caso”<sup>42</sup>

Dentro del marco expuesto, la Corte concluyó que la equidad en el ámbito judicial colombiano, se materializa en las instituciones del arbitramento, los jueces de paz, y la acción de tutela que persigue la protección de los derechos fundamentales, bajo un enfoque de equidad constitucional, en los siguientes términos: “La tutela, es, en esencia, una jurisdicción de equidad constitucional en defensa de la dignidad humana y de los derechos fundamentales.”<sup>43</sup>

4.5 En materia pensional, la necesidad de que el juez realice ejercicios de ponderación basados en criterios de equidad, ha sido establecida expresamente por la jurisprudencia constitucional<sup>44</sup>, poniendo énfasis en que el resultado de este análisis ayuda a determinar la

razonabilidad de las cargas impuestas a los sujetos procesales. En este orden de ideas, al considerar el caso de un ciudadano de la tercera edad, y en estado de invalidez, que no cumplía un requisito de tiempo mínimo de cotizaciones para acceder a la pensión de invalidez, ni a la posibilidad de redimir anticipadamente el bono pensional, la Corte consideró que, habida cuenta de las circunstancias del caso, el requisito se constituía en una carga irrazonable, y por tanto concluyó que:

“(...) los Jueces de instancia no podían negar el amparo deprecado, por cuanto jurisprudencialmente la Corte ha sostenido que los mismos no pueden someter a trámites procesales dispendiosos a las personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta, ya que nada distinto a lo que ya se conoce habrá de establecerse, por lo mismo sus decisiones están en abierto desconocimiento de la especial protección que la Constitución Política dispone en su favor, así como de la garantía constitucional a vivir dignamente”.<sup>45</sup>

4.6 Así pues, la equidad es un criterio que guía la labor judicial que no sólo resulta necesario cuando existe un vacío normativo para la solución de una controversia determinada. La equidad, especialmente en el ámbito de la justicia constitucional constituye un valioso criterio para distribuir las cargas procesales, y una forma de aplicación de la ley, en la cual ésta se acerca a las circunstancias concretas de la realidad, trascendiendo, en el momento de la adjudicación, el plano de abstracción y generalidad que la definen.

5. Del caso concreto:

1. Procedencia de la acción:

a. Criterio de conexidad: en el caso objeto de estudio, resulta evidente que se presenta una situación en la cual el derecho fundamental al mínimo vital de un ciudadano, sujeto de especial protección constitucional se encuentra amenazado, como consecuencia de la imposibilidad para hacer efectivo el derecho prestacional de la indemnización sustitutiva. En consecuencia, se configura el criterio de conexidad, que permite el estudio de la acción, a pesar de tratarse de una reclamación de carácter prestacional.

b. Subsidiariedad: es claro para la Sala que existen otros medios judiciales para la protección

del derecho reclamado por el accionante. Sin embargo, dada su condición de especial vulnerabilidad, derivada de su edad (71 años) y del hecho de haber aceptado la imposibilidad de seguir cotizando al sistema (requisito para la obtención de la indemnización sustitutiva), la eficacia de los medios ordinarios se ve reducida para lograr el amparo efectivo de este ciudadano.

Si se repara en el contenido de la prestación reclamada (la devolución de sus propios aportes al sistema), así como en el salario que devengaba el peticionario a la fecha de su desvinculación del Municipio en el dos mil dos (2002)<sup>46</sup>, apenas superior al salario mínimo establecido para ese año<sup>47</sup>, es claro que no sólo la espera, sino los costos mismos del proceso, resultan ser especialmente gravosos para el peticionario.

Por último, en relación con la falta de agotamiento de la vía gubernativa alegada por el Seguro Social, esta Sala debe señalar que, dada la manifiesta vulneración al debido proceso sufrida por el accionante al (i) no ser notificado del acto inicial de reconocimiento, y (ii) sufrir la revocatoria unilateral de esta actuación administrativa, sin que la administración haya cumplido con las condiciones legales para este tipo de actuación, resulta desproporcionado que el Seguro Social desplace las cargas hacia el afiliado, en el sentido de exigirle actuar diligentemente frente a la última decisión del Seguro Social, cuando la entidad desconoció su obligación de buscar el consentimiento del afectado, o demandar su propio acto ante la jurisdicción contencioso administrativa.

## 5.2. Alcance de la decisión:

5.2.1. A pesar de los elementos reseñados, que permiten concluir la procedencia excepcional de la acción en el presente caso, la Sala percibe que existen derechos litigiosos que no pueden ser resueltos a través de la acción de tutela: por una parte, la duración del vínculo laboral, así como la realización efectiva de las cotizaciones ha sido discutida en el proceso, sin que exista una prueba concreta de que el Municipio omitió cotizar por el riesgo de vejez durante algunos períodos. Por otra parte, existe también un problema de carácter legal, relacionado con la afiliación del peticionario a Porvenir AFP, y el pago de las cotizaciones al Seguro Social<sup>48</sup>.

5.2.2. La decisión de la Sala, entonces, deberá basarse exclusivamente en los aspectos probados que no requieren una ulterior discusión probatoria o normativa sobre los derechos

del accionante. En tal sentido, el fallo se orienta a establecer un mínimo de justicia material, que se ve vulnerada al permitir que una persona que aportó al sistema, quede por completo desprotegida a sus 71 años, en razón a los trámites administrativos que rodean el sistema de seguridad social en pensiones. Por lo tanto, expresamente se señala que el demandante puede acudir, si lo considera pertinente, a la jurisdicción ordinaria para solicitar una respuesta definitiva a sus reclamos. Los presupuestos que se encuentran acreditados en el presente proceso, y sobre los cuales se basa la decisión son los siguientes:

\* Se dio un vínculo laboral entre el peticionario y el Municipio, a pesar de que el Municipio discute su duración.

\* Existen aportes realizados por el Municipio al Seguro Social;

\* Reconocimiento previo del derecho por parte del Seguro Social;

\* Afiliación del peticionario a Porvenir AFP, con un saldo en la cuenta individual, de “cero pesos” (Fl. 11)

5.2.3 Con base en los antecedentes expuestos, la Sala estima que: (i) la decisión del seguro social de revocar el reconocimiento de la prestación realizado en el 2006 resulta violatoria del debido proceso; y (ii) la determinación del “comité de multifiliación” realizado entre el Seguro Social y Porvenir AFP sobre la competencia para el pago de la prestación, si bien tendría gran importancia en circunstancias normales<sup>49</sup>, resulta irrelevante en el presente proceso, como se explica:

Dada la imposibilidad absoluta del peticionario de seguir cotizando<sup>50</sup> para acceder al derecho a la pensión, y el hecho de que el Seguro Social es la entidad que recibió los aportes efectuados por el Municipio, el asunto puede ser resuelto, sin mayores traumatismos para el sistema, ni cargas desproporcionadas para un ciudadano objeto de especial protección constitucional, ordenando a la entidad que recibió los aportes, el pago de la prestación solicitada por el actor.

En efecto, la Sala considera que la justicia material exige, en el presente caso, que se dé prevalencia al derecho sustancial y que, en aplicación a los principios de solidaridad y

equidad, la entidad que recibió efectivamente los aportes del peticionario, proceda a realizar la compensación legalmente prevista para aquellas personas que no cumplen con los requisitos pensionales.

5.2.4 Por lo tanto, la Sala ordenará al Seguro Social el pago de las sumas que fueron reconocidas mediante el acto administrativo 016941 de 27 de julio de 2006, y luego revocadas en abierta violación al debido proceso.

Si, por razones administrativas, el acto administrativo mencionado no reposa actualmente en la entidad, el Instituto de Seguros Sociales deberá, con base en los aportes efectuados por el Municipio, en relación con el afiliado Eduardo de Jesús Piedrahita Mejía, proceder a liquidar nuevamente la prestación, en los términos establecidos por la Ley.

5.2.5 En relación con la controversia sobre la duración del vínculo laboral, y la realización efectiva de los aportes por parte del Municipio, la Sala solicitará a la Defensoría del Pueblo, Regional Antioquia que, dentro del ámbito de su competencia, solicite los informes que considere necesarios para verificar la situación expuesta por el peticionario, y tome las determinaciones tendientes a solucionar una eventual irregularidad, en caso de ser necesario<sup>51</sup>. La Sala aclara que esta petición obedece a la existencia de un solo indicio, cuya importancia deberá ser valorada por la autoridad, cuando tenga acceso a todos los elementos de juicio necesarios.

### III. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

#### RESUELVE:

Primero.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Cisneros, Antioquia, el día veintiuno (21) de junio de dos mil siete (2007) y, en su lugar, amparar los derechos fundamentales a la seguridad social, en conexidad con el mínimo vital y la vida digna del peticionario.

Segundo. - ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales, Seccional Antioquia, que en un plazo

de ocho (8) días corrientes, contados a partir de la notificación del presente fallo, proceda a efectuar el pago de la indemnización sustitutiva de vejez, del demandante, o su equivalente, de acuerdo con lo de ley, y el considerando 5.2.4 de la parte motiva del presente fallo.

Tercero.- SOLICITAR a la Defensoría del Pueblo, Regional Antioquia, que realice una verificación sobre una eventual irregularidad en los descuentos realizados al empleado para seguridad social por el Municipio, para que tome las determinaciones de su competencia.

Cuarto. - DÉSE cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado Ponente

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 El peticionario en su demanda indica que la prestación le fue inicialmente reconocida por la resolución 016941 de 2006 que, sin embargo, nunca le fue notificada. La existencia de esta resolución es refrendada por el Seguro Social, que posteriormente la revoca, considerando que carece de competencia para el reconocimiento, como consta en el folio 4, Resolución 003092 de 2007, del ISS.

2 Cfr. Sentencia T-050 de 2004 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), reiterada por la T-159 de 2005 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

3 Cfr. Artículo 86, Constitución Política.

4 Ver, principalmente, la sentencia SU-111 de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). Se pueden consultar también las sentencias T-389 de 2007 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-1079 de 2006 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-1276 de 2005 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-328 de 2004 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), T-620 de 2002 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), T-120 de 2002 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), entre muchas otras.

5 Sentencia SU-111 de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

6 T-038 de 1997 (M.P. Hernando Herrera Vergara), en la que se señaló que “los fallos emitidos en materia de acción de tutela no tienen virtualidad para declarar derechos litigiosos, menos aún cuando de estos se predica su carácter legal”.

7 Sobre los conceptos de idoneidad y eficacia de los medios judiciales, Ver las sentencias SU-961 de 1999 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), T-999 de 2000 (M.P. Fabio Morón Díaz), T-719 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-789 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) y T-847 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

8 El concepto de perjuicio irremediable ha sido desarrollado por la Corte en numerosas oportunidades a partir de la Sentencia T-225 de 1993 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa). En la sentencia T-1316 de 2001 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes) se realiza una síntesis de sus características: Inminencia, gravedad, necesidad de adoptar medidas urgentes, e impostergabilidad. Ver, además, las sentencias T-179 de 2003 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) y T-1103 de 2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), en las cuales la Corte negó el amparo por no configurarse los elementos del perjuicio irremediable.

9 Sentencia T-409 de 1995 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), T-083 de 2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-620 de 2002 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), SU-111 de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y T-1283 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

10 El criterio de derechos fundamentales por conexidad, expuesto por la Corte en la sentencia T-406 de 1992 (M.P. Ciro Angarita Barón), ha sido constantemente reiterado por la Corporación en materia de Salud. Ver, entre muchas otras, las sentencias T-099 de 2006 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), T-060 de 2006 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), T-1238 de 2005 (M.P.

Rodrigo Escobar Gil), T-1162 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) y T-062 de 2006 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) y T-044 de 2007 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

11 Cfr. Constitución Política, artículos 42 a 47.

12 Cfr. Constitución Política, artículo 13, inciso 2º.

Cfr. Sentencia T-719 de 2003 y T-789 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-108 de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) y T-595 de 2007 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-1109 de 2004 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-1083 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

14 Esta síntesis, se desprende del análisis realizado por la Corte, en la Sentencia T-746 de 2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), en la que se protegió el derecho al mínimo vital de un ciudadano de la tercera edad, vulnerado por la negación de la prestación indemnización sustitutiva.

15 Estos requisitos fueron sistematizados por la Corte en la Sentencia T-634 de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), reiterada, entre otras, en la T-050 de 2004 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) y la T-159 de 2005 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

16 Ley 100 de 1993, Diario Oficial No. 41.148, de 23 de diciembre de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”. Artículo 37. Indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. “Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado”.

17 *Ibidem*.

18 Ley 100 de 1993, Diario Oficial No. 41.148, de 23 de diciembre de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”. Artículo 66. Devolución de saldos. “Quienes a las edades previstas en el artículo anterior no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la

devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho”.

19 En la sentencia C-375 de 2004 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), la Corte examinó si la obligación de retirarse del sistema para reclamar cualquiera de estas prestaciones, vulneraba el derecho al libre desarrollo de la personalidad de las personas de la tercera edad, así como el derecho a la igualdad, concluyendo que la norma se ajusta a la constitución, pues no obliga al ciudadano a retirarse al cumplir la edad de la pensión, sino que permite que el interesado tome esa decisión.

20 Sobre las características comunes a las dos prestaciones, cfr. Sentencias T-375 de 2004 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett) y T-972 de 2006 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

21 Cfr. Sentencia T-746 de 2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) y C-624 de 2003 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

22 Sentencia T-981 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), reiterada por la T-750 de 2006 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

23 Ver artículos 48 y 49 de la Constitución Política.

24 Sentencias C-624 de 2003 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-746 de 2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) y T-750 de 2006 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

25 Sentencia T-750 de 2006. (M.P. Clara Inés Vargas Hernández)

26 Cfr. Sentencia C-600 de 2007 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

27 Cfr. Decreto 01 de 1984. “Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo”. Publicado en el Diario Oficial número 36.439, de 10 de enero de 1984. Artículos 74 y 28.

28 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

29 Sentencia T-830 de 2004 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes). En esta sentencia la Corte analizó el caso de la revocatoria unilateral de un acto de reconocimiento pensional.

30 Sentencia T-315 de 1996 (M.P. Jorge Arango Mejía).

31 Cfr. Sentencia T-352 de 1996 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

32 La Corte ha indicado, como regla general que, para que proceda la revocatoria de actos de carácter particular y concreto, sin el consentimiento del titular del derecho, es preciso que se encuentre suficiente evidencia de la ocurrencia de un hecho delictivo. Ver sentencias T-336 de 1997 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) y T-1129 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) y la C-835 de 2003.

33 Ver, al respecto, las sentencias C-083 de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), T-518 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), C-1547 de 2000 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger).

34 Sentencia C-083 de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

36 Sentencia T-518 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

37 Sentencia C-1547 de 2000, (M.P. (E) Cristina Pardo Schlesinger).

38 *Ibidem*.

39 Esta constitucionalización, se ve reflejada en la existencia de un gran número de disposiciones constitucionales, que asocian las normas y derechos constitucionales en criterios de equidad. (Cfr. Sentencia SU-837 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

40 *Ibidem*.

41 Para ilustrar esta idea, la sentencia referida acude al proverbio *summum ius, summum iniuria*, muy difundido en la tradición jurídica colombiana, que establece que el derecho, aplicado de forma absoluta, puede derivar en las mayores injusticias.

42 *Ibidem*.

43 *Ibidem*.

44 En la sentencia T-084 de 2006 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

45 *Ibidem*.

46 De acuerdo con planillas de autoliquidación de aportes allegadas al proceso por el Municipio (Fls. 50 y ss).

47 El salario del peticionario era de \$405.750, en tanto que el salario mínimo fue establecido en un monto de \$309.000 mensuales

48 El Municipio allegó copia al proceso de las planillas de aportes a seguridad social destinadas al Seguro Social. (Folios 50 a 87).

49 La determinación de la entidad encargada del reconocimiento del pago de una pensión, así como la necesidad de aclarar situaciones de afiliación múltiple en los diferentes regímenes pensionales, son asuntos que tienen una evidente relevancia para el sistema de seguridad social, pues de ello puede depender la concreción del derecho pensional, el monto de la prestación, y la propia estabilidad financiera del Sistema.

50 Este hecho se da por probado, en la medida en que la ley exige una declaración bajo la gravedad de juramento, en el sentido de la incapacidad de continuar cotizando al sistema, para iniciar una reclamación de indemnización sustitutiva.

51 La solución de esta controversia tiene relevancia, en la medida en que el peticionario puede acudir a la jurisdicción competente para buscar la satisfacción definitiva de sus exigencias.