

ACCION DE TUTELA PARA OBTENER RECONOCIMIENTO O RELIQUIDACION DE PENSION-
Reiteración de jurisprudencia

CONCEPTO DE MINIMO VITAL FRENTE A LA CONFIGURACION DE PERJUICIO IRREMEDIABLE-
Reiteración de jurisprudencia

Es evidente que el mínimo vital cobija 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 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”. 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. 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.

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA-Inexistencia de perjuicio irremediable

Referencia: expediente T-2.861.992

Acción de Tutela instaurada por Clemencia Forero Ucros contra el Instituto de Seguro Social (ISS) y los Ministerios de Relaciones Exteriores y de Hacienda y Crédito Público.

Magistrado Ponente:

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Colaboró: Javier Francisco Arenas Ferro

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de marzo de dos mil once (2011)

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 la Subsección “A”, Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el diecinueve (19) de julio de dos mil diez (2010) y por la Subsección “B”, Sección Segunda, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el dieciséis (16) de septiembre de dos mil diez (2010), en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

El dos (2) de julio de dos mil diez (2010) (Cuad. 1, folio 282), Clemencia Forero Ucros, mediante apoderado judicial, demandó al ISS, al Ministerio de Relaciones Exteriores y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por considerar que estas entidades transgredían sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital.

1. Hechos

1. Prestó sus servicios al Ministerio de Relaciones Exteriores, en varios cargos de manera interrumpida, entre mil novecientos setenta y ocho (1978) y el dos mil diez (2010). Sin embargo, llegó a ser Negociadora Internacional del Despacho del Ministro entre el veintidós (22) de julio de mil novecientos noventa y seis (1996) y el veintinueve (29) de noviembre de dos mil uno (2001); Viceministra de Relaciones Exteriores a partir del treinta (30) de noviembre de dos mil uno (2001) y hasta el veinticuatro (24) de julio de dos mil tres (2003); Embajadora en la Misión Permanente de Colombia ante la ONU - entre el veinticinco (25) de julio de dos mil tres (2003) y el treinta (30) de septiembre de dos mil ocho (2008) -; y volvió a ocupar el cargo de Viceministra a partir del primero (1º) de octubre de dos mil ocho (2008) y hasta el primero (1º) de enero de dos mil diez (2010).

2. Relató que devengó sus salarios en Dólares y Francos Suizos. El ingreso base de liquidación (IBL) que se obtendría de aplicar dichas sumas, sería muy superior a aquel señalado por el ISS en la resolución que le reconoció la pensión. En efecto, según sus cálculos, el IBL a que tiene derecho equivale a la suma de \$19.487.945,55 pesos, por ello, su pensión "(...) ajustada al tope máximo legal arroja una suma de \$10.300.000, 00 [pesos]" (Cuad. 1, folio 4). Sin embargo, el IBL que utilizó el ISS es de \$ 9.523.965,00 pesos, lo que fijó un monto pensional de "(...) \$7.142.974, 00 [pesos]" (Cuad. 1, folio 4).

3. Contra esta resolución - Número 030561 del nueve (9) de julio de dos mil nueve (2009) - elevó los recursos de reposición y apelación, pero los términos de liquidación fueron confirmados mediante las Resoluciones No. 54.194 del dieciocho (18) de noviembre de dos mil nueve (2009) y No. 00453 del once (11) de febrero de dos mil diez (2010).

4. Señaló que en un principio y a través de varias normas, el Ministerio de Relaciones Exteriores cotizaba los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones del personal externo con base en la nómina del personal interno. Sin embargo, mediante varias providencias, entre ellas la sentencia C-173 de 20041, que declaró inexecutable la expresión "(...) para los cargos equivalentes en la planta interna" (Cuad. 1, folio 6), las cotizaciones para la pensión de vejez de los servidores públicos de la planta externa del mencionado Ministerio, debieron ser canceladas según los salarios realmente devengados.

5. Enfatizó que, como quiera que la Resolución No 030561 de dos mil nueve (2009) -

confirmada por las resoluciones 54.194 y 00453 – liquidó la pensión de jubilación con base en salarios que no devengó, sino que utilizó montos inferiores para determinar el IBL, le transgredía sus derechos fundamentales. Esta actuación, además, desconocía lo establecido en la sentencia C-173 de 2004, el principio de legalidad y el debido proceso.

6. Finalmente, expuso que en su caso se configura un perjuicio irremediable, dado que “(...)la fijación de su mesada pensional no guarda proporción “(...) con la apreciación material del valor de su trabajo (...)”” (Cuad. 1, folio 22) y, por lo mismo, no le es posible satisfacer su mínimo vital – derecho eminentemente cualitativo y no cuantitativo -. En este sentido, arguyó que las vías ordinarias no son idóneas para la situación que vive, dado que no son rápidas y sencillas, por lo que “(...) estaría sumergida en la precariedad de la suma que tiene liquidada de pensión y resultaría insuficiente para atender dignamente los gastos habituales que tiene a diario (...)” (Cuad. 1, folio 25).

2. Solicitud de tutela

Con fundamento en los hechos relatados, la demandante solicitó al juez constitucional que, tras conceder el amparo de forma definitiva, ordenara al ISS reliquidar la mesada pensional reconocida, sin exceder el máximo legal, con efectos a partir de su retiro del servicio el primero (1º) de febrero de dos mil diez (2010). Por ello, se debía ordenar que se calculara el IBL con base en los “(...) salarios reales en dólares y Francos Suizos (...)” (Cuad. 1, folio 3) percibidos entre el primero (1º) de octubre de mil novecientos noventa y ocho (1998) y el treinta (30) de septiembre de dos mil ocho (2008) (tiempo en el que prestó sus servicios en el exterior). Finalmente, solicitó que se ordenara pagar la diferencia pecuniaria entre las sumas que llegara a recibir por concepto de pensión y aquellas determinadas tras la reliquidación.

3. Intervención de las partes demandadas

3.1 Instituto de Seguro Social

Durante el término conferido por la autoridad judicial de primera instancia para ejercer su derecho de defensa, el ISS guardó silencio.

3.2 Ministerio de Relaciones Exteriores

Obrando dentro del término conferido por la autoridad judicial de primera instancia, el mencionado Ministerio solicitó al juez constitucional que declarara improcedente el amparo deprecado.

Indicó que no se reúnen los presupuestos jurisprudenciales para que la acción en comento resulte procesalmente viable. Así, en primer lugar, señaló que no existen medios probatorios que acrediten afectación al mínimo vital de la actora. Por lo mismo, tampoco encuentra sustento la afirmación del acaecimiento de un perjuicio irremediable.

En segundo lugar, no concurrió a las instancias ordinarias existentes para resolver el conflicto jurídico que la aqueja y no demostró la imposibilidad de acudir a ellas o que se trata de medios de defensa carentes de idoneidad o eficacia para su caso concreto, ya fuera por encontrarse en una situación de debilidad manifiesta o por pertenecer a una avanzada edad. Así las cosas, como quiera que la accionante pretende cuestionar la legalidad de las resoluciones que le concedieron y liquidaron la pensión, debe utilizar las acciones ordinarias pertinentes.

En tercer lugar, "(...) carece en este momento de status pensional en atención a que si bien le fue aceptada la renuncia al cargo de Viceministro (...), posteriormente[,] mediante Decreto No. 1315 del 21 de abril e (sic) 2010 fue nombrada nuevamente en dicho cargo, del cual tomó posesión el 23 de abril siguiente y en el cual funge actualmente con un salario aproximado de \$9.075.016 [pesos]" (Cuad. 1, folio 292).

De otro lado, enfatizó que "(...) el Ministerio de Relaciones Exteriores viene dando cabal cumplimiento a las sentencia C-173 de 2004 y C-535 de 2005, aplicando como monto de cotización para pensión a partir del 1 de mayo de 2004, el salario realmente devengado por las funcionarios que prestan sus servicio en el exterior y no el salario equivalente en la planta interna (...)" (Cuad. 1, folio 362). Por ello, a su parecer, la afirmación atinente a que no se utilizaron los salarios realmente devengados para determinar el IBL carece de sustento. Igualmente, expresó que durante los últimos diez años de servicio, la actora no prestó exclusivamente sus servicios para la planta externa y que todas las cotizaciones que como empleador efectuó se ajustaron a las normas que las regulaban. Por lo demás, con respecto a la referida sentencia de 2004, enfatizó que la misma no tiene efectos retroactivos.

Finalmente, señaló que carece de legitimación en la causa por pasiva, ya que no tiene

vocación jurídica para reconocerle la pensión a la gestora del amparo o para reliquidar este tipo de prestaciones. Pero, reiteró, desde el dos mil cuatro (2004) – en razón a la referida sentencia – viene cancelando los aportes conforme a los salarios realmente devengados.

3.3 Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El referido Ministerio, obrando dentro del término conferido por la autoridad judicial de primera instancia para ejercer su derecho de defensa, intervino dentro del presente proceso para oponerse a las pretensiones de la demandante.

En primer lugar, indicó que al emitir el Bono Pensional de la demandante, tras solicitud elevada por el ISS, cumplió con sus obligaciones dentro del trámite pensional de la actora. En segundo lugar, expuso que para el caso de la señora Forero Ucros el IBL debe establecerse según lo contemplado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. Por ende, se determina conforme al promedio de los últimos 10 años de servicio y en consideración de los tope establecidos por la ley. En este sentido, señaló que a partir de la Ley 797 de 2003, este límite se fijó en 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes y que con anterioridad a esta normatividad, la Ley 100 contemplaba el tope en 20 salarios.

Consecuencialmente, el Ministerio señaló que en razón a que a la accionante se le reconoció la pensión en enero de dos mil diez (2010) y que según “(...) el archivo laboral masivo del ISS, (...) la demandante cotizó a partir del 1º de mayo de 2004 sobre el tope de 25 salarios mínimos, durante los primeros 4 meses de 2004 (...) aproximadamente sobre una base de 12 SMLV y durante el año 2003 cotizó aproximadamente sobre la base de 12.5 SMLV y en el año 2002 aproximadamente 14.84 SMLV (...) se puede evidenciar que el INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN aplicable a la señora CLEMENCIA FORERO UCROS no hubiera podido ser el reclamado por la accionante, cuando la pensión máxima permitida por la ley para una persona que se le deba aplicar la tasa de reemplazo del 75% sería actualmente de \$9.656.250 [pesos]” (Cuad. 1, folio 328). En suma, la pretensión de la demandante no es legalmente factible.

En tercer lugar, argumentó que la acción de tutela resultaba improcedente, pues existen los mecanismos idóneos para resolver el asunto que aqueja a la actora y no se observa la ocurrencia de una situación apremiante que requiera la actuación del juez constitucional para precaver la materialización de un perjuicio irremediable.

4. Pruebas relevantes aportadas al proceso

a. Copia de la Resolución No. 030561 del nueve (9) de julio de dos mil nueve (2009) - expedida por el ISS -, "Por medio de la cual se resuelve una solicitud de prestaciones económicas en el Sistema General de Pensiones - Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida", en la que se indica que la demandante nació el diecisiete (17) de enero de mil novecientos cuarenta y ocho (1948). También se señala que la gestora del amparo es beneficiaria del régimen de transición. Por ello, al reunir los requisitos del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, es procedente el reconocimiento de la pensión. En cuanto al IBL, indica que "(...) la norma aplicable (...) es el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (...)". En consecuencia, el IBL "(...) obedeció al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión (...) "(Cuad. 1, folio 33). El valor de la pensión se fijó, a partir del primero (1º) de agosto de dos mil nueve (2009) en \$7.506.947 pesos y se condicionó su "(...) ingreso a nómina y el pago de la mesada pensional, [a que] aporte al expediente (...) acto administrativo mediante el cual acredite el retiro del servicio (...) "(Cuad. 1, folio 35) (Cuad. 1, folio 31 a 35).

a. Copia de la Resolución No. 54.194 del diez (10) de noviembre de dos mil nueve (2009) - expedida por el ISS -, "Por la cual se resuelve un recurso de Reposición en el Sistema General de Pensiones - Régimen de Prima Media con Prestación Definida", en la que se indica que la demandante solicitó que se rehiciera la liquidación de la pensión, "(...) teniendo en cuenta los salarios reales que en los diez años que abarcó la liquidación devengó (...) durante sus servicios al Ministerio de Relaciones Exteriores en el exterior, del 06 de julio de 2003 al 31 de julio de 2009, en Dólares y Francos Suizos (...) "(Cuad. 1, folio 36). Como respuesta, el ISS indica que conoce la sentencia C-173 de 2004 y que efectúa "(...) las liquidaciones de las prestaciones observando el ingreso base de cotización declarado y pagado por el empleador (...) "(Cuad. 1, folio 37). Por ello, si hay diferencias en las sumas, el responsable es el Ministerio de Relaciones Exteriores (Cuad. 1, folio 36 a 40).

a. Copia de la Resolución 00453 del once (11) de febrero de dos mil diez (2010) – expedida por el ISS -, “Por medio de la cual se resuelve un Recurso de Apelación en el Sistema General de Pensiones (...)”, en la que se indica que “(...) el Empleador (...) cotizó al ISS en pesos Colombianos y es con base en dichos aportes[,] que se reflejan en la historia laboral[,] que se liquidó la prestación” (Cuad. 1, folio 42). También se observa que el ISS apuntó “(...) que a partir del 01 de febrero de 2010 se acepta la renuncia de la Doctora (...) al cargo de Viceministro (sic) (...) de Relaciones Exteriores, por lo cual (...) es procedente conceder la Pensión de jubilación a partir del 01 de febrero de 2010” (Cuad. 1, folio 43). Como pago retroactivo se fija el monto de \$7.142.974 pesos (Cuad. 1, folio 41 a 44).

a. Copia de certificado expedido por el Coordinador de Nómina y Prestaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, en el que se indica que el mentado Ministerio, tras la sentencia C-173 de 2004, “(...) empezó a aportar para el Sistema General de Seguridad Social, tomando como base de cotizaciones el salario devengado en divisas por los funcionarios de la planta externa, teniendo en cuenta los topes de ley (...)” (Cuad. 1, folio 45) (Cuad. 1, folio 45 a 52).

a. Extracto de crédito expedido por el Banco Davivienda, con un valor a pagar equivalente a \$10.137.000. Se observan 98 cuotas pendientes de pago y 22 efectivamente canceladas (Cuad. 1, folio 413).

a. Recibo de Aseo, a nombre de Fiducia Davivienda S.A., correspondiente al periodo facturado de junio – julio de 2010, por el monto de \$26.480. La dirección que figura en este recibo, al igual que en los que se mencionan a continuación, es la misma (Cuad. 1, folio 407).

a. Recibo de pago de energía, facturado por la empresa Codensa, a nombre de Fiducia Davivienda S.A., por el periodo julio-agosto, que muestra un aumento del consumo de más

de 100 KWh para ese período. La suma total facturada es de \$526.160 (Cuad. 1, folio 408).

a. Recibo de pago facturado por la empresa GasNatural, a nombre de Constructora Grupo Inmobiliario y C., para el periodo julio-agosto, por un total de \$218.200 (Cuad. 1, folio 409).

a. Recibos de pago expedidos por la empresa ETB, a nombre de Edgar Castellanos González el primero y de Clemencia Forero Ucross el segundo, para el periodo de junio-agosto, correspondientes al mismo inmueble, por una suma de \$303.500 y \$60.390 respectivamente (Cuad. 1, folios 410 y 411).

a. Recibo de pago expedido por la EPS Colpatria-salud, en agosto de dos mil diez, por la suma de \$2.475.999 (Cuad. 1, folio 414).

a. Copia de Acta de Posesión No. 155 de Clemencia Forero Ucross, con fecha veintitrés (23) de abril de dos mil diez (2010), ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, por el cargo de “(...) Viceministro (...) de la Planta de Personal del Despacho del Viceministro de Relaciones Exteriores del Ministerio de Relaciones Exteriores, para el cual fue nombrada mediante Decreto No. 1315 de 21 de abril de 2010”. (Cuad. 1, folio 317).

a. Copia del Decreto No. 1315 del veintiuno (21) de abril de dos mil diez (2010), “Por el cual se hace un nombramiento en la planta interna del Ministerio”, mediante el cual se nombró a la demandante en el cargo de “(...) Viceministro, (...) de la planta de personal del Despacho del Viceministro de Relaciones Exteriores del Ministerio de Relaciones Exteriores” (Cuad. 1, folio 320).

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

1. Primera instancia

Conoció de la causa en primera instancia la Subsección "A", Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que mediante providencia del diecinueve (19) de julio de dos mil diez (2010), resolvió declarar improcedente el amparo deprecado.

La autoridad judicial de primera instancia reiteró que la acción de tutela es subsidiaria, por ello, sólo en determinados casos resulta procedente. En este orden de ideas, señaló que una vez reconocida la pensión a la demandante - el nueve (9) de julio de dos mil nueve (2009) - se condicionó el ingreso a nómina a su retiro del servicio. Contra la resolución anterior, la gestora del amparo presentó los recursos de ley, que fueron resueltos el dieciocho (18) de noviembre de dos mil nueve (2009) y el once (11) de febrero de dos mil diez (2010), quedando así agotada la vía gubernativa.

Como quiera que los reparos que formuló la demandante, a juicio del a quo, estaban dirigidos a que se ordenara la reliquidación del IBL y al pago de las diferencias entre las sumas realmente percibidas y aquellas a las que tras la reliquidación tendría derecho, la actora cuenta con la vía judicial ordinaria para resolver tal cuestión y debió acudir a una acción de nulidad y restablecimiento del derecho. En este sentido, indicó que ni siquiera expuso la existencia de un perjuicio irremediable que hiciera transitoriamente viable el amparo deprecado.

De otro lado, enfatizó que el monto pensional reconocido por el ISS - de \$7.142.974 - le garantiza a la demandante su subsistencia digna, dado que "(...) ella no demostró lo contrario" (Cuad. 1, folio 363). Igualmente, en razón a que tiene 63 años, no pertenece a la tercera edad.

Finalmente argumentó que según el Ministerio de Relaciones Exteriores, a partir de la sentencia C-173 de 2004, han venido aportando al Sistema General de Seguridad Social los salarios realmente devengados en divisas, teniendo en cuenta los topes de ley. Por ello, no se estaría incumpliendo tal providencia.

2. Apelación

Inconforme con la decisión de primera instancia, la gestora del amparo elevó el recurso de alzada. Sustentó su disconformidad señalando que ante la inobservancia de la sentencia C-173 de 2004 por parte del ISS, no se trata sólo de un caso de reliquidación pensional, sino de la defensa de la cosa juzgada constitucional.

De otro lado, señaló que los gastos mensuales en que incurre, entre los que se encuentran el pago de servicios públicos, la manutención de su familia, préstamos bancarios y administración de la vivienda, ascienden a la suma de "(...) \$ 11,900.647,00, que apenas si logra cubrir la justa pensión a la que tiene derecho que es la máxima de 25 SMLMV y lejos está de alcanzarlo con la pensión de \$7.142.974 que el ISS le fijó (...)" (Cuad. 1, folio 405). En este sentido, enfatizó que si bien es cierto que viene devengando un salario mensual de \$9.075.016 pesos, al ser mayores los gastos en que incurre, el acaecimiento de un perjuicio irremediable se demuestra.

3. Segunda instancia

Conoció de la causa en segunda instancia la Subsección "B", Sección Segunda, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que mediante sentencia proferida el dieciséis (16) de septiembre de dos mil diez (2010), resolvió confirmar la decisión del a quo.

Para sustentar su providencia, reiteró que la acción de tutela es subsidiaria y residual. Por ello, solo resulta procedente si no existen medios de defensa judicial, si los existentes no son idóneos para el caso en concreto o si se evidencia el acaecimiento de un perjuicio irremediable. En las demás circunstancias, las personas deben acudir a los mecanismos ordinarios existentes dentro del ordenamiento jurídico para resolver cualquier controversia a través del derecho.

En este sentido, el ad quem enfatizó que la pensión reconocida por el ISS equivale a la cuantía de \$7.506.947, supeditada al retiro del servicio, y que a la gestora del amparo se le aceptó la renuncia al cargo de Viceministra de Relaciones Exteriores a partir del primero (1º) de febrero de dos mil diez (2010). Sin embargo, fue nombrada nuevamente en dicho cargo el veintiuno (21) de abril de esa anualidad, que ejercía al momento de instaurar la acción de tutela y por el cual devengaba un salario aproximado de \$9.075.016 pesos. Así las cosas, consideró que los presupuestos de procedencia de la acción en comento no se cumplían y que no se observaba el acaecimiento de un perjuicio irremediable que requiriera la

intervención del juez constitucional, dado que la demandante no estaba disfrutando de la pensión que pretendía reliquidar mediante el fallo de tutela.

Adicionalmente, expuso que la gestora del amparo acudió directamente al mecanismo constitucional, sin haber siquiera iniciado las acciones ordinarias pertinentes e inmediatamente después de que el ISS hubiera resuelto los recursos de reposición y apelación elevados contra el acto administrativo que reconoció la pensión. Igualmente, expuso que el argumento de la demandante, relativo a que buscaba la aplicación de la sentencia C-173 de 2004 no era de recibo, dado que tal asunto debía ser ventilado en las instancias ordinarias. Así las cosas, a su juicio, la decisión del a quo de declarar improcedente la acción de tutela era acertada.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Remitido el expediente a esta Corporación, la Sala de Selección Número Once, mediante Auto del diecisiete (17) de noviembre de dos mil diez (2010), 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 medios probatorios obrantes en el proceso, así como de los hechos narrados en el mismo, 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 la reliquidación del Ingreso Base de Liquidación (IBL) de la demandante. Sólo en caso de que tal cuestionamiento sea resuelto afirmativamente, la Sala Tercera de Revisión analizará (II) si el ISS, o los Ministerios demandados, al momento de efectuar la liquidación pensional de la gestora del amparo, transgredieron sus derechos fundamentales.

Para resolver el primer problema jurídico, 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 judicial². 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 irremediable³ -, 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 cobija 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”⁴.

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 20095, 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 necesidad (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 grave⁶”.⁷ (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.

3. Análisis del caso concreto

3.1 Teniendo en cuenta que asuntos como el presente han sido abordados en múltiples ocasiones por esta Corporación, como se denota de las consideraciones generales anteriormente efectuadas, el presente fallo de tutela será brevemente justificado con fundamento en el artículo 35 del Decreto 2591 de 1991.

3.2 De los medios probatorios obrantes en el proceso se desprende, con claridad, que la acción de tutela no está llamada a proceder. En efecto, para el caso bajo estudio no se cumplen las condiciones necesarias para que esta acción constitucional sea procesalmente viable, ya que no se observa que los medios de defensa judicial existentes dentro del ordenamiento jurídico no resulten idóneos o eficaces para resolver el conflicto jurídico que aqueja a la demandante. Así mismo, no se materializa situación apremiante alguna que requiera la actuación del juez constitucional para evitar su consolidación, dado que no se demostró que la futura variación económica sea insoportable para el mínimo vital de la gestora del amparo.

3.2.1 La demandante, Clemencia Forero Ucrós, tomó posesión como Viceministra de Relaciones Exteriores el veintitrés (23) de abril de dos mil diez (2010), tal y como se desprende del Acta No. 155 (Cuad. 1, folio 317). Esto indica que, para la fecha en la cual instauró la acción de tutela - dos (2) de julio de dos mil diez (2010) (Cuad. 1, folio 282) - había vuelto a trabajar para el Ministerio accionado, sin que este punto hubiese sido desvirtuado por la misma demandante. De hecho, en la apelación elevada contra la decisión de la autoridad judicial de primera instancia expuso que devengaba un salario mensual de \$9.075.016.

Adicionalmente, tras la resolución No. 030561 del nueve (9) de julio de dos mil nueve (2009) (Cuad. 1, folio 31 a 35), confirmada al ser resueltos los recursos de reposición y apelación, mediante las resoluciones No. 54.194 del diez (10) de noviembre de dos mil nueve (2009) y No. 00453 del once (11) de febrero de dos mil diez (2010) (Cuad. 1, folio 36 a 44), la vía

gubernativa quedó agotada, por lo que la demandante puede acudir ante las instancias pertinentes para resolver cualquier asunto concerniente al IBL de su pensión. Materia debatida, tal y como se observa en la pretensión elevada por la gestora del amparo en sede de tutela.

Dado que no existen medios probatorios que acrediten que tales medios de defensa judicial no resultan idóneos, como sería - por ejemplo - el grave estado de salud de la demandante, y en razón a que el juez constitucional no puede desconocer los caracteres de subsidiariedad y residualidad que el mismo Constituyente le confirió a la acción de tutela, la misma no está llamada a proceder de manera definitiva, tal y como lo solicitó la demandante al momento de acudir a esta vía procesal.

3.2.2 Ahora bien, la acción de tutela tampoco resulta procedente de manera transitoria, pues de las pruebas allegadas al proceso no se evidencia que la variación económica - que, por lo demás, al momento de instaurar la acción de tutela no se había materializado, dado que la demandante continuaba trabajando para el Ministerio de Relaciones Exteriores y no se observa en el expediente que hubiera dejado de hacerlo - implique una carga insoportable para su situación. Cabe recordar, que según el certificado expedido por el Coordinador de Nómina y prestaciones del mentado Ministerio, la demandante devengaba "(...) los siguientes conceptos laborales: Sueldo Básico \$2.345.058,00 [pesos]; Gastos [de] representación_ \$4.168.991,00 [pesos y] Prima Técnica \$3.257.025,00 [pesos]" (Cuad. 1, folio 321). Sumas que equivalen al monto de \$9.771.064,00.

Por su parte, para alegar el impacto de la variación del caudal pecuniario en su mínimo vital, la demandante allegó algunos recibos de servicios públicos, por sumas de \$26.480, \$526.160, \$218.000 y \$363.890 (este último, sumando aquellos expedidos por la ETB) (Cuad. 1, folios 407 a 411). Igualmente, aportó un certificado de un crédito bancario - a 98 cuotas restantes (Cuad. 1, folio 413) - por \$10.137.000 y un recibo de pago de la EPS Colpatria-salud por la suma de \$2.475.999 (Cuad. 1, folio 414).

Sin embargo, nada de lo anterior permite evidenciar que se trate de una situación crítica, que el salario que devenga, superior a los \$9.000.000 de pesos no pueda solventar o que la futura pensión que recibirá, que se fijó a partir del primero (1º) de agosto de dos mil nueve (2009) en \$7.506.947, no pueda morigerar.

3.3 Así las cosas, como quiera que la soportabilidad de las cargas, que se presume debido precisamente a los altos salarios que durante su vida laboral recibió, no fue desvirtuada y que no se avizora el acaecimiento de situación apremiante alguna que requiera la intervención del juez constitucional para evitar su consolidación, la acción de tutela es improcedente incluso como medida transitoria. Como quiera que los jueces de instancia así lo declararon, ambas sentencias serán confirmadas en esta providencia. Lo anterior con independencia de que la jurisdicción pertinente estime que el IBL de su pensión haya sido o no correctamente liquidado.

3.4 Por lo demás, la Corte observa que existe un debate en torno al cumplimiento de las obligaciones legales del Ministerio de Relaciones Exteriores, tras la sentencia C-173 de 2004, pues esta autoridad pública refirió que “(...) empezó a aportar para el Sistema General de Seguridad Social, tomando como base de cotizaciones el salario devengado en divisas por los funcionarios de la planta externa, teniendo en cuenta los topes de ley (...)” (Cuad. 1, folio 45) (Cuad. 1, folio 45 a 52) y que el ISS argumentó que “(...) las liquidaciones de las prestaciones [se efectuaron] observando el ingreso base de cotización declarado y pagado por el empleador (...)” (Cuad. 1, folio 37). Sin embargo, la demandante alegó disconformidad con la manera como fue fijado el IBL para su pensión, pues - a su parecer - no se liquidó la misma con base en los salarios realmente devengados en divisas. Con todo, este asunto debe ser alegado, controvertido y probado en las instancias pertinentes que el ordenamiento jurídico contempla para tal fin, por ello - se reitera - esta acción de tutela resulta procesalmente inviable.

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

Primero. CONFIRMAR la sentencia proferida por la Subsección “B”, Sección Segunda, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el dieciséis (16) de septiembre de dos mil diez (2010), que a su vez confirmó la sentencia proferida por la Subsección “A”, Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el diecinueve (19) de julio de dos mil diez (2010), que declaró IMPROCEDENTE el amparo solicitado por Clemencia Forero contra el ISS, el Ministerio de Relaciones Exteriores y el Ministerio de Hacienda y Crédito

Público.

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 PEREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 La demandante menciona, entre otras, las sentencias T-865 de 1999, T-1016 de 2000, T-083 de 2004, C-535 de 2005 y C-292 de 2001

2 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 (...)".

3 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.

4 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.

5 Al respecto también pueden consultarse las sentencias T-205 de 2010 y T-724 de 2010.

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

7 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.

8 El mencionado artículo dispone: “Decisiones de revisión. Las decisiones de revisión que revoquen o modifiquen el fallo, unifiquen la jurisprudencia constitucional o aclaren el alcance general de las normas constitucionales deberán ser motivadas. Las demás podrán ser brevemente justificadas (...)”. Con base en lo dispuesto en este artículo, esta Corporación ha señalado que las decisiones de revisión que se limiten a reiterar la jurisprudencia pueden “ser brevemente justificadas”. Al respecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-549 de 1995, T-396 de 1999, T-054 de 2002, T-392 de 2004, T-325 de 2007 y T-390 de 2007.