

T-341-15

Sentencia T-341/15

PENSION DE JUBILACION Y PENSION COMPARTIDA-Naturaleza jurídica

COMPARTIBILIDAD PENSIONAL-Finalidad

ACCION DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO DE ACREENCIAS PENSIONALES-

Improcedencia para ordenar pago de retroactivo pensional, por no existir perjuicio irremediable ni afectación del mínimo vital

La procedencia de la acción de tutela para obtener el pago de prestaciones sociales no puede desconocer que el ordenamiento jurídico prevé procedimientos adecuados para el reconocimiento de las mismas. Es decir, por regla general las acreencias laborales, incluidas en aquellas los retroactivos pensionales a que un trabajador eventualmente pueda llegar a tener derecho, escapan a la procedencia del amparo en cuanto no exista certeza de la afectación del mínimo vital y, además, se demuestre que se han agotado los procedimientos ordinarios previstos por el ordenamiento jurídico con el fin de acreditar el derecho objeto de controversia. Este criterio ha sido reiterado por la Corporación para precisar que la procedencia de la acción de tutela en estos casos exige: i) La existencia y titularidad del derecho reclamado; ii) Un grado importante de diligencia al momento de buscar la salvaguarda del derecho invocado; iii) Afectación del mínimo vital como consecuencia de la negación del derecho prestacional. En consecuencia si no se demuestra la concurrencia de los citados requisitos la acción de tutela deberá declararse improcedente.

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.

Bogotá, D.C., tres (3) de junio de dos mil quince (2015).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio, quien la preside, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Alberto Rojas Ríos, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en

los artículos 86 y 241, numeral 9º de la Constitución Política, y en los artículos 33 y concordantes del Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por el Juzgado Décimo Administrativo de Oralidad del Circuito de Cali, el pasado dieciséis (16) de octubre de 2014 y por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, el dieciocho (18) de noviembre del mismo año.

I. ANTECEDENTES

La señora María Marly Santibañez García, mediante apoderado judicial, interpuso acción de tutela contra COLPENSIONES, por cuanto considera que dicha administradora de pensiones vulneró sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y la vida digna, al negarle el pago de un retroactivo pensional dejado en suspenso en el acto administrativo que reconoció su derecho a la pensión de vejez, la cual debía ser compartida entre la Gobernación del Departamento del Valle del Cauca y el otrora Instituto del Seguro Social.

a. Hechos y pretensiones

De los documentos allegados al expediente se pueden extraer los siguientes:

1. La accionante laboró como Auxiliar de Servicios Generales de la Secretaría de Salud del Departamento del Valle del Cauca, desde el 1º de diciembre de 1978, hasta el 15 de marzo del año 2000.
2. Fue pensionada por el ente territorial mediante Resolución 3081 del 25 de noviembre de 2002, con efecto retroactivo al 16 de marzo de 2000, fecha en que se retiró del servicio.
3. En la referida Resolución se estipuló: “El Departamento del Valle del Cauca, cancelará la pensión de jubilación y el retroactivo a partir del 16 de marzo de 2000, pero una vez el ISS reconozca la prestación deberá descontar el (sic) retroactivo liquidado todos los valores cancelados por concepto de mesadas y reintegrar dichas sumas al Departamento del Valle.”

4. Señaló que mediante Resolución Núm. 20979 del 14 de diciembre de 2009, el ISS le concedió la pensión de vejez, ordenando su inclusión en nómina en el mes de enero de 2010; reconociendo en dicho acto administrativo un retroactivo pensional que asciende a la suma de treinta millones ochocientos cincuenta y siete mil quinientos cuarenta y seis pesos (\$ 30.857.546).

5. Indicó que el ISS ordenó en la mencionada resolución dejar en suspenso el giro del retroactivo reconocido, hasta tanto se allegara autorización del empleador o del asegurado, para de esta manera tener certeza de quién es el beneficiario del mismo. Considera que dicho acto es ilegal a todas luces y que hasta la fecha no ha sido posible el pago de la mencionada cantidad.

6. Manifestó que presentó una demanda ejecutiva con el fin de que le fuera otorgado el retroactivo, pero el Juzgado Tercero de Ejecuciones Laborales de Cali negó el mandamiento de pago y en consecuencia la demanda radicada con el Número 2013-756 fue retirada.

7. Adujo que en este momento padece de cáncer, por tanto su estado de indefensión es notorio, así como el perjuicio irremediable al que se ve sometida al no contar con el dinero retenido por el ISS-COLPENSIONES.

b. Solicitud de tutela

La accionante solicitó al juez constitucional que al momento de resolver su asunto se ordene al ISS, hoy COLPENSIONES, que en el menor tiempo posible proceda a pagar el retroactivo reconocido mediante la Resolución Núm. 20979 del 03 de marzo de 2011, el cual deberá ser indexado.

c. Pruebas

a. Poder para actuar.

b. Copia de la cédula de ciudadanía de la accionante.

c. Copia de la Resolución Núm. 20979 del 03 de marzo de 2011 y su respectiva notificación.

d. Copia de la historia clínica de la accionante.

d. Respuesta de las entidades accionadas

El ISS-COLPENSIONES guardó silencio en el proceso de tutela; la Gobernación del Valle del Cauca, la cual fue vinculada de oficio, allegó de manera extemporánea copia de la Resolución Núm. 3081 del 25 de noviembre de 2002.

e. Decisiones objeto de revisión

Fallo de primera instancia

El Juzgado Décimo Administrativo de Oralidad de Cali-Valle, negó el amparo tutelar por improcedente, al considerar que el pago de un retroactivo pensional no puede ordenarse por vía de tutela, toda vez que la accionante puede acudir a la justicia ordinaria laboral o la jurisdicción contencioso administrativa, donde se puede definir la controversia legal que existe entre las partes.

Impugnación.

Argumentó que el juez de primera instancia solo se limitó a referirse a la improcedencia de la tutela, desconociendo los derechos fundamentales invocados, dejando de lado la controversia central, la cual está centrada en el pago del retroactivo pensional, ello sin importar que hayan transcurrido cinco años desde el reconocimiento del mismo, por cuanto ahora es que ha surgido un perjuicio latente debido a la enfermedad que aqueja a la accionante.

Fallo de segunda instancia

El ad quem confirmó el fallo anterior al precisar que la tutela no es el mecanismo mediante el cual se pueda ordenar el pago de un retroactivo pensional, toda vez que el debate jurídico se centra en cuestiones de carácter legal que trascienden el ámbito de la protección inmediata de los derechos fundamentales que define la competencia del juez de tutela.

Consideró que para este tipo de pretensiones existen otros medios ordinarios de defensa

judicial, máxime cuando no se acreditó la presencia de un perjuicio irremediable que haga procedente la acción de amparo, por cuanto la accionante goza de la prestación de los servicios de salud y en este momento percibe una pensión compartida entre COLPENSIONES y la Gobernación del Valle del Cauca.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

Competencia.

1.- Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

Planteamiento del caso y del problema jurídico.

2.- La señora María Marly Santibañez García solicitó a COLPENSIONES el pago de un retroactivo reconocido en la Resolución Núm. 20979 del 3 de marzo de 2011, pero dejado en suspenso hasta que el empleador y el empleado pacten a quién corresponde esa suma de dinero.

3.- A su turno los jueces de tutela negaron el amparo al considerar que dicho asunto debe ser dirimido ante la jurisdicción laboral ordinaria o ante la contencioso administrativa, según el caso, sin tener en cuenta que la accionante es un sujeto de especial protección constitucional debido a su avanzada edad y a la enfermedad que padece.

$\frac{3}{4}$ Problema Jurídico

4.- Teniendo en cuenta el recuento que se acaba de hacer, se impone a la Corte dilucidar si la acción de tutela es el mecanismo idóneo para obtener el pago de los retroactivos pensionales liquidados por la entidad de seguridad social, prestación que se encuentra en suspenso por efectos de la compartibilidad de la pensión con el empleador Gobernación del Valle del Cauca. Para ello la Corte se referirá (i) a la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de derechos pensionales; ii) la institución de la pensión compartida; iii) el retroactivo pensional en la jurisprudencia de esta Corte y; iv) se resolverá el caso concreto.

5. Procedencia excepcional de la tutela para el reconocimiento de derechos pensionales.

La acción de tutela es un mecanismo que estableció la Constitución Política de 1991, para proteger los derechos fundamentales de las personas, frente a lesiones o amenazas de vulneración por parte de una autoridad pública y, bajo ciertos supuestos, por parte de un particular.

Por tanto, se trata de un procedimiento judicial específico, autónomo, directo y sumario, que en ningún caso puede sustituir los procesos judiciales que establece la ley; en ese sentido la acción de tutela no procede cuando exista otro medio de defensa judicial, salvo que se configure un perjuicio irremediable, caso en el cual la tutela procede hasta que la autoridad correspondiente decida de fondo sobre el asunto.

De igual manera la Corte Constitucional[1] en jurisprudencia reiterada ha señalado que las controversias suscitadas con ocasión del reconocimiento de derechos pensionales no le corresponden a la jurisdicción constitucional en sede de tutela, dado que se trata de pretensiones de orden legal para cuya definición existen en el ordenamiento jurídico otras instancias, medios y procedimientos administrativos y judiciales ordinarios.

Ahora bien, para el caso específico del reconocimiento de retroactivos pensionales, esta Corporación ha expresado de manera reiterada[2] la improcedencia de la tutela, ya que la misma no es el medio expedito para el cobro de dichas acreencias laborales en virtud de su carácter subsidiario. De igual manera, ha sostenido que al pensionado estar percibiendo el pago de sus mesadas y por consiguiente la debida atención en salud por parte del sistema de seguridad social, queda desvirtuado el perjuicio irremediable ante la no vulneración del derecho al mínimo vital.

Al respecto, en la Sentencia T-056 de 2002 se precisó lo siguiente:

“En cuanto al pago del valor del retroactivo pensional pretendido por el demandante, este no es viable solicitarlo por tutela, ya que esta Corporación, ha reiterado en diversas oportunidades que el mecanismo de amparo no es el instrumento procesal adecuado para reclamar prestaciones sociales, salvo para tutelar el mínimo vital, es decir, que no es de la competencia del juez de tutela, el disponer el reconocimiento y la cancelación de sumas de dinero por concepto de prestaciones sociales, mediante órdenes judiciales, ya que, en el

caso concreto, se trata de un derecho de carácter legal en disputa el cual debe ser resuelto por la entidad de seguridad social teniendo en cuenta la normatividad que regula la materia.”[3]

De igual manera en la Sentencia T-259 de 2004, esta Corporación precisó:

“Respecto a éste punto la Corte ha señalado en múltiples oportunidades que la acción de tutela resulta improcedente para obtener la cancelación del retroactivo que se encuentre insoluto[4], por cuanto la orden de pago respecto de acreencias de orden laboral, sólo es procedente cuando se acredite que se encuentra en grave peligro el mínimo vital del accionante y no exista otro medio de defensa judicial idóneo. En el caso que nos ocupa, el hecho de que el actor se encuentre percibiendo el pago de las mesadas pensionales respectivas, releva a ésta Sala de impartir orden alguna en este sentido, toda vez que se evidencia que su mínimo vital no se encuentra actualmente afectado. Además, debe precisarse que de aceptar la petición del actor, eventualmente se vulnerarían los derechos al debido proceso de los accionados, quienes no tendrían la oportunidad de controvertir los nuevos hechos planteados por el actor en el escrito señalado.

Quiere decir lo anterior, que para la procedencia del reconocimiento del pago de retroactivos pensionales a través de la acción de tutela, se debe demostrar que ha existido una vulneración sistemática y repetitiva al mínimo vital del pensionado, tal como ocurre cuando el derecho a la pensión se ha causado con el pleno de los requisitos legales y la entidad encargada de reconocer el pago de la prestación se demora meses o años en incluir al pensionado en nómina, privándole del sustento básico entre el momento de la causación del derecho y el efectivo reconocimiento y pago del mismo.

No sucede lo mismo cuando la entidad de previsión social reconoce a tiempo la pensión o cuando un empleador se subroga en el pago de la misma sin que exista un lapso de interrupción en el pago de la prestación, ello por cuanto está claro que en dicho evento no ha existido afectación del mínimo vital, ya que el pensionado ha venido percibiendo periódicamente el pago de su mesada.

De tal manera que la procedencia de la acción de tutela para obtener el pago de prestaciones sociales no puede desconocer que el ordenamiento jurídico prevé procedimientos adecuados para el reconocimiento de las mismas. Es decir, por regla

general las acreencias laborales, incluidas en aquellas los retroactivos pensionales a que un trabajador eventualmente pueda llegar a tener derecho, escapan a la procedencia del amparo en cuanto no exista certeza de la afectación del mínimo vital y, además, se demuestre que se han agotado los procedimientos ordinarios previstos por el ordenamiento jurídico con el fin de acreditar el derecho objeto de controversia.

Este criterio ha sido reiterado por la Corporación para precisar que la procedencia de la acción de tutela en estos casos exige[5]: i) La existencia y titularidad del derecho reclamado; ii) Un grado importante de diligencia al momento de buscar la salvaguarda del derecho invocado; iii) Afectación del mínimo vital como consecuencia de la negación del derecho prestacional. En consecuencia si no se demuestra la concurrencia de los citados requisitos la acción de tutela deberá declararse improcedente.

6. La institución jurídica de la pensión de jubilación y la pensión compartida.

En la sentencia C-1255 de 2001[6], la Corte Constitucional precisó que antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, que consagra el Sistema General de Pensiones, las expresiones de jubilación y vejez se utilizaban para referirse a las pensiones adquiridas en virtud del cumplimiento de los requisitos previstos en la normas. Se otorgaban a: (i) los empleados oficiales, cuyo reconocimiento le correspondía a la Caja Nacional de Previsión -CAJANAL o a otras cajas especiales de previsión; y (ii) a los trabajadores privados, cuyos derechos fueran reconocidos directamente por las empresas empleadoras o por cajas especiales.

Para los empleados públicos el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, establecía como requisito para obtener la pensión mensual vitalicia de jubilación, que equivalía al 75% del salario promedio devengado durante el último año de servicios, el cumplimiento de 20 años de servicios continuos o discontinuos y la edad de 55 años. La norma disponía:

“ARTICULO 1o. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para

los aportes durante el último año de servicio.”

En el caso de los trabajadores privados, el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo establecía una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de salarios devengados en el último año de servicio a cargo del empleador cuya empresa tuviera un capital mayor a \$800.000, quien debía reconocer y pagar a aquellos que llegaran a la edad de 50 años, si era mujer, o a los 55 años de edad, si era hombre y cumplieran 20 años de servicios continuos o discontinuos. La mencionada norma estipulaba:

“ARTICULO 260. DERECHO A LA PENSION. 1. Todo trabajador que preste servicios a una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$ 800.000) o superior, que llegue o haya llegado a los cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o a los cincuenta (50) años si es mujer, después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Código, tiene derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación o pensión de vejez, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio.” (...).

Por su parte, el Acuerdo 049 de 1990[7], aprobado por el Decreto 758 de 1990, estableció que el Instituto de Seguros Sociales reconocería y pagaría una pensión de vejez a quienes llegaren a la edad de 55 años, en el caso de las mujeres, y de 60 años para los hombres, siempre que hubiesen cotizado 500 semanas en los últimos 20 años previos al cumplimiento de la edad o 1000 semanas en cualquier tiempo. El Acuerdo disponía lo siguiente:

“ARTÍCULO 12. REQUISITOS DE LA PENSION POR VEJEZ. Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos: // a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y, // b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.”

La anterior disposición, también estipuló la “compartibilidad” de las pensiones entre el empleador y el Instituto de Seguros Sociales para las pensiones que el empresario reconociera a sus trabajadores, bien fuera de carácter legal (artículo 16), por sanción ante el despido injusto (artículo 17) o para las extralegales por convención colectiva, pacto

colectivo, laudo arbitral o voluntariamente (artículo 18). El empleador debía seguir realizando los aportes a la seguridad social en pensiones al ISS, hasta que el trabajador cumpliera con los requisitos de ley para el reconocimiento de la pensión de vejez a la que tuviere derecho. El reconocimiento que hacía el ISS por pensión de vejez liberaba al empleador de pagar la prestación de jubilación, pero si el valor de la pensión que otorgara dicho instituto resultaba inferior al valor que el empleador reconoció como pensión extralegal o legal, estaría a cargo de éste último el mayor valor que reconoció. Tratándose de compartibilidad de pensiones legales de que trata el caso que ocupa la atención de esta Sala de Revisión, el artículo 16 del Acuerdo 049 de 1990 disponía:

“ARTÍCULO 16. COMPARTIBILIDAD DE LAS PENSIONES LEGALES DE JUBILACION. Los trabajadores que al iniciarse la obligación de asegurarse en el Instituto de Seguros Sociales contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, lleven 10 años o más de servicios continuos o discontinuos en una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$ 800.000.00) moneda corriente o superior, ingresarán al seguro obligatorio como afiliados para el riesgo de invalidez, vejez y muerte. Al cumplirse el tiempo de servicios y la edad exigidos por la ley para las pensiones plenas o especiales en ella consagradas, podrán exigir la jubilación a cargo del patrono y éste estará obligado a pagar dicha pensión de jubilación, pero el patrono continuará cotizando en este seguro hasta cuando el trabajador cumpla con los requisitos mínimos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez, y en este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cubriendo al pensionado.”

De lo anterior puede concluir esta Corporación que antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 en materia de pensiones, la expresión pensión de jubilación tenía relación con las prestaciones reconocidas a: (i) los empleados públicos, cuyos derechos pensionales eran reconocidos y pagados por CAJANAL, por cajas especiales; o a (ii) los trabajadores privados cuyas pensiones eran reconocidas y pagadas por sus empleadores, siempre que cumplieran con los requisitos exigidos que hacían referencia específicamente al “tiempo de servicio”; mientras que la expresión pensión de vejez era un término relacionado con las prestaciones reconocidas por el Instituto de Seguros Sociales a los trabajadores privados afiliados a él y cuyos requisitos hacían referencia a “semanas cotizadas”, que era el sistema de cómputo previsto en las normas. En los casos de reconocimiento de las pensiones de jubilación

legales, extralegales o las originadas en el despido injusto, el ordenamiento legal preveía el sistema de la compartibilidad de pensiones entre los patronos y el ISS, una vez se cumplieran los requisitos exigidos para obtener la pensión de vejez, con lo cual se liberaba al empleador del cumplimiento de esta obligación.

Con la entrada del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, fueron derogados los anteriores ordenamientos legales, quedando vigentes solamente para quienes fueran beneficiarios del Régimen de Transición previsto en el artículo 36 de la misma ley. De esta forma el sistema de pensiones se unificó para los trabajadores públicos y privados, y a partir de su entrada en vigor la contingencia de la vejez sería cubierta por una prestación que en todos los casos se denomina pensión de vejez, sin considerar si se trata de empleados públicos o de trabajadores privados, desapareciendo con ello del ordenamiento jurídico colombiano en materia de pensiones la expresión pensión de jubilación.

7. Del retroactivo pensional.

En lo que concierne al retroactivo pensional esta Corporación ha manifestado que en algunos casos específicos sí se puede reconocer el pago del mismo a través de la tutela, una vez verificada la afectación del mínimo vital y el consecuente sometimiento del accionante a un perjuicio irremediable, de lo contrario, como se precisó en el acápite de la procedencia, no es viable exigir el reconocimiento de esta prestación a través de la acción de amparo.

Uno de los casos en que la Corte concedió el pago del retroactivo pensional, atendiendo a las circunstancias propias del accionante está referenciado en la sentencia T-722 de 2012, donde se resolvió el derecho pensional de una tutelante que pese a haber cumplido con los requisitos para la pensión de vejez, el ISS mediante una cadena sistemática de errores desconoció los tiempos de cotización certificados en Resoluciones anteriores, demorándose más de cuatro años en resolver de fondo el asunto de la peticionaria.

En este puntual caso, al haber quedado demostrado que la petente había causado el derecho a la pensión de vejez, que el no reconocimiento de la misma por parte del ISS afectó gravemente su mínimo vital y el acceso a los servicios de salud, la Corte consideró prudente reconocer el derecho prestacional junto con el retroactivo. Al respecto señaló:

“Para esta Corte la actuación por parte del ISS, que desconoció el derecho a una pensión de vejez a la ciudadana Guillermina Téllez de Vásquez no solo impidió el acceso oportuno a su mesada pensional, sino que puso en peligro la vida e integridad de la accionante, puesto que tal como lo refirió en la demanda no percibe otra fuente de ingresos de manera regular.”

En lo que respecta a la pretensión de conceder el pago retroactivo de la pensión de vejez, indicó:

“En primer lugar, cuando el conflicto puesto a consideración del juez constitucional versa en torno al reconocimiento de un derecho pensional, éste adquiere competencia para pronunciarse y amparar la pretensión de pago retroactivo de este derecho, cuando, a juicio de la Sala: a) hay certeza en la configuración del derecho pensional y b) se hace evidente la afectación al mínimo vital, al constatarse que la pensión es la única forma de garantizar la subsistencia de la accionante y que por una conducta antijurídica de la entidad demandada, los medios económicos para vivir han estado ausentes desde el momento en que se causó el derecho hasta la fecha de concesión definitiva del amparo. Estas dos circunstancias hacen que el conflicto que por naturaleza es legal y que posee medios ordinarios para su defensa, mute en uno de índole constitucional, en donde los medios ordinarios se tornan ineficaces para el amparo de los derechos vulnerados o amenazados.”[8]

Lo anterior por cuanto se logró demostrar la certeza de la existencia del derecho prestacional, así como la afectación al mínimo vital de la accionante, debido a una carga que no debió soportar por las irregularidades en la actuación desplegada por el ISS.

En casos contrarios, donde no ha existido interrupción en el reconocimiento de la mesada pensional, esta Corte ha señalado que la acción de tutela no puede entrar a dirimir conflictos de rango legal desplazando los medios ordinarios que el legislador creó para su reconocimiento. Lo anterior se ha argumentado en las sentencias T-1419 de 2000, T-056 de 2002, T-765 de 2002, T-628 de 2004, T-1132 de 2005 y, recientemente en la T-628 de 2013, al señalar:

“En cuanto al pago del valor del retroactivo pensional pretendido por el demandante, este no es viable solicitarlo por tutela, ya que esta Corporación, ha reiterado en diversas oportunidades que el mecanismo de amparo no es el instrumento procesal adecuado para

reclamar prestaciones sociales, salvo para tutelar el mínimo vital, es decir, que no es de la competencia del juez de tutela, el disponer el reconocimiento y la cancelación de sumas de dinero por concepto de prestaciones sociales, mediante órdenes judiciales, ya que, en el caso concreto, se trata de un derecho de carácter legal en disputa el cual debe ser resuelto por la entidad de seguridad social teniendo en cuenta la normatividad que regula la materia”.

Se tiene entonces que la acción de tutela no es la vía principal para lograr el reconocimiento de acreencias prestacionales (pago del retroactivo), porque la competencia para dirimir esta clase de conflictos, en principio, la ostenta la jurisdicción ordinaria o la contencioso administrativa, según el caso.

Así las cosas, exclusivamente ante la falta de un medio idóneo o si la ineficacia del disponible, amenaza derechos fundamentales en tal medida que puede concluir en la generación de un perjuicio irremediable, la tutela es procedente siempre y cuando además de la afectación de su mínimo vital se cumplan los siguientes requisitos: i) que el interesado tenga la calidad de pensionado o jubilado, ii) que las condiciones materiales que le rodean exijan su protección especial, iii) que se haya agotado la vía gubernativa y iv) que se haya iniciado proceso ordinario o contencioso administrativo; adicionalmente, para determinar la probable ineficacia del medio ordinario de defensa el juez de tutela deberá tener en cuenta los siguientes aspectos, que la Sala reitera:

“(i) la edad para ser considerado sujeto de especial de protección; (ii) la condición física, económica o mental; (iii) el grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital; (iv) la existencia previa del derecho y la acreditación por parte del interesado de la presunta afectación; y (v) el despliegue de cierta actividad administrativa y procesal tendiente a obtener la protección de sus derechos”[9].

En conclusión, esta Corte ha reconocido por vía de tutela el pago del retroactivo pensional cuando el accionante logra demostrar: i) la certeza de que le asiste el derecho al retroactivo pensional; ii) la afectación directa del derecho al mínimo vital ante el no reconocimiento del mismo; iii) que ha adelantado los recursos en la vía gubernativa con el fin de controvertir los actos que desconocen su derecho y; iv) que ha iniciado el proceso ordinario o contencioso administrativo pertinente, en busca del amparo de sus derechos.

7. El caso concreto

La Sala verificará si en el presente asunto se cumple con los requisitos exigidos por la jurisprudencia para la procedencia de la acción de tutela en materia del pago de los retroactivos pensionales, atendiendo especialmente a la condición en que se encuentra la demandante, por ser un sujeto de especial protección constitucional al tratarse de una persona de la tercera edad y la cual padece una grave enfermedad.

Cabe precisar que el Instituto de Seguros Sociales reconoció por medio de un acto administrativo el retroactivo de la accionante dejándolo en suspenso hasta tanto se resuelva la controversia acerca de la compartibilidad de la pensión entre el empleador jubilante (Gobernación del Valle del Cauca) y la pensionada (María Marly Santibañez García).

Se debe enunciar de entrada que según los criterios fijados por esta Corporación, respecto a utilizar la acción de tutela para obtener el pago de retroactivos, el apoderado de la demandante no demuestra los aspectos fundamentales para su procedencia, esto es: i) la certeza de que el retroactivo pensional corresponde a la accionante; ii) la afectación al mínimo vital; iii) el agotamiento de los recursos de la vía gubernativa y; iv) el haber acudido ante la jurisdicción ordinaria a instaurar el proceso laboral pertinente.

Lo primero por cuanto no existe certeza sobre quién debe ser el beneficiario del retroactivo reconocido por el ISS, toda vez que la Gobernación del Valle del Cauca en la Resolución Núm. 3081 de 2002, indicó lo siguiente: “El Departamento del Valle del Cauca, cancelará la pensión de jubilación y el retroactivo a partir del 16 de marzo de 2000, pero una vez el ISS reconozca la prestación deberá descontar el (sic) retroactivo liquidado todos los valores cancelados por concepto de mesadas y reintegrar dichas sumas al Departamento del Valle.”

Quiere decir lo anterior que el empleador dejó constancia en el acto administrativo que reconoció la pensión de la accionante de su intención de reclamar para sí el retroactivo que surgiera al momento de que el ISS lo subrogara en el pago de la prestación. Ello tiene sentido en la medida en que el empleador reconoció y pagó una pensión de jubilación a la señora Santibañez García y además continuó cotizando a la entidad de previsión social hasta que la accionante cumpliera los requisitos para cobrar la pensión entre ellos

compartida.

Lo anterior aunado a que la Gobernación del Valle del Cauca venía ya reconociendo la pensión de jubilación a la señora Santibañez García desde el 16 de marzo de 2000, sin que se hubiera demostrado que su empleador hubiese dejado de pagar la mesada pensional correspondiente entre el momento en que le fue reconocida por la Gobernación del Valle y aquel en que fue subrogada por el ISS.

En esa medida, al no existir interrupción entre el momento en que se causó el derecho pensional y el disfrute del mismo, no se puede decir que ha surgido en favor de la accionante un derecho cierto al retroactivo pensional.

Otra cosa es la discusión existente entre la accionante y el empleador que la pensionó (Gobernación del Valle), de si por haberse presentado en el año 2010 a reclamar la pensión compartida ante el ISS, habiendo causado ese derecho mucho tiempo antes, el retroactivo pertinente debía corresponderle a la accionante o al ente territorial.

Para dirimir dicho asunto se hace necesario entrar en un debate probatorio profundo donde se determine si existió alguna manifestación expresa por parte del empleador o del trabajador donde se manifestara a quién le pertenecería el eventual retroactivo. De igual manera, se debe dilucidar si la Gobernación del Valle debe pagar un mayor valor por la diferencia entre la pensión reconocida por esta y la que posteriormente reconoció el ISS. Todo ello lleva a concluir que este tipo de debate se debió surtir en la jurisdicción ordinaria, donde se podían controvertir ampliamente los argumentos de las partes, se hubiera podido aportar las pruebas pertinentes y así el juez de la causa entrara a decidir a quién realmente le correspondería el derecho al retroactivo.

Lo segundo, toda vez que la pensión de jubilación de la accionante ha sido pagada mes a mes, sin interrupción, en un primer momento por la Gobernación del Valle del Cauca (años 2000-2010), después por el Instituto del Seguro Social (años 2010 hasta la fecha). En esta medida, la sola afirmación de que la señora padece una enfermedad catastrófica no permite inferir la afectación de su mínimo vital.

De otro lado, el ISS reconoció en la Resolución 20979 del 3 de marzo de 2011 la pensión de vejez con la respectiva fecha de inclusión en nómina y el monto a pagar, con lo cual

garantizó el mínimo vital de la accionante, que de ninguna manera se muestra amenazado por falta de pago del retroactivo.

Por tanto, no basta con aludir que solo hasta ahora la accionante se encuentra inmersa en un perjuicio irremediable por la enfermedad que padece, toda vez que debió interponer prontamente los recursos en la vía gubernativa contra la Resolución que dejó en suspenso el pago del retroactivo pensional en el año 2010, para luego acudir ante la jurisdicción laboral ordinaria en caso de que el ISS persistiera en su negativa. Con dicha omisión se desconoció el tercero de los requisitos de procedibilidad de la presente tutela, cual era agotar los recursos de ley.

Así mismo, tampoco se cumplió con el cuarto de los requisitos que la jurisprudencia exige para la procedencia de la tutela en el caso del pago de retroactivos pensionales, cual es haber acudido a la jurisdicción ordinaria. En el presente asunto, el apoderado de la accionante solo manifiesta que en el año 2013 inició una demanda ejecutiva laboral que correspondió por reparto al Juzgado Tercero de Ejecuciones Laborales de Cali, quien denegó el mandamiento de pago ante la falta de claridad en el derecho. En ese momento debió el apoderado judicial corregir su actuación e iniciar el correspondiente proceso para que se declarara en juicio a quien se debía entregar el dinero producto del retroactivo.

En estas condiciones, la discusión sobre a quién el ISS debe pagar la suma que quedó en suspenso de ser entregada es de índole legal, lo que escapa a la competencia del juez de tutela, máxime cuando, como se dijo, no está demostrada la vulneración de ningún derecho fundamental, bajo el entendido que la accionante como pensionada está recibiendo la mesada y la debida atención en salud por parte del sistema general de la seguridad social.

De otra parte, en los actos administrativos (resoluciones), tanto la Gobernación del Valle, como el Instituto de Seguros Sociales, advirtieron acerca de la naturaleza compatible de la pensión, razón objetiva que indubitadamente debe ser resuelta por el juez de la jurisdicción ordinaria, sin que la acción de tutela sea el instrumento idóneo para reclamar estas acreencias laborales y soslayar la vía judicial ordinaria para resolver la controversia.

Por lo expuesto, se confirmará el fallo proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca el pasado dieciocho (18) de noviembre de 2014, en el cual se declaró la

improcedencia de la acción de tutela.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el dieciocho (18) de noviembre de dos mil catorce (2014) por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, el cual declaró la improcedencia de la acción de tutela en el presente asunto.

SEGUNDO.- REQUERIR a la Gobernación del Valle del Cauca para que en un término de quince días después de la notificación de esta providencia, allegue los documentos necesarios ante COLPENSIONES, para que se surta el trámite correspondiente a fin de definir sobre el beneficiario del retroactivo.

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

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Ver, entre otras, las Sentencias T-290, T-657 y T-1229 de 2004, T-734 y T-1235 de 2004 y T-716 de 2004.

[2] Ver, entre otras, las Sentencias T-628 de 2004, T-259 de 2004.

[3] Corte Constitucional, Sentencia T-1419 de 2000.

[4] Corte Constitucional, Sentencia T-1419 de 2000.

[5] Sentencia T-019 de 2012.

[6] reiterada en la sentencia T-1233 de 2008.

[7] El acuerdo 049 de 1990, derogó en su integridad el acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 de 1985.

[8] Sentencia T - 482 de 2010.

[9] La sentencia T-083/04 desarrolla los factores para la procedencia transitoria de la acción de tutela, los cuales inicialmente fueron enunciados en la sentencia SU-975/03, reiterada en sentencia T-104-06.