

Sentencia T-205/10

ACCION DE TUTELA-Improcedencia general para protección de derechos prestacionales

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para protección de derechos prestacionales

DERECHO AL MINIMO VITAL-Evaluación cualitativa

DERECHO AL MINIMO VITAL ALTO-Existencia de diferentes mínimos vitales es una consecuencia lógica que haya distintas cargas soportables para cada persona

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE VEJEZ-Improcedencia cuando no se demuestra vulneración de mínimo vital

Referencia: expediente T-2.464.022

Acción de Tutela interpuesta por Angeleme Gutiérrez Mejía contra el Instituto del Seguro Social.

Magistrado Ponente:

Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, JORGE IVÁN PALACIO PALACIO y JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

dentro del trámite de revisión de los fallos dictados por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bogotá, el catorce (14) de agosto de dos mil nueve (2009), y por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el seis (6) de octubre de dos mil nueve (2009), en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

El treinta (30) de julio de dos mil nueve (2009), Angeleme Gutiérrez Mejía - mediante apoderado judicial -, interpuso acción de tutela contra el Instituto del Seguro Social (ISS), por considerar que esta entidad conculcó sus derechos fundamentales a la seguridad social, al debido proceso, al trabajo, a la vida digna y al mínimo vital.

Los hechos relatados por la parte demandante en la acción de tutela se resumen así:

1. El veintinueve (29) de octubre de dos mil cuatro (2004) le fue reconocida su pensión de vejez por parte del ISS, mediante resolución 05675.
2. Indicó que continuó trabajando en el sector público, como Magistrado Auxiliar de la Corte Suprema de Justicia, hasta el once (11) de enero de dos mil cinco (2005), cargo que ocupaba desde julio veintidós (22) de mil novecientos noventa y seis (1996).
3. Manifestó que el cinco (5) de abril de dos mil cinco (2005), solicitó la reliquidación de su pensión, para que se tuvieran en cuenta los nuevos valores de su remuneración correspondientes al año dos mil cuatro (2004). Esto, debido a que el aumento salarial para dicho año se efectuó en diciembre, es decir, con posterioridad al momento en el cual fue reconocida su pensión.
4. Señaló que el cinco (5) de abril de dos mil cinco (2005), el ISS expidió la resolución 3162, donde modificó el monto de la mesada pensional.
5. Arguyó que el diecinueve (19) de agosto de dos mil cinco (2005) presentó una nueva petición para que le fuera reliquidada su pensión. Para tales efectos argumentó que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia del diez (10) de febrero de dos mil tres (2003), le "(...) reconoció incremento a sus salarios para el año 1999 en un 60%, para el año 2000 en un 70% y a partir del 2001 en un 80 %, los cuales fueron pagados el 19 de mayo de 2005" (Cuad. 1, folio 3).
6. Expuso que el diez (10) de noviembre de dos mil seis (2006) el ISS expidió la resolución 5050, que modificó el artículo 1º de la resolución 3162 de dos mil cinco (2005), en el sentido de reconocer un "(...) leve incremento en la mesada pensional (...)" (Cuad. 1, folio 3).
7. Indicó que el once (11) de enero de dos mil ocho (2008) interpuso, por tercera vez, una nueva solicitud de reliquidación de la pensión de vejez. Para lo cual argumentó que no se

habían tenido en cuenta la totalidad de los pagos realmente realizados como remuneración. Como sustento de su petición, aportó una constancia expedida por la Directora de la División de Asuntos Laborales de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, en la que se discriminaba “(...) a partir de enero de 1999 hasta el 10 de enero de 2005 (...) factor por factor los pagos realmente realizados como remuneración (...)” (Cuad. 1, folio 4).

8. Enfatizó que el ISS, tras más de quince meses de haberse interpuesto la solicitud, expidió la resolución 014591 del ocho (8) de abril de dos mil nueve (2009), donde negó la reliquidación solicitada, así como la aplicación del “(...) régimen especial de los servidores públicos consagrado en la ley 33 de 1985 y en cambio [le aplicó] el régimen ordinario de la pensión por aportes del Decreto 758 de 1990, argumentando que mientras el régimen especial solo (sic) le permite (...) alcanzar un monto de su pensión del 75%, con el Decreto 758 de 1990 el mismo llega al 84% (...)” (Cuad. 1, folio 4)

9. Indicó que por favorabilidad se le debe aplicar la Ley 33 de 1985, ya que laboró por más de 20 años al servicio de entidades de Derecho Público, “(...) con lo que al calcular el monto de su pensión, se debe tener en cuenta el promedio de lo devengado en el último año de servicios, esto es, entre el 11 de enero de 2004 y el 10 de enero de 2005 (...)” (Cuad. 1, folio 5).

10. Finalmente, señaló que “(...) la pensión reconocida (...) fue de \$ 5.505.319 [pesos] (...), cuando con la aplicación del régimen especial que lo cobija [, artículo 1º de la Ley 33 de 1985,] la mesada pensional (...) debería corresponder a la suma de \$ 10.582.449 [pesos] (...)” (Cuad. 1, folio 7). Así mismo, arguyó que antes de retirarse del servicio devengaba un promedio de “(...) \$ 14.109.933 pesos (...)” (Cuad. 1, folio 8).

2. Solicitud de tutela

Con fundamento en los hechos relatados, el gestor del amparo solicitó al juez de tutela que ordenara al ISS reliquidar su pensión de vejez, “(...) dando aplicación a lo establecido especialmente en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 y demás normas concordantes (...)” (Cuad. 1, folio 15).

3. Intervención de la parte demandada

La entidad demandada guardó silencio durante el término conferido por la autoridad judicial para ejercer su derecho de defensa.

4. Pruebas relevantes aportadas al proceso

a. Certificado de la Dirección Ejecutiva de Administración judicial de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, con fecha once (11) de diciembre de dos mil siete (2007), en donde se indica la remuneración mensual liquidada al accionante entre el primero (1º) de enero de mil novecientos noventa y nueve (1999) y el once (11) de enero de dos mil cinco (2005). (Cuad. 1, folios 18 a 20)

a. Certificado expedido por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, con fecha seis (6) de mayo de dos mil cinco (2005), en la cual se indican los pagos reconocidos al accionante como “Abogado Asistente” de la Corte Suprema de Justicia desde el veintidós (22) de julio de mil novecientos noventa y seis (1996) hasta el once (11) de enero de dos mil cinco (2005). (Cuad. 1, folio 21 a 26)

a. Copia de la Resolución 5675 del 29 de octubre de dos mil cuatro (2004), en la cual se observa que la fecha de nacimiento del actor fue el catorce (14) de octubre de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944). Así mismo, el ISS reconoce que debido a su edad, el demandante se encuentra en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. También se señala que para determinar el IBL se empleará “(...) el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (...).[Obteniendo] como resultado un ingreso base de liquidación de \$ 5.831.467,00 [pesos]”. Finalmente, se señala que al gestor del amparo se le aplicará el Decreto 758 de 1990 para determinar el monto de la pensión, ya que se puede tomar el 84% del IBL y, por lo mismo, es más favorable. El monto reconocido de la mesada pensional fue de \$4.898.432 pesos (Cuad. 1, folio 27 a 29).

a. Copia de la Resolución 196 del veintiuno (21) de enero de dos mil cinco (2005), por medio

de la cual se modificó el artículo 1º de la Resolución 5675 de dos mil cuatro (2004). El monto de la pensión aumentó a \$5.208.995 pesos. (Cuad. 1 folio 30 a 31).

a. Copia de la Resolución 3162 del veintisiete (27) de junio de dos mil cinco (2005), por medio de la cual se resolvió una solicitud de reliquidación de pensión de vejez. En la resolución se indica que el gestor del amparo solicitó "(...) la reliquidación de la jubilación, [aduciendo que su] salario correspondiente al año 2004 como Magistrado Auxiliar de la sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia fue incrementado a partir del primero de enero de ese año, pero solo (sic) se hizo efectivo en el mes de Diciembre de 2004, es decir después de reconocida la pensión (...)". Así mismo, se señala que es necesario una "(...) nueva liquidación como resultado de un salario base de liquidación superior al que sirvió de base para la decisión contenida en la Resolución que reconoció la pensión (...)". Por lo mismo, el monto pensional se fijo en \$ 5.443.005 pesos. (Cuad. 1, folios 32 a 34)

a. Copia de la Resolución 06 del dieciocho (18) de enero de dos mil seis (2006), mediante la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la Resolución 5675 de 2009. En ella se dispuso confirmar la Resolución 5675 de 2009, con la reliquidación que se determinó en la Resolución 3162 de 2005. (Cuad. 1, folio 35 a 40)

a. Copia de la Resolución 5050 del diez (10) de noviembre de dos mil seis (2006), mediante la cual se da cumplimiento a un fallo de tutela que ordenó responder de fondo una solicitud de reliquidación. Como consecuencia de lo anterior, el ISS modificó el artículo primero de la Resolución 3162 de 2005 y reconoció un monto pensional, a partir del 1º de enero de dos mil seis (2006), de \$5.772.327 pesos. (Cuad. 1, folio 41 a 45).

a. Copia de petición formulada por el actor el once (11) de enero de dos mil ocho (2008) al ISS para obtener una nueva reliquidación de su pensión de jubilación. En ella, el accionante adujo que "(...) la aplicación del principio de favorabilidad argumentado por el ISS Seccional

Caldas, nos remite a la Ley 33 de 1985 (...), al haber laborado por más de 20 años al servicio de entidades de Derecho Público (...), por lo que (...) se debe tener en cuenta el promedio de lo devengado en el último año de servicios (...)" (Cuad. 1, folio 46 a 49)

a. Copia de la Resolución 14591 del ocho (8) de abril de dos mil nueve (2009), por la cual se resuelve la petición formulada por el actor el once (11) de enero de dos mil ocho (2008) negándola y se indica que el IBL "(...) fue el producto de lo devengado por el asegurado en los últimos 10 años[,] esto es[,] desde el 09 de Octubre de 1994 hasta el 10 de enero de 2005 (...)". Así mismo, se señala que si se aplica "(...) la Ley 33 de 1985 sólo le permite otorga (sic) 75%, siendo desfavorable para los intereses del asegurado, toda vez que la tasa de reemplazo, en este caso con el Decreto 758 de 1990 es del 84%". (Cuad. 1, folio 50 a 52)

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

1. Primera Instancia

Conoció de la causa en primera instancia el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bogotá, que mediante sentencia del catorce (14) de agosto de dos mil nueve (2009), resolvió declarar improcedente el amparo solicitado.

Consideró la autoridad judicial que, siguiendo la decantada jurisprudencia de la Corte Constitucional, entre ellas la sentencia T-184 de 2009 (proferida por la Sala primera de Revisión de esta Corporación), la acción de tutela es subsidiaria y residual, por lo que el gestor del amparo debía acudir a las instancias judiciales pertinentes para resolver el problema jurídico que lo aqueja. En este orden de ideas, reiteró que la misma sólo es procedente ante la inexistencia de medios judiciales de defensa o cuando éstos no resulten idóneos. Así mismo, la acción de tutela sería procedente ante el acaecimiento de un perjuicio irremediable. Empero, a su sentir, en el caso bajo estudio ninguno de estos supuestos se evidenciaba.

Así las cosas, el a quo consideró que si bien el demandante acudió a la vía gubernativa, no ha hecho lo mismo ante la jurisdicción contencioso administrativa, cosa que pudo haber hecho incluso "(...) desde el mismo momento [del] reconocimiento [de la pensión]" (Cuad. 1,

folio 62). De igual modo, enfatizó que las condiciones del caso concreto con respecto al pago o no de diferencias en la mesada pensional y a la determinación del IBL, “(...) no ha tenido una incidencia que deba calificarse de grave, inminente o que requiera de medidas urgentes (...)” (Cuad. 1, folio 62).

En este sentido, argumentó que el gestor del amparo no pertenece a la tercera edad, ni ve transgredida su dignidad humana por una nueva situación económica que no le permita satisfacer su mínimo vital. De hecho, el actor nunca indicó o probó que la variación económica acarrearía “(...) una real afectación al mínimo vital (...). Por lo tanto, (...) al haberse reconocido al accionante (...) un monto de pensión superior a los cinco millones de pesos y no haberse demostrado alguna condición que subsidiariamente hubiera dado lugar a la prosperidad de la acción como mecanismo transitorio (...)” (Cuad. 1, folio 63), como por ejemplo una enfermedad grave, no quedaba sino declarar improcedente la acción interpuesta.

2. Apelación

Inconforme con la decisión de instancia, el gestor del amparo elevó recurso de alzada. Sustentó su posición argumentando que por su edad - 64 años - era posible que no sobreviviera a la resolución del proceso en la jurisdicción contencioso administrativa. Así mismo, señaló que era evidente que el ISS no liquidó la pensión de vejez con las normas pertinentes, por lo que incurrió “en una vía de hecho” (Cuad. 1, folio 68).

De otro lado manifestó que debían aplicársele las leyes 33 y 62 de 1985, pues “(...) no completó con la Rama Judicial 10 años de servicio (...)”, por lo que no se le aplicaba el Decreto Ley 546 de 1971. A su parecer, estas normas son más favorables por la fórmula mediante la cual se determina el IBL.

En cuanto al derecho al mínimo vital, enfatizó que se ha fijado por la jurisprudencia que tiene una dimensión cualitativa y no cuantitativa, por lo que “(...) no puede como si fuera fórmula matemática decirse como lo hizo el fallador de primera instancia que: el accionante no hizo relación alguna ni aportó prueba que determinara la afectación a su mínimo vital, [como si no fuera obvio que una persona que] “(...) al momento de su retiro definitivo del servicio [devengaba] un salario que superaba los trece millones de pesos (\$13.000.000), no pueda sufrir deterioro en su nivel de vida con la mesada pensional reconocida por el ISS (...)” (Cuad.

1, folio 74).

3. Segunda Instancia

Conoció de la causa en segunda instancia la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que mediante sentencia del seis (6) de octubre de dos mil nueve (2009), resolvió confirmar la decisión del a quo.

Consideró la autoridad judicial que el accionante persigue mediante la acción de tutela que se ordene al ISS reliquidar la pensión, “(...) de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 y no el Decreto 758 de 1990 que se tuvo en cuenta (...)” (Cuad. 2, folio 8). Por ende, la acción de tutela resultaría improcedente al existir los mecanismos de defensa judicial idóneos y no avizorarse un perjuicio irremediable.

De otro lado, consideró el ad quem que si bien el gestor del amparo se encuentra dentro del régimen de transición, sólo tiene derecho a que se le aplique el régimen existente para los trabajadores privados con antelación a la Ley 100 de 1993 y no el contemplado en la Ley 33 de 1985, que regía exclusivamente para el sector público. Lo anterior, ya que “(...) sólo hasta el 1º de enero de 1999 ingresó a trabajar en la Rama judicial y como a partir de aquella fecha comenzó a laborar en el sector de justicia (...), no tiene derecho al régimen especial del Decreto 546 de 1971(...)” (Cuad. 2, folio 12). Así las cosas, “(...) es imposible poner en peligro o vulnerar un derecho del que se carece (...)” (Cuad. 2, folio 12).

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Remitido el expediente a esta Corporación, la Sala de Selección número Once, mediante Auto del veinte (20) de noviembre de dos mil nueve (2009), dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer de la revisión de los fallos materia de acción de

tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes, así como por la escogencia del caso por la Sala de Selección.

2. Problema jurídico y esquema de resolución

De los hechos narrados, así como de los medios probatorios aportados a la causa, corresponde a esta Sala de Revisión determinar, de manera preliminar, (I) si la acción de tutela resulta procedente para resolver el conflicto jurídico en torno a las normas que deben regular la manera como ha de establecerse el Ingreso Base de Liquidación del demandante. Sólo en caso de que el anterior cuestionamiento sea resuelto afirmativamente, la Sala Tercera de Revisión analizará (II) si el ISS, al aplicar el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para determinar el IBL, al igual que el Decreto 758 de 1990 para fijar el monto de la pensión, y no lo establecido en la Ley 33 de 1985, conculcó los derechos fundamentales invocados por el accionante.

Para resolver el primer problema jurídico planteado, la Sala reiterará la jurisprudencia de esta Corporación en torno a: (2.1) las condiciones de procedibilidad excepcional de la acción de tutela para obtener la reliquidación o reconocimiento de la pensión y (2.2) el concepto de Mínimo Vital frente a la configuración de un perjuicio irremediable. Posteriormente, (3) se entrará a solucionar el caso en concreto en lo concerniente a la procedencia de la acción de tutela.

2.1 Condiciones de procedibilidad excepcional de la acción de tutela para obtener la reliquidación o reconocimiento de la pensión. Reiteración de Jurisprudencia.

2.1.1 Una de las características de la acción de tutela es la subsidiariedad. Por esto, dentro de las causales de improcedencia de la misma, contempladas tanto en la Constitución como en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, se encuentra la existencia de otros medios de defensa judicial¹. Así, en principio, la acción de tutela no es el mecanismo judicial para resolver las controversias jurídicas en torno al reconocimiento o reliquidación de prestaciones sociales, ya que para tales efectos existen las jurisdicciones ordinarias competentes.

2.1.2 En este orden de ideas, al ser la acción de tutela subsidiaria, sólo es procedente cuando la persona no cuente con otro medio de defensa judicial, o cuando el existente sea ineficaz o se instaure para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable. Pretender lo contrario, esto es, la competencia principal del juez de derechos fundamentales para resolver los conflictos relacionados con prestaciones sociales, es desconocer el carácter extraordinario y residual que caracteriza al amparo constitucional.

2.1.3 Sin embargo, excepcionalmente, es posible la intervención del juez de tutela para resolver el reconocimiento y reliquidación de los aludidos derechos, no sólo cuando se ejerce como mecanismo transitorio - para lo cual se requiere demostrar el acaecimiento de un perjuicio irremediable² -, sino también cuando el medio judicial preferente es ineficaz o no es lo suficientemente expedito para proteger los derechos de las personas, caso en el cual operaría la acción de tutela de manera definitiva. En efecto, en sentencia T-083 de 2004, esta Corporación indicó:

“(…) [P]uede concluirse que la acción de tutela es 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. Y (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.”

2.1.4 En suma, la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado, como regla general, la improcedencia de la acción de tutela para el reconocimiento y reliquidación de la pensión. No obstante, y según las circunstancias del caso, la Corte ha establecido la procedencia de la acción de tutela de manera excepcional cuando sea necesario para evitar un perjuicio irremediable, como la afectación al mínimo vital, o cuando, a pesar de que existan los mecanismos ordinarios de defensa judicial, no resulten idóneos para proteger los derechos en riesgo.

2.2 Concepto de Mínimo Vital frente a la configuración de un perjuicio irremediable. Reiteración de jurisprudencia.

2.2.1 Existen varias normas a nivel supranacional de las que se desprende este Derecho Fundamental y que denotan su estrecha relación con la dignidad humana, al igual que su transversalidad, pues abarca diferentes ámbitos en el ordenamiento jurídico, los cuales son objeto de protección.

Así, el artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos contempla en su numeral 3º que “toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social”. Esta norma, permite evidenciar que se trata de un derecho que protege la subsistencia de las personas, tanto del individuo como de su núcleo familiar y que, en principio, se satisface mediante la remuneración de la actividad laboral desempeñada. Otro elemento que se desprende del mencionado artículo es que no se trata de cualquier tipo de subsistencia, sino que la misma debe revestirse de tales calidades que implique el desarrollo de la dignidad humana.

Empero, el concepto de mínimo vital es mucho más amplio que la noción de salario, cobijando incluso ámbitos como los de la seguridad social. Esto último ha sido reconocido por la legislación internacional. En efecto, la misma declaración estipula en el artículo 25 el derecho de toda persona a una subsistencia digna en los siguientes términos: “(...) Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial [-que no exclusivamente-], la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...)”. Lo anterior, también se denotó en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que estableció en el artículo séptimo, así como en el undécimo, el derecho de toda persona a contar con unas “condiciones de existencia dignas (...)”, al igual que el derecho a “(...) un nivel de vida adecuado (...) y a una mejora continua de las condiciones de existencia (...)”. En el mismo sentido también debe tenerse en cuenta el artículo 7º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), que establece el derecho a “(...) una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de

subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias (...)"

2.2.2 Siguiendo estos parámetros, es evidente que el mínimo vital cubre ámbitos prestacionales diversos, pues se encuentra inmerso no sólo en el salario, sino en la seguridad social. En efecto, si bien el artículo 53 contempla el derecho de todo trabajador a percibir una remuneración mínima vital y móvil, no es el único que desarrolla el derecho a la subsistencia digna. Así, el inciso tercero de ese artículo contempla el deber de garantizar el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones legales. Sumado a lo anterior, el artículo 48 de la Carta establece la obligación de que los "(...) recursos destinados a pensiones mantenga su poder adquisitivo constante (...)".

2.2.3 Así las cosas, esta Corporación ha reiterado en su jurisprudencia que el mínimo vital es un derecho fundamental ligado estrechamente a la dignidad humana, pues "constituye la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional"³.

2.2.4 En este orden de ideas, también se ha señalado que el concepto de mínimo vital no se reduce a una perspectiva cuantitativa, sino que, por el contrario, es cualitativo, ya que su contenido depende de las condiciones particulares de cada persona. Así, este derecho no es necesariamente equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente y depende del entorno personal y familiar de cada quien. De esta forma, cada persona tiene un mínimo vital diferente, que depende en últimas del estatus socioeconómico que ha alcanzado a lo largo de su vida. A este respecto, en la sentencia SU-995 de 1999, esta Corporación indicó:

"[L]a valoración del mínimo vital del pensionado no es una calificación objetiva, sino que depende de las situaciones concretas del accionante. Por consiguiente, el concepto de mínimo vital no se identifica con el monto de las sumas adeudadas o a "una valoración numérica de las necesidades biológicas mínimas por satisfacer para subsistir, sino con la apreciación material del valor de su trabajo"(...)".

2.2.5 Ahora bien, como esta Corporación apuntó en la sentencia T - 400 de 2009, aunque existen diferencias cualitativas en torno al mínimo vital, esto no significa que cualquier

variación en los ingresos que una persona recibe acarrea una vulneración de este derecho. En efecto, existen cargas soportables, que son mayores cuando una persona tiene mejores ingresos que otras. En este sentido recuerda la Corte que, por estar ligado el mínimo vital a la dignidad humana, y por estar ésta última ligada a su vez a la posibilidad de satisfacer necesidades básicas, entre mayor posibilidad financiera exista para la asunción de estas últimas, menor posibilidad de que se declare la vulneración del mínimo vital en sede de tutela. Esto último concuerda indefectiblemente con la subsidiaridad y residualidad de la acción de tutela.

Así las cosas, para que la misma procediera en razón a la afectación al mínimo vital, se requeriría que existiera una prueba suficiente, rigurosa y contundente, que mostrara que a pesar de existir una suma financiera razonable para asumir las necesidades básicas, las mismas no pueden ser satisfechas por las excepcionales circunstancias del caso concreto.

2.2.6 Esto último no es exclusivo del mínimo vital. Por el contrario, también se evidencia en la obligación alimentaria del derecho civil. Según el Código Civil, en el artículo 413, existen dos clases de alimentos: los congruos y los necesarios; siendo los primeros aquellos “(...) que habilitan al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social (...)”, y los segundos aquellos “(...) que dan lo que basta para sustentar la vida (...)”, incluyendo en ambos casos la posibilidad de educación y formación profesional o de cualquier oficio. En este orden de ideas, la misma legislación civil contempla la noción de carga soportable, pues el artículo 420 de dicho Código establece que “(...) los alimentos congruos o necesarios no se deben sino en la parte en que los medios de subsistencia del alimentario no le alcancen para subsistir de un modo correspondiente a su posición social o para sustentar la vida.”

2.2.7 Aún cuando el mínimo vital no equivale siempre a la obligación civil de alimentos, pues esta última deviene principalmente del parentesco y aquél puede depender del salario o de la pensión, en ambos casos, como se evidencia, existe la noción de carga soportable.

2.2.8 Al existir diferentes mínimos vitales, es una consecuencia lógica que haya distintas cargas soportables para cada persona. Para determinar esto, es necesario indicar que entre mayor sea el ingreso de una persona, mayor es la carga que puede soportar y, por ende, la

capacidad de sobrellevar con mayor ahínco una variación en el caudal pecuniario que reciba. Por esta razón, esta Corporación ha determinado que los requisitos que deben comprobarse para acreditar la vulneración del mínimo vital, “se resumen en que (i) el salario o mesada sea el ingreso exclusivo del trabajador o pensionado o existiendo ingresos adicionales sean insuficientes para la cobertura de sus necesidades (sic) básicas y que (ii) la falta de pago de la prestación genere para el afectado una situación crítica tanto a nivel económico como psicológico, derivada de un hecho injustificado, inminente y grave⁴”.⁵ (subraya fuera del original).

2.2.9 En suma, el derecho al mínimo vital se relaciona con la dignidad humana, ya que se concreta en la posibilidad de contar con una subsistencia digna. Encuentra su materialización en diferentes prestaciones, como el salario o la mesada pensional, mas no es necesariamente equivalente al salario mínimo legal, pues depende del status que haya alcanzado la persona durante su vida. Empero, esta misma característica conlleva a que existan cargas soportables ante las variaciones del caudal pecuniario. Por lo mismo, ante sumas altas de dinero, los cambios en los ingresos se presumen soportables y las personas deben acreditar que las mismas no lo son y que se encuentran en una situación crítica. Esto se desprende de las reglas generales de procedencia de la acción de tutela contempladas en el artículo 86 de la Constitución y en el Decreto 2591 de 1991.

1. Análisis del caso en concreto

Al momento de interponer la acción de tutela, relató que en octubre de dos mil cuatro (2004) le fue reconocida su pensión de vejez por parte del ISS. Así mismo, señaló que mediante tres peticiones diferentes y sucesivas solicitó a la entidad demandada la reliquidación de la mencionada prestación. En este orden de ideas, en la primera de ellas, presentada el cinco (5) de abril de dos mil cinco (2005), pidió que se tuvieran en cuenta nuevos valores correspondientes al aumento salarial que lo benefició durante todo el año de dos mil cuatro (2004), período en el cual trabajó como Magistrado Auxiliar con posterioridad al momento en el cual le fue reconocida la pensión. Solicitud que fue respondida por el ISS el cinco (5) de abril de dos mil cinco (2005) y que modificó el monto de la pensión.

En la segunda de ellas, elevada el diecinueve (19) de agosto de dos mil cinco (2005), pidió

que se tuvieran en cuenta el incremento salarial para los años mil novecientos noventa y nueve (1999), dos mil (2000) y dos mil uno (2001), que fue reconocido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca a su favor mediante sentencia del diez (10) de febrero de dos mil tres (2003) y pagado hasta el diecinueve (19) de mayo de dos mil cinco (2005). En razón a esta petición, la entidad demandada modificó la mesada pensional incrementándola.

Finalmente, a través de la tercera petición, instaurada el once (11) de enero de dos mil ocho (2008), solicitó al ISS que se reliquidara su pensión de vejez, pues a su parecer no se habían tenido en cuenta la totalidad de los pagos realizados como remuneración, ni se aplicó la norma correspondiente para fijar el IBL. La entidad demandada negó la reliquidación. Así mismo, negó la aplicación de la Ley 33 de 1985 para determinar el IBL y, en cambio, aplicó el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, así como el Decreto 758 de 1990 que fija el monto de la pensión como correspondiente al 84% del IBL.

3.2 Tras el silencio guardado por el ISS durante el término conferido para ejercer su derecho de defensa, ambas autoridades judiciales declararon improcedente la acción interpuesta, pero por razones diferentes.

La Jueza de primera instancia observó que la acción de tutela era improcedente por no existir en el acervo probatorio ningún medio que acreditara el acaecimiento de un perjuicio irremediable por la variación del caudal pecuniario sufrido por el demandante. En este mismo orden de ideas, citando jurisprudencia de esta Corporación, argumentó que las características de subsidiariedad y residualidad de la acción de tutela exigían que se acudiera a las instancias de defensa judicial ordinarias, salvo que los medios existentes no existieran, no fueran idóneos o se evidenciara el acaecimiento del mencionado perjuicio. En este sentido, además de no corroborarse la afectación al mínimo vital, pues el demandante recibía en la actualidad más de cinco millones de pesos y no aportó prueba alguna de que se encontrara en una situación tal que se afectara el mencionado derecho, tampoco se acreditó alguna otra circunstancia que permitiera el amparo transitorio, como lo sería una enfermedad grave.

A su turno, la autoridad judicial de segunda instancia, además de repetir los argumentos de improcedencia desarrollados por el a quo, indicó que el gestor del amparo sólo tiene derecho

a que se le apliquen los regímenes existentes para los trabajadores privados con antelación a la Ley 100 de 1993, pues no completó el tiempo necesario para ser cobijado por la Ley 33 de 1985 y el Decreto 546 de 1971, que rigen exclusivamente para el sector público.

3.3 Los medios probatorios aportados al proceso, así como los hechos narrados por la parte demandante, impelen a confirmar las decisiones de instancia que declararon improcedente la acción interpuesta. Esto, por las razones que pasan a exponerse, ya que no se cumplen los requisitos para que la acción de tutela - residual y subsidiaria -, proceda excepcionalmente.

3.4 Estas exigencias, que para el caso bajo estudio se concretarían en el acaecimiento de un perjuicio irremediable, no son un capricho. Por el contrario, obedecen a los mismos postulados de la Constitución y del Decreto 2591 de 1991, que consagraron claramente que la acción de tutela es subsidiaria y residual. Así las cosas, salvo situaciones excepcionales, el juez de tutela debe respetar la competencia de aquellas instancias judiciales ordinarias a quienes les corresponde resolver los asuntos, que como el presente, aquejan al actor.

3.5 Ninguna de las pruebas aportadas por el demandante al proceso hacen referencia a una situación tal que revista de gravedad e inminencia y requiera de medidas urgentes e impostergables para ser superada. El señor Gutiérrez adjuntó a la demanda certificados, como el expedido por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, donde se demuestra la remuneración por él recibida durante seis años (Cuad. 1, folios 18 a 20) o los pagos reconocidos como “Abogado Asistente” de la Corte Suprema de Justicia (Cuad. 1, folio 21 a 26). Así mismo, allegó copias de las diferentes resoluciones que fueron expedidas como respuesta a sus peticiones y que variaron el monto que le correspondía como mesada pensional (Cuad. 1, folios 27 a 45 y 50 a 52). Ninguno de estos medios probatorios permiten constatar que el demandante se encuentre en una situación tal donde se le conculque su mínimo vital. De hecho, ni siquiera aduce tal transgresión en los hechos que relató al momento de instaurar la demanda.

3.6 Como se indicó en las consideraciones generales de esta providencia, si bien el mínimo vital es cualitativo, por lo que se diferencia según el status al que haya llegado cada persona durante su vida, las variaciones en el caudal pecuniario no conllevan automáticamente una transgresión del mismo. Por el contrario, existen diferentes cargas soportables, que son

mayores si las personas disfrutaron de altos medios económicos para satisfacer sus necesidades. En este sentido, el hecho de que al demandante se le reconociera, mediante la Resolución 5050 del diez (10) de noviembre de dos mil seis (2006), un monto pensional de \$5.772.327 pesos (Cuad. 1, folio 41 a 45) y que en ningún momento haya hecho referencia a una situación tal donde se evidenciara la ocurrencia de un perjuicio irremediable, hacen suponer que la carga de la variación económica es para él soportable. A esto se le suma que sólo hasta la petición presentada el once (11) de enero de dos mil ocho (2008) - habiendo sido reconocida la pensión de vejez mediante Resolución 5675 de dos mil cuatro (2004) - solicitó que se le aplicara la fórmula contenida en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985. Actitud tardía, pues ya en la Resolución 5675 de dos mil cuatro (2004) se señaló que para determinar el IBL se emplearía "(...) el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (...). [Obteniendo] como resultado un ingreso base de liquidación de \$ 5.831.467,00 [pesos]" (Cuad. 1, folios 27 a 29). Por lo tanto, esta diferencia de tiempo entre el momento en el cual el ISS le indicó el método a usar para determinar el IBL y la solicitud por él presentada para variarlo, donde pidió que se utilizaran los parámetros de la Ley 33 de 1985, conllevan a que no se avizore - al menos con los medios probatorios obrantes en el proceso -, gravedad alguna en la situación actual del gestor del amparo. De igual manera tal situación muestra que no se presentó el requisito de inmediatez de la acción de tutela, que tampoco es un capricho jurisprudencial, sino que se justifica en la medida en que su ausencia hace desaparecer la urgencia requerida en la protección del derecho constitucional fundamental.

3.7 En este sentido, fue clara y pertinente la observación de la jueza de primera instancia al señalar la ausencia de medios probatorios que acreditaran que la carga no fuera soportable y, por ende, la ocurrencia de un perjuicio irremediable por la afectación al mínimo vital. El demandante, por su parte, en vez de aportarlas para que fueran evaluadas por la autoridad judicial de segunda instancia, prefirió argumentar que siempre debe presumirse la afectación al mínimo vital, señalando que era suficiente para observar tal afectación, el "(...) hecho de que el accionante[,] tratándose de un H. Magistrado Auxiliar de la Corte Suprema de Justicia, con una antigüedad en el cargo de más de 08 años[,] (...) devengaba al momento de su retiro definitivo del servicio un salario que superaba los trece millones de pesos (\$13.000.000)" (Cuad. 1, folio 74). Razonamiento que, como se desprende de las consideraciones de esta providencia, se aparta de la jurisprudencia de esta Corporación y en este orden de lógica y sentido, de los principios que rigen la acción de tutela en el Estado Social de Derecho.

3.8 Sumado a lo anterior, y ante la ausencia de prueba en contrario, para la Sala es claro que un salario superior a los “(...) \$ 14.109.933 pesos (...)” (Cuad. 1, folio 8), tal como indica el gestor del amparo que devengaba, supone una alta carga soportable. A este respecto, subraya la Sala que no es por el monto que recibía el gestor del amparo que no se considere la posibilidad de una transgresión al mínimo vital, sino por la ausencia de pruebas que acrediten que la carga producto de la variación del caudal pecuniario fuera insoportable. Así las cosas, la Sala comparte los argumentos esbozados por la jueza de primera instancia.

3.9 Finalmente, es pertinente indicar que si bien es cierto que por diversas circunstancias – como la edad –, las reglas de procedencia de la acción de tutela pueden ser apreciadas con mayor flexibilidad, esto no implica la automática procedencia de la misma. Así las cosas, el argumento que esboza el gestor del amparo en torno a su edad y, por lo mismo, la imposibilidad de sobrevivir la resolución de su conflicto jurídico en las instancias pertinentes para forzar la procedencia de la acción de tutela como regla general, es falso. En este sentido, es importante señalar que nadie tiene certeza, independientemente de la edad con que cuente al momento de instaurar determinada acción judicial, de vivir lo suficiente para ver el fin del proceso. Y no necesariamente por la duración del mismo, sino por circunstancias incluso ajenas a la voluntad, como por ejemplo un accidente. Por lo mismo, y ante la posibilidad – así sea mínima –, de alguna contingencia, es que el legislador contempló el Sistema de Seguridad Social integral. En efecto, la Ley 100 de 1993 consagró como objeto del mismo “(...) garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten (...)”. Así las cosas, el mismo sistema jurídico asume la probabilidad de cualquier hecho que afecte la salud de las personas e incluso la muerte. Por lo tanto, el hecho de que el actor cuente en este momento con más de 65 años de edad, pues nació el catorce (14) de octubre de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944) (Cuad. 1 folio 27), no es razón suficiente para que la acción de tutela proceda. Máxime si no existen medios probatorios que acrediten otras condiciones, por ejemplo una enfermedad grave, que hagan imperiosa e impostergable la actuación del juez de tutela.

3.10 En suma, la Sala observa que en el caso concreto no existen medios probatorios suficientes que permitan constatar la afectación del mínimo vital u otra circunstancia, de tal gravedad, que haga procedente excepcionalmente la acción de tutela para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable. Así las cosas, la Sala confirmará las decisiones de

instancia que declararon improcedente el amparo deprecado.

IV DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bogotá, el catorce (14) de agosto de dos mil nueve (2009), que a su vez fue confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el seis (6) de octubre de dos mil nueve (2009), en la causa instaurada por Angeleme Gutiérrez Mejía contra el ISS.

Segundo. LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado Ponente

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

A LA SENTENCIA T-205 DE 2010

ACCION DE TUTELA PARA RELIQUIDACION DE PENSION DE VEJEZ-Procedencia por cuanto se configuró vulneración al mínimo vital por indebida aplicación normativa respecto al régimen pensional aplicado (Salvamento de voto)

La presente acción resultaba procedente por varias razones (I) a pesar de la existencia de otro mecanismo de defensa judicial la edad del demandante y la duración de los procesos de naturaleza administrativa hacen inocuo el mecanismo para lograr la protección efectiva del los derechos invocados, (II) existe una afectación latente del mínimo vital del demandante dada la variación sustancial entre el ingreso percibido por concepto de salario (\$14.109.933) y la asignación pensional dada por el ISS (\$5.772.327), (III) los derechos pensionales son derechos adquiridos y en este sentido no son una dádiva estatal, por el contrario constituyen la devolución de unos aportes realizados por el cotizante durante la vida laboral, en este sentido, por la naturaleza de los derechos que se discuten no puede aplicarse a raja tabla el concepto de carga soportable, (IV) el papel del juez constitucional es dinámico y ante la duda le corresponde establecer la verdad procesal y partir de la presunción de buena fe.

Referencia: expediente T-2464022

Acción de tutela instaurada por Angeleme Gutiérrez Mejía contra el Instituto de Seguro Social.

Magistrado Ponente:

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Con el respeto acostumbrado con las decisiones que toma esta Corporación, me permito apartarme de las consideraciones adoptadas por la Sala Tercera de Revisión dentro del expediente de la referencia. Las razones que apoyan mi postura son las siguientes:

1. Antecedentes

1. El señor Angeleme Gutiérrez Mejía solicitó mediante acción de tutela la protección de sus derechos a la seguridad social, al debido proceso y al mínimo vital, por considerarlos vulnerados por el Instituto de Seguro Social por cuanto estima el demandante que este último realizó una errada aplicación normativa en el acto administrativo que reliquidó su asignación pensional.⁶

1. Manifiesta el demandante que hace parte del régimen de transición y que en su caso, la norma aplicable es la Ley 33 de 1987, disposición que le resulta más favorable, toda vez que ésta fue instituida para los empleados oficiales, y le permite pensionarse con el 75% del promedio del salario devengado durante el último año de servicio.

1. En este sentido estima que la favorabilidad de la norma que solicita sea aplicada, es evidente y además corresponde con su situación laboral, dado que en el momento de realizar la solicitud pensional el demandante se desempeñaba en el cargo de magistrado auxiliar de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, devengando un salario mensual de \$14.109.933.

1. Informa el demandante que desde el año 2004, -fecha en el cual se emite la primera resolución por parte de la entidad-, ha presentado diversas peticiones en las que solicita la reliquidación pensional y además presentó los recursos correspondientes ante la entidad demandada.

1. En sede de revisión la Sala Tercera, decidió confirmar los fallos de instancia y en este sentido declaró la improcedencia de la acción, por considerar que (I) el demandante cuenta con otro mecanismo de defensa judicial y no se muestra que aquél no sea eficaz e idóneo, asimismo, se establece que la edad del señor Gutiérrez Mejía no genera la procedencia automática de la acción⁸, dado que no se tiene certeza si el demandante vivirá lo suficiente para conocer la decisión y, (II) no se acredita la existencia de un perjuicio irremediable ni la

afectación del mínimo vital, ya que el demandante percibía un salario mensual superior a \$14.109.933, situación que permite presumir una carga soportable, evento que no fue desvirtuado con las pruebas aportadas al expediente de tutela.

2. Consideraciones:

2.1 Esta Corporación en diversos pronunciamientos⁹, ha establecido la procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos que transgredan el derecho fundamental al debido proceso en materia pensional, toda vez que se entiende que la vulneración del derecho a la seguridad social trae consigo la afectación de otros derechos como el del mínimo vital, la vida digna entre otros, es por ello que para establecer dicha procedencia, esta Corporación ha sostenido que cada caso deberá evaluarse en concreto.

2.2 Así, al estudiar la existencia de otros medios de defensa judicial y su idoneidad, es importante resaltar las condiciones particulares de quien solicita el amparo. En consonancia con ello, en el presente caso es importante valorar que el señor Angeleme Gutiérrez Mejía¹⁰ tiene 65 años y por tanto, se encuentra dentro del grupo de personas de la tercera edad¹¹; además de esta situación podría inferirse que como consecuencia de la duración de un proceso de naturaleza administrativa lo más probable es que el demandante no alcance a disfrutar de su pensión en el monto cotizado.

En este sentido, la jurisprudencia¹² ha resaltado que en algunos casos los medios jurídicos para solicitar derechos en materia pensional pueden resultar inocuos para la protección de los derechos fundamentales invocados, toda vez que cuando una persona se encuentra dentro del grupo de especial protección en razón de su avanzada edad, dicha situación, genera un velo de mayor amparo¹³, en razón de que la condición física de las personas que se encuentran dentro de este grupo, no es la misma, en virtud de los procesos naturales de vida.

En este sentido se pronunció esta Corporación en la sentencia T-019 de 2009, en la cual se dijo:

“Ahora, si bien la accionante puede acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa para obtener la nulidad de la resolución del I.S.S. que negó la pensión de vejez y lograr su reconocimiento y liquidación, no puede perderse de vista que dichos procesos tienen una

duración aproximada de 10 años, de modo que someter a la señora Ávila Sotomontes a un proceso ordinario o administrativo llevaría a hacerle perder uno de los beneficios a que tiene derecho por pertenecer al régimen de transición, cual es la posibilidad de pensionarse con la edad estipulada en el régimen pensional al que estaba afiliada al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993.

En tal sentido, esta Sala de Revisión considera que el mecanismo judicial con que cuenta la señora Luz Marina Ávila Sotomontes para controvertir la decisión administrativa que le negó la pensión de vejez, no es idóneo ni eficiente para obtener la efectiva garantía de sus derechos fundamentales invocados¹⁴ y, por consiguiente, la acción de tutela promovida resulta procedente”.

En igual dirección, en la sentencia T-483 de 2009, se decidió conceder el amparo definitivo. En esta oportunidad la Corte dijo:

“En primer lugar, es injusto someter al accionante a un largo proceso judicial cuando es claro que su pensión fue reconocida de conformidad con una normatividad manifiestamente inaplicable (...).

(...)

Por último, es pertinente señalar que la dignidad humana del peticionario se ha visto seriamente lesionada debido a la actuación irregular de Cajanal, por cuanto liquidarle su pensión con un monto inferior a aquel que legalmente le corresponde, luego de haber cotizado al sistema de seguridad social por más de treinta y cuatro años (34), aplicándole para ello un régimen pensional impertinente, lesiona sus derechos fundamentales”. 15

2.3 En cuanto a la inexistencia de un perjuicio irremediable y no afectación al mínimo vital, en razón del salario devengado por el demandante durante su vida laboral, estimo importante valorar (I) la presunción de una carga soportable para el demandante ante la variación del ingreso y, (II) la carencia de pruebas que la desvirtúen.

2.3.1 Frente al primer aspecto es importante resaltar que el concepto de carga soportable en materia pensional no puede ser aplicado de forma estricta, toda vez que los derechos

pensionales son derechos adquiridos no transables; bajo este entendido cuando se pretende el pago de una asignación pensional, se busca por parte del reclamante la devolución periódica de unos aportes realizados durante la vida laboral, con la expectativa legítima de que estos sean pagados cuando se presenten diversos eventos, -entre ellos la vejez-, en una proporción consonante con lo aportado y que garantice el modus vivendi alcanzado durante la vida productiva.¹⁶

2.4 Sobre el segundo aspecto, se resalta el papel del juez de tutela en la resolución de los casos, el cual tiene la obligación de establecer la verdad probatoria, por ello en virtud de lo establecido en el Decreto 2591 de 1991 este tiene la facultad de decretar las pruebas que estime necesarias para dicho fin.¹⁷

2.4.1 Asimismo, es importante hacer mención que dentro de esta acción de amparo se parte de la presunción de buena fe y en consonancia con ello, se establece la presunción de veracidad¹⁸ en las declaraciones presentadas, no obstante, aquellas pueden ser controvertidas o desvirtuadas por la parte contraria o verificadas por el juez constitucional.

“8. Respecto del papel del juez de tutela, considera esta Sala que el mismo cuenta con amplias facultades de interpretación, en razón a su función de garante de los derechos fundamentales de las personas, de manera tal que su rol es mucho más activo que el de otros jueces y en esta medida es su deber esclarecer los hechos que dieron origen a la acción”.

Además en el fallo antes citado se hace mención a la sentencia T-463 de 1996, que al determinar el papel del juez en un Estado Social de Derecho y su posición de garante del derecho sustancial, expresó:

“El juez, especialmente en materia de tutela, tiene a su cargo un papel activo, independiente, que implica la búsqueda de la verdad y de la razón, y que riñe con la estática e indolente posición de quien se limita a encontrar cualquier defecto en la forma de la demanda para negar el amparo que de él se impetra.

(...)

La demanda de tutela es, entonces, apenas el aviso, la alerta dada al juez acerca de que los derechos fundamentales de alguien están siendo desconocidos o amenazados, por lo cual, a partir de ella, tiene la responsabilidad de esclarecer los hechos y de adoptar las providencias oportunas que los preceptos constitucionales exigen.”¹⁹

2.4.2 En este sentido, es posible afirmar que el rol del juez en esta materia es dinámico y pro activo. Así en el presente caso, el demandante manifestó que la indebida aplicación normativa en la resolución del ISS que reliquidó su asignación pensional generaba una afectación a su mínimo vital, afirmación que no fue controvertida por la parte demandante y que de haberse presentado duda era necesario solicitar a instancias del juez de tutela las pruebas necesarias para determinar dicha afectación.

2.4.3 Por ello en cuanto a la afectación al mínimo vital advertida por el señor Gutiérrez Mejía, es posible establecer que una errada liquidación pensional elaborada por el ISS puede generar para el demandante un perjuicio irremediable y una afectación evidente del mínimo vital, dado que si su salario excedía los \$14.109.933 al otorgarle una pensión de \$5.772.327, su modo de vida se ve lesionado, porque a todas luces se evidencia una desproporción bastante notable en el ingreso.

2.4.4 En consecuencia estimo que la presente acción resultaba procedente por varias razones (I) a pesar de la existencia de otro mecanismo de defensa judicial la edad del demandante y la duración de los procesos de naturaleza administrativa hacen inocuo el mecanismo para lograr la protección efectiva de los derechos invocados, (II) existe una afectación latente del mínimo vital del demandante dada la variación sustancial entre el ingreso percibido por concepto de salario (\$14.109.933) y la asignación pensional dada por el ISS (\$5.772.327), (III) los derechos pensionales son derechos adquiridos y en este sentido no son una dádiva estatal, por el contrario constituyen la devolución de unos aportes realizados por el cotizante durante la vida laboral, en este sentido, por la naturaleza de los derechos que se discuten no puede aplicarse a raja tabla el concepto de carga soportable, (IV) el papel del juez constitucional es dinámico y ante la duda le corresponde establecer la verdad procesal y partir de la presunción de buena fe.

3. Trazadas las anteriores consideraciones, estimo que la solicitud elevada era procedente y, en este sentido, se hacía necesario realizar un estudio de fondo, para establecer si existió o

no, vulneración del derecho al debido proceso.

3.1 Según la jurisprudencia de esta Corte se han establecido dos eventos en los cuales pueden presentarse vías de hecho en los actos administrativos proferidos en virtud del reconocimiento pensional;²⁰ el primero de ellos es (I) cuando el peticionario cuenta con los requisitos exigidos para obtener su derecho, pero este le es negado por razones administrativas y, (II) cuando existe una indebida aplicación normativa en el acto administrativo que reconoce la asignación, desconociendo la disposición aplicable al caso y el principio de favorabilidad, en este sentido, se dijo: “La posición de quien cumple con lo exigido por la ley configura un auténtico derecho subjetivo exigible y justiciable”.²¹

4. En el presente caso se tiene que de acuerdo con el reporte pensional aportado por el Instituto de Seguro Social, el señor Gutiérrez Mejía hace parte del régimen de transición, toda vez que al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, tenía 49 años de edad²² y, comenzó a laborar en entidades de derecho público desde el 17 de febrero de 1960.

4.1 Además, según registro de la misma entidad, el demandante para el año 2004 contaba con 21 años de servicio en entidades de derecho público, tiempo que tras una nueva resolución de 27 de junio de 2005, fue corregido y se estableció que el actor contaba con un total de 1.175 semanas que equivalen a 24 años aproximadamente, de servicios prestados en dicho sector.²³

4.3 Sumado a lo anterior, quedó probado que el señor Gutiérrez Mejía agotó todos los recursos de la vía gubernativa y presentó varias solicitudes de reliquidación, siendo la última la del día 11 de enero de 2008, -cumpliendo con el requisito de inmediatez- en la cual adjunta una resolución emitida el 11 de diciembre de 2007, por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, en la cual se hace la relación de los sueldos pagados al demandante, a partir del 1 de enero de 1999, hasta el 10 de enero de 2005, allí se discrimina cada uno de los factores salariales del señor Gutiérrez Mejía.²⁴

4.4 En este contexto, puede afirmarse que le asiste razón al demandante en cuanto a la disposición aplicable a su caso, dado que la misma entidad al certificar las semanas cotizadas y las entidades en las que prestó el servicio, resuelve que (I) el señor Mejía hace

parte del régimen de transición, (II) cuenta con más de 20 años de servicios cotizados en entidades de derecho público y (III) cumple con el requisito de la edad establecida para pensionarse.

4.5 Además, es importante resaltar, que la entidad so pretexto de una aparente favorabilidad empleó una norma abiertamente contraria y desfavorable al demandante, situación que puede identificarse cuando se compara el Ingreso Base de Liquidación (IBL), empleado en las dos disposiciones; de esta manera, en el caso de aplicar la Ley 33 de 1985 -solicitada por el demandante-, su monto pensional ascendería aproximadamente a \$10.582.449, pero con el Decreto 758 de 1990, -normativa utilizada por la entidad- la pensión otorgada es de \$5.772.327.

5. Esta situación permite concluir que (I) en efecto existe una variación sustancial en el ingreso del demandante y per se en su modus vivendi, tal como lo afirma en su escrito de demanda de tutela, toda vez que el salario devengado por él, antes de solicitar la asignación pensional ascendía a la suma mensual de \$14.109.933; (II) esta variación se generó en una indebida aplicación normativa, contraria a los principios rectores en materia laboral y de seguridad social, tales como el de favorabilidad y el pro homine, además, de los derechos adquiridos, los cuales deben ser faros interpretativos en esta materia, (III) le asistía razón al demandante en cuanto al régimen pensional solicitado, toda vez que, además de ser más favorable en términos cuantitativos se adecuaba a su cuadro pensional. Por las razones expuestas, considero que era importante realizar un estudio de fondo en el caso concreto.

Fecha ut supra,

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

1 En efecto, el inciso 3º del artículo 86 de la Constitución consagra: "(...) Esta acción 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". Por su parte, el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 contempla: "(...) La acción de tutela no

procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judicial, 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 (...)"

2 El perjuicio irremediable ha sido comprendido por la jurisprudencia de esta Corporación como aquél que reúna las siguientes condiciones: debe ser inminente, grave, requerir medidas urgentes y, por lo tanto, impostergables. Así las cosas, se constata un perjuicio irremediable cuando se evidencie que se corre el riesgo de que cualquier medida a adoptar sea ineficaz por inoportuna y tardía ante la consumación del daño antijurídico. Al respecto, puede consultarse la sentencia SU- 544 de 2001.

3 Sentencia SU-995/99. En esta providencia, la Corte Constitucional revisó los casos de profesores vinculados a la Secretaría de Educación del Departamento del Magdalena a quienes la Administración Municipal de El Pato no les había cancelado varios meses de salarios, al igual que primas de navidad y de vacaciones. En las consideraciones del caso, la Corte analizó la relación existente entre el pago oportuno del salario y el derecho al mínimo vital. Así mismo, se indicó que este último no es equivalente al salario mínimo. Como consecuencia, la Corte confirmó las sentencias que amparaban los derechos y revocó aquellas que denegaban la tutela del mismo, ordenándole a la demandada (Alcaldía de El Pato - Magdalena-) efectuar las operaciones presupuestales para garantizar los salarios debidos; actuación que no podía exceder el término perentorio de tres meses.

4 Con referencia a la exposición de los alcances de la protección del derecho al mínimo vital Cfr. Corte Constitucional, sentencia SU-995/99.

5 T-827 de 2004. En esta sentencia, la Corte Constitucional revisó un caso en el cual se demandaba al Grupo Interno de Trabajo para la gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia del Ministerio de Protección Social, debido a una decisión administrativa en la que al gestor del amparo se le descontaban porcentajes de su mesada pensional con fundamento en montos de dineros cancelados y que debían ser reintegrados. Sin embargo, esta operación implicaba que la mesada pensional del actor quedara por debajo del salario mínimo legal vigente. Por lo mismo, el accionante empezó a recibir la tercera parte de lo que mensualmente se le cancelaba, cosa que, además de afectarlo a él, traía repercusiones para

su familia, que dependían de la mesada pensional. La Corte Constitucional confirmó las sentencias de instancia que resolvieron amparar el derecho invocado, mas especificó que debía hacerse de forma transitoria por las causales de procedencia de la acción de tutela. Como fundamento de la decisión, se indicó que se constataba la transgresión al mínimo vital por haberse reducido la mesada pensional a menos del salario mínimo mensual legal vigente.

6 El Instituto de Seguro Social aplicó el Decreto 758 de 1990, la entidad estimó que esta normativa le resultaba más favorable, toda vez que la liquidación se haría con base en el 84% del promedio del salario devengado durante los últimos 10 años de servicios prestados y no, con el 75% del último año de labor.

7 Esta norma es aplicable a las personas que hagan parte del régimen de transición y hayan laborado de forma interrumpida o ininterrumpida para entidades de derecho público durante un lapso de 20 años y tengan 55 años; allí se contempla que la liquidación pensional de quienes cumplen los requisitos se hará teniendo en cuenta el 75% del promedio del salario devengado durante el último año de servicio.

8 En la valoración realizada por la Sala, referente a la edad del demandante se dijo: “En este sentido, es importante señalar que nadie tiene certeza, independientemente de la edad con que cuente al momento de instaurar determinada acción judicial, de vivir lo suficiente para ver el fin del proceso. Y no necesariamente por la duración del mismo, sino por circunstancias incluso ajenas a la voluntad, como por ejemplo un accidente, por lo mismo, y ante la posibilidad - así sea mínima, de alguna contingencia (...).”

9 Ver sentencias T-351 de 2010, T-483 de 2009, T-019 de 2009, T-101 de 2008, T-158 de 2006, T-631 de 2002 y T-571 de 2002, entre otras.

10 www.dane.gov.co/files/investigaciones/poblacion/.../proyecc3.xls.

11 Ley 1276 de 2009, artículo 7: (...)b) Adulto Mayor. Es aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más. A criterio de los especialistas de los centros vida, una persona podrá ser clasificada dentro de este rango, siendo menor de 60 años y mayor de 55, cuando sus condiciones de desgaste físico, vital y psicológico así lo determinen;(...).

12 Ver sentencias T-019 de 2009, T-483 de 2009, T-052 de 2008 entre otras.

13 En relación con este punto se resalta que teniendo en cuenta la situación diferenciada en el que se encuentran varios sujetos del conglomerado social, se han diseñado medidas con el fin de proteger a las personas que hacen parte del grupo denominado “sujetos de especial protección”, dentro de ellas las acciones afirmativas.

14 En Sentencia T-052 de 2008, sobre un asunto similar al que ahora se debate se dijo: “ (...) es conocida la prolongada duración de este tipo de procesos y teniendo en cuenta que la pretensión del actor es pensionarse con la edad de 55 años y comenzar a disfrutar de su pensión de jubilación, cuando se produzca una decisión judicial que defina el conflicto y que eventualmente acceda a su solicitud, carecería de eficacia en el caso concreto porque de cualquier forma el accionante ya habría cumplido la edad, 60 años, que en los dos regímenes le permitiría acceder al derecho reclamado. Por tanto esta Sala encuentra que las acciones ordinarias de protección de derechos del actor, consideradas en concreto resultan inocuas e ineficaces para conseguir el fin perseguido por el demandante y que por consiguiente someter al actor a un proceso laboral ordinario en el que se defina la edad a la que puede pensionarse, resulta desproporcionado y violatorio de su derecho fundamental al acceso a la seguridad social.”

15 Ver Sentencia T-483 de 2009,

17 Sobre este punto la sentencia SU-995 de 1999 la cual estudia la procedencia de la acción de tutela para el pago de salarios por la relación con el derecho al mínimo vital, establece las responsabilidades que en materia probatoria le atañe al juez de tutela y a las partes, en los siguientes términos: “(...) e. La informalidad de la acción de tutela, y el hecho de que la persona no tenga que probar que es titular de los derechos fundamentales reconocidos por la Carta Política a todos, o a los que se encuentran en determinados supuestos normativos, no exoneran al actor de probar los hechos en los que basa sus pretensiones; sin embargo, en esta clase de procesos preferentes y sumarios, el régimen probatorio está orientado por las facultades excepcionales que confiere el Decreto 2591 de 1991 al juez de amparo, especialmente en los artículos 18, 20, 21 y 22. Además, en la aplicación de las reglas de la sana crítica, debe partir el fallador del principio de la buena fe, constitucionalizado en el artículo 83 de la Carta de 1991”.

18 Decreto 2591 de 1991, artículo 20: Presunción de veracidad. Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa.

19 Sentencia T-463 de 1996.

20 Sentencias T-483 de 2009 y T-571 de 2002.

21 Sentencia T-571 de 2002.

22 El señor Angeleme Gutiérrez Mejía nació el 14 de 1944.

23 Folios 27-29 y 32-34 Cuaderno 2 del expediente. Resoluciones emitidas por el ISS, la primera que se relaciona es del 29 de octubre de 2004, la segunda de 27 de junio de 2005.

24 Esta Solicitud fue resuelta por la entidad mediante acto administrativo de 8 de abril de 2009, en la cual niega la reliquidación de la pensión de vejez, argumentando que dicha normativa sólo le permite otorgar el 75% del promedio del salario percibido, resultando desfavorable para los intereses del asegurado y por el contrario la tasa de reemplazo, en este caso con el Decreto 758 de 1990 es del 84%.