

Sentencia T-118-09

Referencia: expediente T-2025255

Acción de tutela interpuesta por el señor Gustavo Hernando Casas Arbeláez contra el Instituto de los Seguros Sociales.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de febrero de dos mil nueve (2009).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, JAIME ARAÚJO RENTERÍA y CLARA ELENA REALES GUTIÉRREZ, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en particular las contenidas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín y la Sala Once de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por el señor el señor Gustavo Hernando Casas Arbelaez, a través de apoderado judicial, contra el Instituto de los Seguros Sociales.

I. ANTECEDENTES.

El señor Gustavo Hernando Casas, a través de apoderado judicial, interpone acción de tutela contra el Instituto de los Seguros Sociales, por considerar que dicho ente le está vulnerando sus derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y debido proceso, al negarse a reconocer y pagar su derecho a la pensión de jubilación por vejez, a la cual dice tener derecho. Sustenta su demanda en los siguientes

1.- Hechos.

Expone que una vez cumplió los 55 años de edad (el 30 de abril de 1950) presentó solicitud del reconocimiento de su derecho pensional, el cual le fue negado sin fundamento alguno por el instituto accionado, pues estima que cumple con los requisitos exigidos a los servidores públicos como la edad, tiempo y régimen especial, conforme al o señalado en el decreto 1281 de 1994, la ley 33 de 1985 y la ley 797 de 2003, pues actualmente labora en el Hospital San Juan de Dios de Rionegro Antioquia, como médico estomatólogo, realizando trabajos con exposición a radiaciones ionizantes y con un exagerado número de semanas cotizadas, las que ascienden a 1514.

Advierte que cumple con los requisitos de ley para pensionarse conforme con lo establecido en la ley 33 de 1985 y el decreto 1281 del 22 de junio de 1994, además de encontrarse cobijado por el régimen aplicable a los servidores públicos y el de actividades de alto riesgo para la salud del trabajador, conforme a lo estipulado en el decreto en cita.

Indica que en la parte motiva de la resolución por medio de la cual se le negó el derecho a la pensión, se señaló que ostentaba la calidad de beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, y por tanto a fin de definir su derecho pensional, correspondía verificar la edad y tiempo de servicios previstos en el anterior régimen, es decir el señalado en la ley 33 de 1985, el cual exige para el derecho a la pensión acreditar un mínimo de 20 años de servicios al Estado y 55 años de edad, los cuales cumple cabalmente. Para tal efecto señala que cuenta con un total de 1514.86 semanas y 29.46 años.

Aclara que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad primero a Protección y después a Porvenir, desde el 01 de mayo de 1997, hasta el 28 de febrero de 2004, regresando al régimen de prima media con prestación definida, administrado por el ISS, entidad que le indicó: “No pierde la transición, ya que al 1 de abril de 1994, contaba con mas de 15 años laborados para el estado colombiano quedando de esta forma excluido de la prohibición de aplicársele el régimen de transición si se traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad.”

Advierte que le es negada la pensión de vejez, entre otras razones, porque el valor acumulado sobre las cotizaciones hechas entre enero de 1997 y febrero de 2004, deberían

ascender a la suma de \$51'300.016,00, al 20 de abril de ese año, por ser la fecha en que la AFP Porvenir realizó el traslado de capital acumulado en la cuenta de ahorro individual al ISS y por el contrario el monto trasladado ascendió a \$35'902.417,00.

Sobre este punto, estima el apoderado del actor que “es supremamente inconcebible que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, tenga en el 2004 mas rentabilidad ya que es un régimen de prima media con prestación definida y todos los fondos de ahorro individual al 2004 estaba sólidos; y es inconcebible que en 7 años el ISS se produzca una rentabilidad de 51.300.016.00.”

Señala además, que el ISS incurrió en un error puesto que en el 2004 no notificó al actor sobre el incumplimiento de los requisitos establecidos en el decreto 3800 de 2003 y con ello la exclusión del régimen de transición estipulado en la ley 100 de 1993. Situación que tacha de falsa por no estar contemplada en ningún tipo de norma, advirtiéndole que según el decreto 1281 de 1994 “los afiliados al sistema general de pensiones que se dediquen en forma permanente y por los menos durante quinientas semanas, continuas o discontinuas al ejercicio de las actividades indicadas en el artículo anterior, tendrán derecho a la pensión especial de vejez cuando reúnan los requisitos establecidos (...) sobre el particular señala que los requisitos hacen referencia a cumplir 55 años de edad y haber cotizado 1000 semanas.

En ese orden asevera que cuenta con 1514 semanas cotizadas, sobrándole un total de 514 semanas, de las cuales se pueden compensar los 16 millones que según el Instituto perdieron de rentabilidad cuando el señor Casas Arbelaez estuvo cotizando al fondo privado.

Agrega que no es posible aplicar el contenido del artículo 33 de la ley 100 de 1993 modificado por la ley 797 de 20003 “toda vez que dicho régimen exige a los asegurados contar con la edad de 60 años en el caso de los hombres y con un total de 1000 semanas cotizadas al ISS” y tal como lo ha planteado en el escrito de tutela, el actor debe cumplir con los requisitos establecidos por la ley 33 de 1985, esto es 55 años de edad y 20 años de servicios.

Añade que para el 30 de septiembre de 1996 el actor contaba con 1050 de semanas

cotizadas como servidor publico tal como consta en el bono pensional.

Finalmente, solicita se amparen sus derechos fundamentales y se ordene a el Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, así como el reconocimiento de “las 14 mesadas a que tiene derecho ya que cumplió los 55 años de edad el 30 abril de 2005”.

2.- Pruebas.

A continuación se relaciona el material probatorio relevante que obra en el expediente:

* Copia de la Cédula de Ciudadanía del actor (folio 10).

* Copia de la resolución N° 024694 de septiembre 30 de 2004, proferida por el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL y “por medio de la cual se resuelve una solicitud de Prestaciones económicas y se DA CUMPLIMIENTO A UN FALLO DE TUTELA en el Sistema de Seguridad Social en Pensiones - Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida” (folios 7 a 9).

* Copia de la Certificación Laboral de Empleadores para Bono Pensional expedida por la Gobernación de Antioquia, donde le figura al señor Gustavo Hernando Casas Arbelaez el periodo laborado del 13 de diciembre de 1976 al 30 de septiembre de 1996, estando vinculado a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia (folio 11).

* Copia de la Certificación de Salario para Bono Pensional, expedida por la Gobernación de Antioquia a favor del señor Gustavo Hernando Casas Arbelaez (folios 12 y 13).

* Copia de certificación hecha por el Hospital San Juan de Dios de fecha 23 de Octubre de 2007, por la cual se establece que el cargo desempeñado por el actor es considerado de alto riesgo para la salud del trabajador (folio 14).

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín avocó el conocimiento de la presente acción de tutela, para lo cual ordenó correr traslado al Instituto accionado, quien emitió respuesta en los términos que se exponen a continuación.

4. Respuesta del Instituto de los Seguros Sociales.

La entidad accionada a través de la Oficina de Tutelas Pensiones, dio respuesta a la demanda de tutela, solicitando su improcedencia, para lo cual argumentó que la resolución No. 024694 del 30 de septiembre de 2007, se encuentra en firme, por tanto estima que todos los argumentos esgrimidos en su contra debieron ser expuestos en su momento ante ese Instituto, a fin de agotar los recursos de la vía gubernativa, antes de acudir a este medio de defensa sumario y residual.

Como sustento de lo anterior, indica que la acción de tutela no procede para modificar las decisiones administrativas y mucho menos para anteponer los trámites normales administrativos, atendiendo a su naturaleza subsidiaria y residual, por tanto no puede convertirse en un instrumento que desplace los recursos administrativos y judiciales.

En ese orden, advierte que la decisión administrativa tomada por el ISS, solo puede ser modificada por parte del Juez Laboral dentro del trámite de un proceso ordinario, por carecer el juez constitucional de la competencia para dictar decisiones que replacen las adoptadas por la administración, las cuales obedecieron a los lineamientos legales.

II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN.

1.- Decisión de primera instancia.

El Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Medellín, mediante sentencia de noviembre 30 de 2007, denegó el amparo solicitado por el señor Gustavo Hernando Casas Arbelaes, al considerar que el actor cuenta con otro mecanismo judicial de defensa de sus derechos, cual es la acción laboral ordinaria.

Igualmente considera que no se vislumbra ningún perjuicio irremediable que permita la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio.

2.- Impugnación.

En desacuerdo con la anterior decisión, el accionante la impugna. Insiste en la violación de sus derechos fundamentales al debido proceso, seguridad social y mínimo vital.

Afirma que actualmente no se encuentra en la capacidad de laborar puesto que el desempeño de su cargo le exige la exposición a materiales y elementos que ponen en riesgo su salud, ya que lleva 30 años continuos trabajando para el Hospital San Juan de Dios de Rionegro Antioquia.

Finalmente hace alusión al principio de favorabilidad y su desarrollo constitucional, manifestando que éste debe aplicarse en el presente asunto.

3.- Decisión de segunda instancia.

La Sala Once de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, confirmó el fallo recurrido compartiendo los argumentos esgrimidos por el Juez de Primera Instancia, enfatizando en la posibilidad con que cuenta el actor, de acudir a otros mecanismos de defensa judicial que permitan una discusión amplia sobre la interpretación y aplicación de las normas que citadas en la demanda de tutela.

Agrega que no existe dentro del expediente prueba siquiera sumaria que permita establecer que la falta del reconocimiento del derecho pensional le esté ocasionando un perjuicio irremediable o que se encuentre comprometido su mínimo vital. Al respecto advierte que el accionante sigue laborando en el Hospital San Juan de Dios, de donde mantiene su sustento habitual de vida y si se encuentra padeciendo alguna enfermedad, corresponde al sistema de seguridad social en salud atender lo correspondiente.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1.- Competencia.

Esta Corte es competente para revisar los fallos mencionados, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en las demás disposiciones pertinentes.

2.- Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico.

2.1. Manifiesta que por considerar reunidos los requisitos legales de edad y tiempo de servicios en el sector oficial, como médico estomatólogo del Hospital San Juan de Dios (régimen especial y de transición consagrado en el D.1281 de 1994, ley 33 de 1985 y el art. 36 Ley 100/93), solicitó ante el Instituto de Seguro Social el reconocimiento de la pensión de vejez.

Mediante resolución N° 024694 de 30 de septiembre de 2007, el Instituto de los Seguros Sociales negó la pretensión solicitada por cuanto el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual desde el 01 de mayo de 1997 hasta el 28 de febrero de 2004 y durante este periodo el índice de rentabilidad de tal fondo fue inferior al obtenido por el accionado.

2.2. El Instituto accionado solicita se decrete la improcedencia de la presente acción, pues ésta no está diseñada para modificar las decisiones administrativas y mucho menos para anteponer los trámites normales administrativos, atendiendo a su naturaleza subsidiaria y residual, por tanto no puede convertirse en un instrumento que desplace los recursos administrativos y judiciales.

2.3. Por su parte los jueces de instancia decidieron negar la solicitud de amparo, atendiendo a que el actor cuenta con otro mecanismo judicial de defensa de sus derechos, cual es la acción laboral ordinaria y no se evidencia la existencia de un perjuicio irremediable.

2.4. Conforme a lo anterior, la Sala de Revisión debe determinar si, el Instituto accionado vulneró los derechos fundamentales invocados por el actor, al negar el reconocimiento de la pensión de vejez, al estimar que no le era aplicable el régimen de transición.

En este escenario y con el fin de resolver el asunto objeto de estudio, esta Sala (i)

reiterará la jurisprudencia constitucional relativa al carácter subsidiario y residual de la acción de tutela frente a la existencia de otros mecanismos de defensa judicial; (ii) requisitos para aplicar el régimen de transición, frente al traslado de los regímenes existentes; y (iii) posteriormente se abordará el estudio del caso concreto.

3. Improcedencia de la tutela para reclamar el reconocimiento de la pensión de jubilación.

3.1. De acuerdo con la doctrina de este Tribunal¹, la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento o reliquidación de prestaciones sociales, particularmente en materia de pensiones. Según lo ha precisado la jurisprudencia constitucional, 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.

El criterio de interpretación fijado por la Corte en torno al tema, es plenamente concordante con la naturaleza jurídica de esta acción, ya que si bien la tutela fue instituida por el Constituyente de 1991 como un medio preferente y sumario de defensa judicial, cuyo objetivo primario es la protección de los derechos fundamentales que resulten violados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades o los particulares, se le reconoció a la misma un carácter subsidiario y residual, que por lo mismo, sólo permite su procedencia cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, o cuando existiendo éste, se promueva como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Aceptar que el juez de tutela tiene competencia privativa o cobertura absoluta para resolver los conflictos relacionados con derechos prestacionales, es entonces desconocer el carácter extraordinario que identifica al mecanismo de amparo constitucional, e incluso, contrariar su propio marco de operación, ya que, de manera general, el propósito de la tutela se orienta a prevenir y repeler los ataques que se promuevan contra los derechos fundamentales ciertos e indiscutibles, y no respecto de aquellos que aun no han sido reconocidos o cuya definición no se encuentra del todo consolidada por ser objeto

de disputa jurídica.

No obstante lo dicho, la regla que restringe la participación de la acción de tutela en la protección de los derechos prestacionales tampoco es absoluta. Conforme con su propia línea jurisprudencial, la Corte ha venido sosteniendo que, excepcionalmente, es posible el reconocimiento de esta clase de derechos por la vía del amparo constitucional, no solo cuando se ejerce como mecanismo transitorio, caso en el cual es necesario demostrar la existencia de un perjuicio irremediable, sino también cuando el medio judicial preferente es ineficaz o no es lo suficientemente expedito para brindar una protección inmediata, circunstancias que deben ser valorados por el juez constitucional en cada caso particular. Posición que fue reiterada en reciente pronunciamiento, donde se destacó:

“A partir del contenido normativo del artículo 86 de la Carta Política y conforme lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional², el carácter subsidiario de la acción de tutela implica que, por regla general, ella no procede cuando exista otro medio de defensa judicial, salvo que éste no resulte eficaz para proteger el derecho fundamental involucrado o que se esté frente a la inminente configuración de un perjuicio de carácter irremediable, caso en el cual la tutela procede como mecanismo transitorio, hasta tanto la autoridad correspondiente se pronuncie de fondo sobre la materia objeto de litigio. De esta forma, por regla general, la acción de tutela procede para la protección de derechos fundamentales mientras no exista otro mecanismo de defensa judicial y siempre que la carencia de algún medio de amparo no obedezca a la propia incuria del interesado.”³

En posterior pronunciamiento, respecto del tema que se desarrolla, este Tribunal Constitucional precisó:

“Como punto de partida para este análisis cabe señalar que de conformidad con el artículo 86 constitucional existen dos modalidades de acción de tutela, como mecanismo definitivo para la protección de los derechos fundamentales o como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Esta inferencia surge de la simple lectura del inciso tercero de este precepto el cual señala que la acción de tutela ‘solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como

mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable’.

El alcance de la disposición constitucional fue precisado por el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, precepto que consagra en su numeral primero que la acción de tutela no procederá ‘[c]uando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante’”.⁴

Ahora bien, la Corte ha entendido que la tutela resulta procedente, en las hipótesis descritas, siempre y cuando el juez constitucional encuentre que no existe controversia jurídica en relación con la aplicación de la normatividad correspondiente y los requisitos legales para acceder al derecho.⁵

Frente a la situación descrita, esta Sala en otra oportunidad, concluyó que la acción de tutela era procedente para proteger los derechos fundamentales, y en particular los derivados del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, en los siguientes casos: “(i) Cuando no existe otro medio de defensa judicial, o cuando existiendo, el mismo no resulta idóneo para resolver el caso concreto, eventos en los que la tutela procede como mecanismo principal de defensa ante la imposibilidad material de solicitar una protección real y cierta por otra vía; (ii) cuando ésta se promueve como mecanismo transitorio, debiendo acreditar el demandante que el amparo constitucional es necesario para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, en cuyo caso la orden de protección tendrá efectos temporales, sólo hasta el momento en que la autoridad judicial competente decida en forma definitiva el conflicto planteado; y, (iii) que no exista controversia jurídica en relación con la aplicación de la normatividad correspondiente y los requisitos legales para acceder al derecho.”⁶(Subraya fuera del texto original).

Así las cosas, si los medios ordinarios de defensa judicial no resultan aptos, idóneos y eficaces para la protección del derecho o de los derechos fundamentales violados o amenazados, es evidente que de manera excepcional la acción de tutela se impone como el instrumento idóneo para salvaguardarlos, teniendo en cuenta que la jurisprudencia ha reiterado el vínculo estrecho que une al mínimo vital y la vida digna con

la recepción de ciertas acreencias prestacionales. Así se señaló, por ejemplo, en la sentencia T-033 de 20027, de la que vale la pena destacar el siguiente argumento:

“(…) Sin embargo, aunque dicha acción laboral constituye un remedio integral para la protección de los derechos fundamentales relacionados con el reconocimiento de una pensión, su trámite procesal – que ante situaciones normales es considerado eficaz en la protección de los derechos- puede no resultar idóneo para la obtención de los fines que se persiguen, atendiendo las circunstancias fácticas del caso concreto o la situación personal de quien solicita el amparo. De esta forma, si se controvierte un asunto de esta naturaleza a través de la acción de tutela, el juez constitucional debe evaluar y calificar el conflicto planteado, para determinar si el medio alternativo de defensa judicial con el que cuenta el accionante es lo suficientemente expedito para proteger sus derechos fundamentales, pues de lo contrario, debe ser protegido inmediatamente a través de la acción de tutela para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable”.

En efecto, dicho enfoque ha sido adoptado por la Corporación en eventos en donde se comprueba la existencia de personas en circunstancias de debilidad manifiesta, que dependen económicamente de la prestación reclamada y que carecen de capacidad económica para garantizarse su propia subsistencia⁸.

Así pues, la determinación de la procedencia excepcional de la acción de tutela exige del juez un análisis de la situación particular del actor, con el fin de determinar si el medio de defensa judicial ordinario es lo suficientemente expedito para proteger sus derechos fundamentales y si se está frente a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual el conflicto planteado trasciende el nivel puramente legal para convertirse en un problema de carácter constitucional⁹.

Como se observa, a modo de conclusión y remitiéndonos de manera particular a la reclamación de pensiones, vale la pena destacar que la Corte ha considerado en torno de la procedencia de la acción de tutela que “la controversia sobre el reconocimiento de los derechos pensionales adquiere la dimensión de un problema constitucional cuando su no reconocimiento viola o amenaza violar derechos fundamentales diversos entre ellos el derecho de igualdad ante la ley, el derecho a la

familia o su protección especial y los derechos fundamentales de los niños, y los medios judiciales no son eficaces para su protección teniendo en cuenta las circunstancias particulares del actor, o la intervención del juez constitucional se hace necesaria para impedir la ocurrencia de un perjuicio irremediable”¹⁰.

En ese orden de ideas, corresponde en el caso objeto de estudio, verificar si están dados los presupuestos jurisprudenciales señalados, para la procedencia de la presente acción de tutela, de cara a las particularidades del asunto bajo examen.

Paralelo a lo anterior, es decir, a la procedencia excepcional de la acción de tutela para el reclamo de ciertas acreencias laborales, se hace necesario definir cuáles son las condiciones a partir de las cuales es posible inferir la existencia de un perjuicio irremediable que justifique la operatividad transitoria del amparo. Por tanto, previo a resolver el caso concreto, la Sala reiterará la jurisprudencia relativa al acaecimiento de tal fenómeno.

3.2. Sentado lo anterior, corresponde aclarar aquellos eventos que la jurisprudencia constitucional ha determinado como perjuicio irremediable¹¹. En relación a este tema, esta Corporación ha aplicado varios criterios para determinar su existencia:

“la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados.”¹²

“Ahora bien, de acuerdo con la doctrina constitucional pertinente, un perjuicio irremediable se configura cuando el peligro que se cierne sobre el derecho fundamental es de tal magnitud que afecta con inminencia y de manera grave su subsistencia, requiriendo por tanto de medidas impostergables que lo neutralicen. Sobre las características jurídicas del perjuicio irremediable la Corte dice en su jurisprudencia lo siguiente:

“En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable” (sentencia T-1316 de 2001).

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha previsto que la valoración de los requisitos del perjuicio irremediable, debe efectuarse teniendo en consideración las circunstancias que rodean el caso objeto de estudio, en la medida en que no son exigencias que puedan ser verificadas por el fallador en abstracto, sino que reclaman un análisis específico del contexto en que se desarrollan.

Bajo el parámetro señalado, la jurisprudencia de esta Corporación, también ha sido reiterativa, al señalar que el juicio de exigencia frente a los requisitos aludidos adquiere una menor intensidad en relación con los sujetos de especial protección constitucional, dada su debilidad o marginalidad en materia económica, física o mental, como ocurre por ejemplo con personas de la tercera edad, menores, madres cabeza de familia, mujeres embarazadas, personas en extrema pobreza, desplazados, etc.¹³

En relación con los adultos mayores, a pesar de haberse señalado que son sujetos de especial protección, de acuerdo a lo estipulado en los artículos 13 y 46 de la Constitución Política¹⁴, por el sólo hecho de formar parte de este rango poblacional, dicha situación no constituye por sí misma un elemento que permita acreditar un perjuicio irremediable y asegurar la procedencia de la acción de tutela.

Así pues, no obstante la informalidad del amparo constitucional, quien pretende eludir transitoriamente el trámite ordinario de un problema jurídico, debe presentar y sustentar los factores a partir de los cuales se configura el perjuicio irremediable, ya que la simple

afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia la acción de tutela. Esta tesis fue desarrollada en la sentencia T-436 de 2007¹⁵, de la cual es importante destacar las siguientes consideraciones:

“En concurrencia con los elementos configurativos que llevan a determinar que se está en presencia de un perjuicio irremediable, este Tribunal ha sostenido que, para que proceda la tutela como mecanismo de defensa transitorio, se requiere también verificar que dicho perjuicio se encuentre probado en el proceso. Sobre este particular, ha expresado la Corte que el juez constitucional no está habilitado para conceder el amparo transitorio, que por expresa disposición constitucional se condiciona a la existencia de un perjuicio irremediable, si el perjuicio alegado no aparece acreditado en el expediente, toda vez que el juez de tutela no está en capacidad de estructurar, concebir, imaginar o proyectar, por sí mismo, el contexto fáctico en el que ha tenido ocurrencia el presunto daño irreparable¹⁶.

“La posición que al respecto ha adoptado esta Corporación, reiterada en un distintos fallos, no deja duda de que la prueba o acreditación del perjuicio irremediable es requisito fundamental para conceder el amparo. Por ello, ha señalado la Corte que quien promueva la tutela como mecanismo transitorio, no le basta con afirmar que su derecho se encuentra sometido a un perjuicio irremediable. Es necesario, además, que el afectado “explique en qué consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y aporte mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar la existencia del elemento en cuestión”¹⁷.”

A manera de conclusión, ha de señalarse que tratándose del reconocimiento de pensiones, sólo procederá la acción de tutela como mecanismo transitorio cuando de los elementos probatorios obrantes en el expediente se evidencie a plenitud la existencia de un perjuicio irremediable. En caso negativo, es decir, en el evento en que no sea posible comprobar los diferentes elementos que configuran el mentado perjuicio, deberá acudir a la acción judicial ordinaria para allí debatir el reconocimiento y pago del derecho prestacional.

3.3. Por otra parte, la Corte Constitucional, ha establecido mediante pronunciamientos acogidos por la Sala Plena, que la procedencia de la acción de tutela se encuentra

condicionada a la previa utilización por el accionante de los medios de defensa previstos en el ordenamiento jurídico¹⁸. En este orden de ideas, a dejado claro que esta acción constitucional, como mecanismo residual y subsidiario, no puede remplazar las figuras procesales destinadas a obtener la satisfacción de sus derechos, ni puede subsanar la incuria o negligencia de las partes en hacer uso de ellas de la manera y dentro de los términos previstos legalmente para ello. En efecto, al respecto se estableció:

“La acción de tutela tiene un carácter subsidiario y no fue instaurada para remediar los errores en que incurren los ciudadanos en lo relacionado con la defensa de sus derechos. Si se llegara a admitir la posición contraria, pasaría la tutela a sustituir todos los demás medios judiciales y la jurisdicción constitucional entraría a asumir responsabilidades que no le corresponden, todo ello en detrimento de los demás órganos judiciales.

(...)

si existiendo el medio judicial, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que su acción caduque, no podrá más tarde apelar a la acción de tutela para exigir el reconocimiento o respeto de un derecho suyo. En este caso, tampoco la acción de tutela podría hacerse valer como mecanismo transitorio, pues esta modalidad procesal se subordina a un medio judicial ordinario que sirva de cauce para resolver de manera definitiva el agravio o lesión constitucional”.¹⁹

De esta manera, si la parte afectada no ejerce las acciones o utiliza los recursos establecidos en el ordenamiento jurídico para salvaguardar los derechos amenazados o vulnerados, éste mecanismo de amparo no tiene la virtualidad de revivir los términos vencidos ni se convierte en un recurso adicional o supletorio de las instancias previstas en cada jurisdicción.

En este orden de ideas, resulta indispensable analizar frente a cada caso, si el ordenamiento jurídico tiene previstos otros medios de defensa judicial para la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados o amenazados, si los mismos son lo suficientemente idóneos y eficaces para otorgar una protección integral y además establecer si éstos fueron utilizados en término para hacer prevalecer los derechos supuestamente vulnerados.

Tomando en consideración las reflexiones anteriores, procede la Sala a verificar si resulta procedente la acción de tutela atendiendo a las especiales características del caso bajo estudio.

4. Caso concreto.

El actor interpone la presente acción de tutela contra el Instituto de Seguros Social - ISS-, al considerar que dicha entidad vulnera sus derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y debido proceso, al negar el reconocimiento de la pensión de vejez a la que dice tener derecho, bajo el argumento de que se encuentra amparado por el régimen de transición consagrado en el decreto 1281 de 1994, ley 33 de 1985 y el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

Mediante resolución N° 024694 de 30 de septiembre de 2007, el Instituto de los Seguros Sociales negó la pretensión solicitada por cuanto el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual desde el 01 de mayo de 1997 hasta el 28 de febrero de 2004 y durante este periodo el índice de rentabilidad de tal fondo fue inferior al obtenido por el accionado en el citado régimen. Por otra parte, en su escrito de contestación de tutela advierte, que ese acto no fue impugnado, pretendiendo, en este momento, acudir a la acción de tutela a fin de anteponerla a los trámites normales administrativos, lo que la desnaturalizaría.

Conforme a lo expuesto y una vez revisado el material probatorio obrante en el expediente de tutela, destaca la Sala que frente a la aludida resolución el actor omitió interponer recursos con que contaba para atacar la resolución en cita, así como acudir a el medio de defensa judicial ordinario con el fin de dejar sin efectos el mencionado acto. Sobre este punto se advierte, que si bien el actor no impugnó la resolución objeto de controversia, aun contaba con otro medio de defensa judicial, cual era acudir a la jurisdicción ordinaria para hacer efectivos sus derechos.

En ese orden de ideas, solo correspondería la procedencia de la presente acción de tutela, frente a la existencia de un perjuicio irremediable. A fin de resolver esta situación, como primera medida, se hace necesario reconocer que no existe prueba o fundamento alguno que cercene la efectividad del medio judicial ordinario de defensa. Por otra parte, cabe advertir que la edad del actor -58 años²⁰- no le ubica dentro del grupo

poblacional de la tercera edad y por tanto, no le hace acreedor de la protección especial prevista en la Constitución Política. Adicionalmente, no se comprobó la existencia de discapacidad o enfermedad, que adolezca el actor, simplemente hizo referencia a una afección a su estado de salud, que no acreditó ni siquiera sumariamente, solo se basa en una afirmación hecha por su apoderado judicial. Así mismo, no existe prueba de la afectación al mínimo vital del actor, pues en la actualidad se encuentra vinculado como médico estomatólogo al Hospital San Juan de Dios de Rionegro Antioquia.

Sobre este punto, como se advirtió, la jurisprudencia ha determinado que los diferentes elementos que configuran un perjuicio irremediable y que justifican la procedencia transitoria de la acción de tutela, deben ser acreditados a lo largo de la acción.

En este sentido, tal y como ya se había anotado, es absolutamente “necesario, (...) que el afectado “explique en qué consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y aporte mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar la existencia del elemento en cuestión”²¹. Es así como la inminencia, urgencia, gravedad e impostergabilidad de la tutela, deben encontrarse efectivamente comprobadas para que el juez pueda justificar la insuficiencia de las acciones ordinarias pertinentes.

En ese orden de ideas, cabe advertir que en el presente caso, no se cumplieron con los requerimientos y precisiones, claramente decantados por la jurisprudencia de esta Corporación.

Entiende la Sala que el actor contó con otro medio de defensa de sus derechos, sobre la cual no existe registro de su uso dentro del expediente. A pesar de ello, resulta claro que los tuvo a su disposición, en consecuencia, el actor no puede apelar a la acción de tutela para suplir la competencia que para estos efectos le había sido otorgada a los jueces ordinarios, así como tampoco para remediar la omisión de acudir en los términos establecidos a los mecanismos instituidos por la ley como medio de defensa judicial principal de protección definitiva, de los agravios o lesiones posiblemente presentados.

Por ende, como se dijo con anterioridad, la procedencia de la acción de tutela se encuentra condicionada a la previa utilización por el accionante de los medios de defensa previstos en el ordenamiento jurídico²². Es por ello que esta acción

constitucional, como mecanismo residual y subsidiario, no puede remplazar las figuras procesales destinadas a obtener la satisfacción de sus derechos, ni puede subsanar la negligencia de las partes en hacer uso de ellas de la manera y dentro de los términos previstos legalmente para dicho fin.

Por otra parte, resulta relevante destacar que de acuerdo al acontecer fáctico descrito y de cara a la referencia jurisprudencial hecha en el acápite anterior de esta sentencia, no le es posible al juez constitucional otorgar la protección solicitada, pues configura una posible controversia legal para acceder a los requisitos exigidos para hacerse beneficiario del régimen de transición, al cual alega tener derecho, conforme a lo establecido en el Decreto 3800 de 2003 artículo 3°23.

Bajo estas circunstancias conviene destacar, que el propósito de la tutela se orienta a prevenir y repeler los ataques que se promuevan contra los derechos fundamentales, cuando de manera cierta e indiscutible la persona tiene un derecho que se le ha negado de manera arbitraria por una autoridad. En consecuencia, es posible que por vía de tutela se logre el reconocimiento de derechos, como el que en esta oportunidad está invocando el actor, ya sea como mecanismo principal o transitorio según sea el caso, circunstancias que exigen de manera previa el examen por el Juez Constitucional respecto del cumplimiento de los requisitos legales para acceder al derecho, aspecto que no se configura en el caso objeto de estudio.

Cabe recordar, que es el juez ordinario quien tiene a su disposición los elementos de juicio adecuados para adoptar una decisión en derecho, el que además cuenta con la competencia prevalente para resolver conflictos como el que se presenta, competencia que le ha sido asignada por el ordenamiento jurídico a la justicia laboral, siendo entonces dicha autoridad la llamada a garantizar el ejercicio de los derechos invocados, en caso de que se logre demostrar su amenaza o violación

En conclusión, no es posible recurrir a la jurisdicción constitucional para suplir la competencia que para estos efectos le había sido otorgada a los jueces ordinarios, así como tampoco para remediar la omisión de acudir en los términos establecidos a los mecanismos instituidos en ese entonces por la ley para proteger los derechos fundamentales.

Por todo lo anterior, concluye la Corte que se debe confirmar la sentencia del Tribunal Superior de Medellín -Sala Once de Decisión Laboral-, al existir otro mecanismo de defensa judicial y no evidenciarse la presencia de un perjuicio irremediable que haga procedente la acción como mecanismo transitorio. Por estas exclusivas razones, sin que sean necesarias disertaciones adicionales, se declarará improcedente la solicitud de amparo interpuesta.

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

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR, por las razones expuestas en la presente sentencia, el fallo proferido por la Sala Once de Decisión Laboral del Tribunal Superior de de Medellín el catorce (14) de julio de 2008, mediante el cual se declaró la improcedencia de la solicitud de amparo invocada por el señor Gustavo Hernando Casas Arbelaez, a través de la acción de tutela interpuesta en contra del Instituto del Seguro Social -Seccional Antioquia-.

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

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

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

CLARA ELENA REALES GUTIÉRREZ

Magistrada (e)

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

1 Cfr. las sentencias T-371 de 1996, T-718 de 1998, T-476 de 2001, T-1083 de 2001, T-634 de 2002, T-1309 de 2005, T-594 de 2007, T-1088 de 2007, T-762 de 2008 entre otras.

2 Ver entre muchas otras, las sentencias T-711 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-651 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-625 de 2004, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-556 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-406 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

3 Ver sentencias T-594 de 2007, T-1088 de 2007, entre otras.

4 Sentencia T-215 de 2008 MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

5 Cfr. Sentencia T-878 de 2006 MP. Clara Inés Vargas Hernández

6 T-878 de 2006 MP. Clara Inés Vargas Hernández.

7 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

8 Sentencia T-941 de 2005. MP Clara Inés Vargas Hernández.

9 Sentencia T-489 de 1999. M P: Martha Victoria Sáchica de Moncaleano. Sobre el particular, véase también la sentencia T-326 de 2007, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

10 Sentencia T-1083/01 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

11 Ver por ejemplo las sentencias T-743 de 2002 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-596 de 2001 (MP Álvaro Tafur Galvis), T-215 de 2000 (MP Álvaro Tafur Galvis). Esto fallos resuelven casos en los cuales el actor incoaba una acción de tutela en contra de una sanción disciplinaria, por violar, entre otros, su derecho al debido proceso; en cada uno estos procesos existía la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para la protección del derecho al debido proceso. Por esto, el criterio utilizado por la Corte para decidir la procedencia de la tutela fue si existía o no un perjuicio irremediable, con el fin de tramitar el expediente de tutela como un mecanismo transitorio mientras que

eran decididos los procesos en la jurisdicción contencioso administrativa. En el mismo sentido, ver también las sentencias T-131 A de 1996 MP Vladimiro Naranjo Mesa, T-343 de 2001 (MP Rodrigo Escobar Gil). De otra parte, la Corte ha establecido que en los casos en los que “existe violación o amenaza de un derecho fundamental por parte de una autoridad ejecutiva, y no cuenta el afectado con acción ante la jurisdicción contencioso administrativa, o dentro del trámite de ella no es posible la controversia sobre la violación del derecho constitucional, la tutela procede como mecanismo definitivo de protección del derecho constitucional conculcado”, caso que no es aplicable al presente proceso. (Sentencia T-142 de 1995 MP Carlos Gaviria Díaz).

12 Sentencia T-225 de 1993 (MP Vladimiro Naranjo Mesa).

13 Cfr. Sentencias T-083 de 2004, T-556 de 2004, T-691 de 2005, T-996^a de 2005, T-668 de 2007, entre otras.

14 Artículo 13 Constitución Política: “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.” Artículo 46 Constitución Política Artículo 46: “El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria.”

16 Sobre el tema se pueden consultar, entre otras, las Sentencias SU-995 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), T-1155 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) y T-290 de 2005 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

17 Sentencia T-290 de 2005 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

18 Sentencias T-469 de 2000, SU-061 de 2001, T-108 de 2003.

19 Sentencia SU-111 de 1997 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz

20 En la fotocopia de la cédula de ciudadanía del señor Gustavo Hernando Casas Arbelaez figura como fecha de nacimiento el 30 de abril de 1950.

21 Sentencia T-290 de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

22 Sentencias T-469 de 2000, SU-061 de 2001, T-108 de 2003.

23 El Decreto 3800 de 2003 en su artículo 3° indica: “Aplicación del régimen de transición. En el evento en que una persona que a 1º de abril de 1994 tenía quince (15) o más años de servicios prestados o semanas cotizadas, que hubiere seleccionado el régimen de ahorro individual con solidaridad, decida trasladarse al régimen de prima media con prestación definida, le será aplicable el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo cual podrán pensionarse de acuerdo con el régimen anterior al que estuvieren afiliados a dicha fecha, cuando reúnan las condiciones exigidas para tener derecho a la pensión de vejez, siempre y cuando cumplan con los siguientes requisitos:

a) Al cambiarse nuevamente al régimen de prima media con prestación definida, se traslade a él el saldo de la cuenta de ahorro individual del régimen de ahorro individual con solidaridad, y

b) Dicho saldo no sea inferior al monto total del aporte legal para el riesgo de vejez, correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media, incluyendo los rendimientos que se hubieran obtenido en este último.

En tal evento, el tiempo cotizado en el régimen de ahorro individual le será computado al del régimen de prima media con prestación definida.

Para efectos de establecer el monto del ahorro de que trata el literal b) anterior no se tendrá en cuenta el valor del bono pensional.”