

## ACCION DE TUTELA FRENTE A CONTROVERSIAS LABORALES-Casos de procedencia

La tutela interpuesta por el accionante resulta procedente como mecanismo de amparo de sus derechos fundamentales, al mínimo vital y a la seguridad social, presuntamente vulnerados por el ISS, porque, aun cuando existen formalmente otras acciones para reclamar el reconocimiento de la pensión de vejez, estas no resultan del todo eficaces de acuerdo con las condiciones particulares del peticionario. En el presente caso, el accionante (i) es un sujeto de protección constitucional especial (66 años) que ve afectado gravemente su mínimo vital, y (ii) eventualmente su derecho a la salud, que, además, (iii) ha intentado en muchas ocasiones reclamar directamente sus derechos ante el ISS.

DERECHO A LA PENSION DE JUBILACION-Requisitos que se impongan para acceder a los beneficios de la seguridad social se cumplen ante el sistema, no ante entidades u órganos que lo compongan

DERECHO A LA PENSION DE JUBILACION-El ISS vulneró los derechos a la seguridad social y al mínimo vital del accionante, al negarle el reconocimiento de la pensión dado que cotizó más tiempo del exigido al Sistema General de Pensiones/DERECHO A LA PENSION DE JUBILACION-Aplicación del artículo 7 de la Ley 71/88 que permite acumulación de aportes realizados en el sector público y en el sector privado

El ISS le vulneró al accionante sus derechos a la seguridad social y al mínimo vital, por cuanto, contrario a lo sostenido por la entidad, cumple con los requisitos para acceder a la pensión que reclama. Efectuando una revisión de las normas aplicables al caso, encuentra la Sala que, de conformidad con lo previsto en la Ley 71 de 1988 a propósito de la pensión por aportes, consagrada en el artículo 7, el accionante puede acceder a su pensión de jubilación, en tanto la disposición mencionada permite la acumulación de los aportes realizados en el sector público con aquellas que cotizó en el sector privado, para cumplir con el requisito de 20 años de cotización exigido. Teniendo en cuenta que al accionante le fue expedido el bono pensional N° 44802 que acredita su periodo de vinculación laboral al Ministerio de Defensa Nacional desde el 01 de septiembre de 1962 hasta el 21 de julio de 1964 como soldado; que el Instituto de Seguros Sociales reconoce que dicho periodo corresponde a 97,29 semanas de cotización como funcionario público y que la misma entidad acredita que el actor cuenta con 994.13 semanas cotizadas en calidad del empleado en el sector privado, se tiene que cumple

con el requisito de tiempo previsto en la Ley 71 de 1988, esto es, haber efectuado aportes durante 20 años, equivalentes a 1080 semanas, pues computadas las semanas cotizadas al Ministerio de Defensa con las cotizadas al ISS arroja un total de 1090,42. Cabe señalar que si bien el ISS sostuvo que el señor Arboleda Gutiérrez no es beneficiario de la pensión de conformidad con la ley 71 de 1988 por “no haber cotizado a una caja diferente al ISS, antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones” este argumento no es de recibo porque (i) las personas se encuentran afiliadas al sistema de seguridad social y por tanto los requisitos que se impongan para acceder a los beneficios de la seguridad social se cumplen ante el sistema no ante entidades u órganos que lo compongan y (ii) en virtud del principio de favorabilidad laboral<sup>1</sup> y con el fin de garantizar el derecho constitucional a la seguridad social, es viable reconocer la pensión por acumulación de aportes a quien acredite veinte (20) años de servicios o de cotizaciones en el sector público y privado, incluyendo para tal efecto el tiempo laborado, incluso durante el lapso en que no se realizaron aportes a ninguna caja de previsión.

Referencia: expediente T-2508242

Acción de tutela instaurada por Oscar Juan Arboleda Gutiérrez contra el Instituto de Seguros Sociales (ISS).

Magistrada Ponente:

Dra. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., once (11) de mayo de dos mil diez (2010).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Juan Carlos Henao, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos, en primer instancia, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín el veintiocho (28) de octubre de dos mil nueve (2009) y, en segunda instancia, por el Tribunal Superior de Medellín -Sala Laboral- el veinte (20) de noviembre del mismo año, dentro de la acción de tutela instaurada por Oscar Juan Arboleda

Gutiérrez contra el Instituto de Seguros Sociales (ISS).

El expediente de la referencia fue escogido para revisión por medio del auto del veinticinco (25) de enero de 2010, proferido por la Sala de Selección Número Uno.

## I. ANTECEDENTES

### 1. Hechos y demanda.

1.1. Oscar Juan Arboleda Gutiérrez interpuso acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales (ISS) por considerar que esta entidad le vulneró sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas, al no reconocerle y pagarle su pensión de vejez, pese a que, considera, reúne los requisitos de edad y tiempo de cotización establecidos en el régimen de transición.<sup>2</sup> Al respecto, señala que al 01 de abril de 1994 tenía más de 40 años<sup>3</sup> y que cotizó durante toda su vida laboral un total de 1.091,42 semanas (994,13 semanas al ISS y 97,29 semanas como servidor público en el Ministerio de Defensa).

1.2. No obstante el ISS le negó en diferentes oportunidades dicho reconocimiento al estimar que, no cumple con los requisitos de tiempo de cotización establecidos en las normas que pueden aplicarse en su caso; esto es, la Ley 33 de 1.985, la Ley 71 de 1.988 o el Decreto 758 de 1.990 y el artículo 33 de la Ley 100 de 1.993.

1.3. Los argumentos presentados por el ISS para sustentar su negativa, fueron los siguientes:<sup>4</sup>

(i) Primero, dijo que la Ley 33 de 1.985 –posiblemente aplicable– exigía tener 55 años de edad para hombres y mujeres, y 20 años de servicios cotizados, esto es 1.020 semanas. No obstante, según el ISS el peticionario no cumplía el requisito de tiempo, en tanto cotizó al Estado, como servidor público, tan solo un total de 97,29 semanas”.<sup>5</sup>

(ii) Segundo, afirmó que la Ley 71 de 1988 establece como requisitos para pensionarse el de tener 60 años o más de edad por ser hombre y 20 o más años de servicio. Que en interpretación del ISS, debían ser “aportados a Cajas o Fondos de Previsión Social y Cotizados al Seguro Social”, último requisito éste que el actor no satisfacía por “no haber cotizado a una caja diferente al ISS, antes de la entrada en vigencia del Sistema general de pensiones.”

(iii) Tercero, adujo que el Decreto 758 de 1.990, exige tener 60 años o más de edad para los hombres y 500 semanas pagadas dentro de los 20 años inmediatamente anteriores al cumplimiento de la edad, o 1.000 semanas cotizadas en cualquier tiempo. Pero, en concepto de la entidad, tampoco reunía las condiciones establecidas en este último Decreto, porque sólo había cotizado 292,57 semanas en los veinte años anteriores al cumplimiento de la edad, y en todo el tiempo no tenía más de 994 semanas cotizadas al ISS.

(iv) manifestó además, que el peticionario no tenía derecho a la pensión de vejez en los términos del régimen pensional ordinario, establecido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1.993, porque este último exige -para el año 2.009- un mínimo de 1.150 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, y el tutelante ha cotizado a la fecha, únicamente, 1.091.42 de ellas.

1.4. Así mismo, el accionante considera que el ISS le vulneró sus derechos a la seguridad social, al mínimo vital y a la dignidad humana al no permitirle sumar las semanas que cotizó en el Ministerio de Defensa con las que cotizó al ISS para acceder al reconocimiento pensional. Al respecto señaló: “no entiendo porque erróneamente (...) dicen que estas 750 semanas tienen que ser estrictamente cotizadas al ISS.”

1.5. Finalmente, el accionante expuso la necesidad de obtener el reconocimiento pensional dado que actualmente se encuentra desempleado, sin seguridad social y sin medios económicos para sufragar sus gastos mínimos.

## 2. Decisiones judiciales de instancia.

2.1. El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín<sup>6</sup>, en sentencia proferida el veintiocho (28) de octubre de 2.009 negó el amparo a los derechos invocados por el accionante, teniendo como fundamento jurídico la improcedencia de la acción de tutela para revertir la decisión del ISS frente a la existencia de mecanismos ordinarios idóneos para resolver el asunto: “[p]or tanto, debe precisarse que no es el juez de tutela el llamado a declarar derechos cuya decisión está reservada a los jueces ordinarios, previo trámite y debate probatorio centrado en la prueba regularmente allegada al proceso. Así las cosas, esta agencia de la judicatura denegará el amparo constitucional correspondiente a los derechos

fundamentales al debido proceso, el reconocimiento y pago oportuno de las pensiones y al mínimo vital, por contar el accionante con la vía judicial ordinaria en demanda judicial promovida ante los jueces ordinarios laborales”.<sup>7</sup>

2.2. Por su parte, el Tribunal Superior de Medellín –Sala Laboral-, en segunda instancia, mediante sentencia proferida el veinte (20) de noviembre de 2.009, confirmó el fallo del a quo insistiendo en el hecho de que no es competencia del juez de tutela resolver un debate que debe darse ante los jueces naturales de la causa, es decir la jurisdicción laboral: “[u]na controversia como la que se propone la presente acción, pese a los argumentos que se exponen, indudablemente serios, juiciosos y razonables, no pueden ser objeto de valoración y definición por parte del juez constitucional, pues una actitud de tal naturaleza implicaría una clara u (sic) no permitida intromisión en asuntos que no son de su competencia, pues situaciones como éstas corresponde definir las a través del proceso ordinario laboral y de seguridad social”. <sup>8</sup>

### 3. Pruebas decretadas por la Sala Primera de Revisión.

La Sala de Revisión, al considerar que no contaba con el material probatorio suficiente para proferir fallo, mediante Auto del 02 de marzo de 2.010, solicitó al Ministerio de Defensa Nacional que informara a esta Corporación si existió vínculo laboral entre dicha entidad y el señor Oscar Juan Arboleda Gutiérrez entre el periodo de 1962 y 1964 y, en caso afirmativo, indicara a que entidad se hicieron los aportes correspondientes a pensión durante el periodo mencionado.

En contestación, el Ministerio allegó a esta Corporación el Bono pensional No 44802 que acredita que el señor Oscar Juan Arboleda Gutiérrez cuenta con 97, 29 semanas de cotización asumidas directamente por esta entidad. Folios 20,21 y 22, cuaderno 1.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 1. Competencia.

La Sala es competente para revisar las sentencias proferidas dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

## 2. Planteamiento del problema jurídico.

2.1. En el presente caso le corresponde a la Sala Primera de esta Corporación resolver el siguiente problema jurídico: ¿Una entidad encargada de garantizar el acceso a la pensión vulnera los derechos a la seguridad social y al mínimo vital cuando le niega a una persona el reconocimiento de su pensión, por no cumplir con el requisito de semanas de cotización a esta entidad, a pesar de que tal persona cotizó más tiempo del exigido, si se suman sus aportes a otras entidades a las que prestó sus servicios antes de entrar en vigencia el sistema general de pensiones?

2.2. Para resolver el problema jurídico la Sala (i) establecerá si en el caso concreto resulta procedente la acción de tutela como mecanismo de amparo de los derechos presuntamente conculcados por ISS al accionante; (ii) señalará la regla que establece que, para acceder a los beneficios de la Seguridad Social las personas deben acreditar los requisitos frente a Sistema de Seguridad Social no frente a las entidades que lo compongan y (iii) procederá a la solución del caso concreto

## 3. La Procedibilidad de la acción de tutela frente a controversias laborales. Reiteración de jurisprudencia.

3.1. Dado el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, por regla general, no es el mecanismo llamado a prosperar para el reclamo de prestaciones o acreencias laborales.<sup>9</sup>

Las pretensiones que están dirigidas, por ejemplo, a obtener el pago de salarios, el reconocimiento de prestaciones sociales, el reconocimiento o reliquidación de pensiones, la sustitución patronal, el reintegro de trabajadores y, en fin, todas aquellas prestaciones que derivan su causa jurídica de la existencia de una relación laboral previa, en principio, deben ser tramitadas ante la jurisdicción laboral, que puede prestar su concurso frente a controversias que se suscitan en el desarrollo de un contrato de trabajo.<sup>10</sup>

3.2. No obstante, esta Corporación ha considerado que, cuando se verifican en el caso concreto (i) que los medios ordinarios de defensa judicial no son suficientemente idóneos y eficaces para proteger los derechos presuntamente conculcados<sup>11</sup> (ii) que de no concederse la tutela como mecanismo transitorio de protección se produciría un perjuicio irremediable y (iii) que el accionante es un sujeto de especial protección constitucional (personas de la

tercera edad, discapacitadas, mujeres cabeza de familia, población desplazada, niños y niñas); la tutela procede como mecanismo transitorio de amparo.

Ello es así porque, como lo ha afirmado reiterada jurisprudencia constitucional, el análisis de procedibilidad se puede llevar a cabo sobre criterios más amplios cuando se encuentran amenazados o vulnerados derechos fundamentales que ameritan la intervención inmediata del juez de tutela.

3.3. Ahora bien, a juicio de la Sala de Revisión, la tutela interpuesta por el accionante resulta procedente como mecanismo de amparo de sus derechos fundamentales, al mínimo vital y a la seguridad social, presuntamente vulnerados por el ISS, porque, aun cuando existen formalmente otras acciones para reclamar el reconocimiento de la pensión de vejez, estas no resultan del todo eficaces de acuerdo con las condiciones particulares del peticionario.<sup>12</sup>

3.4. En el presente caso, el accionante (i) es un sujeto de protección constitucional especial (66 años) que ve afectado gravemente su mínimo vital, y (ii) eventualmente su derecho a la salud, que, además, (iii) ha intentado en muchas ocasiones reclamar directamente sus derechos ante el ISS.<sup>13</sup>

3.4.1. En efecto, al hecho objetivo de ser una persona de edad avanzada, se suma que es alguien que no cuenta con recursos económicos propios o con un patrimonio que le permita atender y costear una digna existencia. Además, actualmente tampoco posee una fuente de ingresos. En tal medida, que no se proteja su derecho a la pensión afecta gravemente y de forma inmediata su posibilidad de gozar efectivamente de un mínimo vital en dignidad.

3.4.2. Se trata de una persona que carece de protección en salud, por lo que las dolencias a las que está expuesto por su edad, tendrán que ser, en principio, atendidas con sus propios recursos. Claro, si se trata de un caso extremo, es una persona que podría tutelar su derecho a la salud. Pero en todos los demás casos en que su vida o su salud no estén grave o considerablemente afectadas, tendrán que ser atendidos por el accionante con sus propios recursos, los cuales no tiene.

3.4.3. Por otra parte, también es claro que se trata de una persona que no recurre a la acción de tutela como la primera opción. El accionante ha intentado en varias ocasiones darle la oportunidad a la Administración para que ésta, aplicando la Constitución y la Ley, le

reconozca su derecho a la seguridad social. No obstante, la Administración, a lo largo de dos largos años, ha dilatado y desatendido la petición del accionante.

3.5. Una vez establecido que en el caso concreto procede la acción de tutela como mecanismo de defensa judicial para proteger los derechos invocados por el accionante, la Sala de Revisión procederá a exponer las consideraciones que permitirán fundamentar el fallo que proferirá este Tribunal.

4. Los requisitos que se impongan para acceder a los beneficios de la Seguridad Social se cumplen ante el Sistema no ante entidades u órganos que lo compongan.

4.1. De conformidad con el artículo 48 de la Constitución Política, la seguridad social tiene una doble connotación. De una parte es un “derecho irrenunciable de todas las personas del territorio” y de otra parte, es un “servicio público de carácter obligatorio que se [presta] bajo la dirección, coordinación y control del Estado”. 14

4.2. Teniendo en cuenta la segunda connotación, la norma constitucional mencionada establece también que la prestación del servicio de la seguridad social puede darse a través de entidades públicas o privadas de conformidad con la ley, garantizándose el derecho de toda persona al acceso a los servicios de seguridad Social.

4.3. En ejercicio de la facultad anotada, el Congreso de la República expidió la Ley 100 de 1.993, “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, que contempla, entre otras cosas, los regímenes generales de pensiones, salud y riesgos profesionales y servicios complementarios y la regulación en torno a las entidades encargadas de prestar los servicios contemplados en el Sistema General de Seguridad Social.

4.4. Así las cosas, las personas se encuentran afiliadas o vinculadas al Sistema General de Seguridad Social, en tanto es el mecanismo diseñado por el legislador para garantizar el derecho irrenunciable a la seguridad social. Las entidades que prestan el servicio son los operadores del sistema. Los requisitos que se impongan para acceder a los beneficios de la seguridad social se cumplen a través de las entidades u órganos que lo componen.

4.4.1. En el texto de la Ley 100 de 1.993 el legislador hace énfasis en que las personas están

afiliadas al Sistema General de Seguridad Social y que las cotizaciones se realizan a dicho sistema.<sup>15</sup>

4.4.2. Por su parte, la Jurisprudencia de esta Corporación ha señalado también reiteradamente que 'la persona se afilia al sistema, no a una de las entidades integrantes del mismo'<sup>16</sup>

4.4.3. En efecto en la Sentencia C-112 de 1998 (MP: Carlos Gaviria Díaz) que estudió la constitucionalidad del artículo 164 de la ley 100 de 1993 se sostuvo:

"Debe declararse al respecto que, según resulta de la preceptiva consagrada en la Ley 100 de 1993, la persona se afilia al sistema, no a una de las entidades integrantes del mismo y, por tanto, cuando, en los casos extraordinarios en que lo autoriza ese estatuto, haya de tenerse la antigüedad o el número de semanas cotizadas para tener derecho a determinada prestación, debe contarse el tiempo de vinculación al sistema y no el de cotización a la empresa de salud específicamente considerada".<sup>17</sup>

4.4.4. Lo mismo se ha sostenido en casos relacionados con multiafiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, donde se ha dicho que

"(...) la afiliación no es a una empresa promotora determinada sino al Sistema General de Salud y Seguridad Social y por ello, el propósito de la legislación es garantizar la efectiva prestación del servicio en tanto que las controversias por quién tiene la responsabilidad de cubrir los gastos, no constituyen causales de justificación para omitir la prestación del servicio".<sup>18</sup>

4.4.5. Finalmente, esta consideración se ha tenido en cuenta en casos de pensiones donde las entidades encargadas de reconocer y pagar estas acreencias las han negado, entre otras cosas, al considerar que las personas deben cumplir con los requisitos exigidos de tiempo frente a dichas entidades y no frente al Sistema.<sup>19</sup>

Ahora bien, de conformidad con lo expuesto, la Sala procede a resolver el caso concreto.

5. El ISS vulneró los derechos a la seguridad social y al mínimo vital del accionante al negarle el reconocimiento de su pensión, por no cumplir con el requisito de semanas de cotización a esta entidad, dado que el accionante cotizó más tiempo del exigido al Sistema general de

pensiones.

5.1. Oscar Juan Arboleda Gutiérrez considera que el ISS le vulneró sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas, al no reconocerle y pagarle su pensión de vejez, pese a que reúne los requisitos de edad y de tiempo de cotización establecidos en el régimen de transición y en las normas que le resultan aplicables, en su criterio.<sup>20</sup> Por su parte, el ISS sostiene que éste no cumple con el requisito de tiempo de cotización establecido en las normas que podrían regir su caso.

Ahora bien, con fundamento en las consideraciones generales expuestas, esta Sala debe proceder a evaluar si la decisión del ISS vulneró los derechos fundamentales del accionante o si por el contrario le asiste razón a la entidad demandada al negarle el reconocimiento de su pensión de vejez.

Para tal efecto la Sala de Revisión, primero, deberá pronunciarse sobre los argumentos del ISS, contenidos en las resoluciones 002494 del 30 de enero de 2009, 015742 del 29 de mayo de 2009 y 022872 del 31 de julio de 2009 que negaron el reconocimiento pensional al accionante y posteriormente procederá a proferir las ordenes a las que haya lugar.

5.2. En primer lugar, una vez analizadas las Resoluciones número 002494 del 30 de enero de 2009, 015742 del 29 de mayo de 2009 (por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición) y 022872 del 31 de julio de 2009 (por medio del cual se resolvió el recurso de apelación) proferidas por el ISS, la Sala considera que le asiste razón a la entidad demandada al negar el reconocimiento pensional, bajo los regímenes contemplados en el artículo primero de la Ley 33 de 1985 y en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en tanto el accionante cotizó al Sistema General de Seguridad Social en pensiones un número de semanas inferior al exigido por las mencionadas normas.

En efecto, no es posible conceder la pensión de jubilación aplicando la Ley 33 de 1985, pues su artículo 1º establece que tiene derecho a la pensión mensual vitalicia de jubilación “el empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos [al Estado] y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55)” y, según los elementos obrantes en el expediente, el accionante laboró y cotizó durante toda su vida laboral 97,29 semanas como empleado en el sector público,<sup>21</sup> es decir, tan solo un año y 316 días aproximadamente.

De igual manera, según las condiciones establecidas en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, para que una persona pueda acceder a la pensión de jubilación, bajo este régimen, debe cumplir con: 60 años de edad, si es hombre, y con un número 1150 semanas cotizadas al sistema pensional, para quienes reclamaron su derecho en el año dos mil nueve (2.009).<sup>22</sup> Así, de conformidad con las pruebas que obran en el expediente<sup>23</sup> se evidencia que, en el caso concreto, esta última condición no se cumple.

5.3. Sin embargo, en el caso concreto, considera la Sala de Revisión que el ISS le vulneró al accionante sus derechos a la seguridad social y al mínimo vital, por cuanto, contrario a lo sostenido por la entidad, cumple con los requisitos para acceder a la pensión que reclama.

Efectuando una revisión de las normas aplicables al caso, encuentra la Sala que, de conformidad con lo previsto en la Ley 71 de 1988 a propósito de la pensión por aportes, consagrada en el artículo 7, el accionante puede acceder a su pensión de jubilación, en tanto la disposición mencionada permite la acumulación de los aportes realizados en el sector público con aquellas que cotizó en el sector privado, para cumplir con el requisito de 20 años de cotización exigido.

En relación con esta modalidad pensional en la sentencia C-623 de 1998 (MP. Hernando Herrera Vergara) a propósito de una demanda contra el artículo 7 (parcial) de la ley 71 de 1988, relativa al aparte de la norma que establece que “tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) o más si es mujer”<sup>24</sup> que se declaró exequible, la Corporación señaló:

“El artículo 7o. de la Ley 71 de 1988 consagra la denominada pensión de jubilación por acumulación de aportes, es decir, aquella que se obtiene sumando los tiempos de cotización en el sector público y privado. Así pues, a partir de esta normatividad, los empleados oficiales y públicos y los trabajadores particulares que acrediten, 55 años si es mujer y 60 años si es varón, y 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo en una o varias entidades de previsión social o de las que hagan sus veces, con los efectuados ante el I.S.S., tendrán derecho a acceder a la prestación jubilatoria mediante la acumulación de aportes y cotizaciones derivados de la relación contractual particular u oficial y la legal y reglamentaria”.

Teniendo en cuenta que al accionante le fue expedido el bono pensional N° 4480225 que acredita su periodo de vinculación laboral al Ministerio de Defensa Nacional desde el 01 de septiembre de 1962 hasta el 21 de julio de 1964 como soldado; que el Instituto de Seguros Sociales reconoce que dicho periodo corresponde a 97,29 semanas de cotización como funcionario público<sup>26</sup> y que la misma entidad acredita que el actor cuenta con 994.13 semanas cotizadas en calidad del empleado en el sector privado, se tiene que cumple con el requisito de tiempo previsto en la Ley 71 de 1988, esto es, haber efectuado aportes durante 20 años, equivalentes a 1080 semanas, pues computadas las semanas cotizadas al Ministerio de Defensa con las cotizadas al ISS arroja un total de 1090,42.

Cabe señalar que si bien el ISS sostuvo que el señor Arboleda Gutiérrez no es beneficiario de la pensión de conformidad con la ley 71 de 1988 por “no haber cotizado a una caja diferente al ISS, antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones” este argumento no es de recibo porque (i) las personas se encuentran afiliadas al sistema de seguridad social y por tanto los requisitos que se impongan para acceder a los beneficios de la seguridad social se cumplen ante el sistema no ante entidades u órganos que lo compongan y (ii) en virtud del principio de favorabilidad laboral<sup>27</sup> y con el fin de garantizar el derecho constitucional a la seguridad social, es viable reconocer la pensión por acumulación de aportes a quien acredite veinte (20) años de servicios o de cotizaciones en el sector público y privado, incluyendo para tal efecto el tiempo laborado, incluso durante el lapso en que no se realizaron aportes a ninguna caja de previsión.

En un caso similar, la Sala de Consulta del Servicio Civil del Consejo de Estado,<sup>28</sup> en orden a establecer si es viable reconocer a los empleados civiles del Ministerio de Defensa Nacional la pensión de jubilación consagrada en el artículo 7º de la Ley 71 de 1988, incluyendo para tal efecto el tiempo laborado en ese Ministerio, sin que se hubieran efectuado aportes al sistema de seguridad social, considero:

“(…) con el fin de garantizar el derecho constitucional a la seguridad social (…) es viable reconocer la pensión por aportes prevista en la ley 71 de 1988, a favor del personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y/o de la Policía Nacional cobijados por el régimen de excepción previsto en el artículo 279 de la ley 100 de 1993, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 100 del decreto 1214 de 1990, computando para tal efecto el tiempo laborado en el Ministerio de Defensa o en la Policía Nacional durante el cual no se realizaron

aportes.”

Lo anterior, debido a que, según el mencionado concepto, en vigencia de la Constitución de 1886 y de las normas aplicables los empleados del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, no cotizaban al Sistema General de pensiones pues estas prestaciones eran asumidas por el Tesoro Público. Al respecto, expresamente se sostuvo:

“Advierte la Sala que, la remisión contenida en el artículo 100 del decreto 1214 de 1990 al régimen de pensión por aportes del artículo 7º de la ley 71 de 1988, a esos servidores públicos, se hizo a partir del supuesto de que éstos no cotizaban al sistema,<sup>29</sup> ya que sus pensiones estaban a cargo del “Tesoro Público”, como se explicó en la parte antecedente del presente concepto.

En estas condiciones, con el fin de garantizar el derecho constitucional a la seguridad social, es viable reconocer la pensión por aportes al personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional, cobijado por el régimen de excepción en los términos del artículo 279 de la ley 100 de 1993, que acredite veinte (20) años de servicios o de cotizaciones en el sector público y privado, incluyendo para tal efecto el tiempo laborado como empleados públicos al servicio de esas entidades, durante el cual no se realizaron aportes a ninguna caja de previsión, como quiera que específicamente el ordenamiento jurídico – arts. 100 del decreto 1214 de 1990 y 38 del decreto 2909 de 1991 – contemplaron esa posibilidad, que no puede ser menoscabada, pues se desconocería el derecho subjetivo de los titulares a que se le reconozca la prestación en las condiciones establecidas en la normatividad señalada.<sup>30</sup> Por lo anterior, no se considera de recibo la posición del Grupo de cuotas partes pensionales del Seguro Social.”

Finalmente, en cuanto al requisito de edad exigido por la norma para acceder a la pensión de vejez, encuentra la Sala de Revisión que el accionante lo cumple cabalmente pues al momento de solicitar el reconocimiento de su pensión, contaba con 66 años de edad.

5.4. De conformidad con lo expuesto, la Sala Primera de esta Corporación tutelaré los derechos a la seguridad social y al mínimo vital del señor Oscar Juan Arboleda Gutiérrez y concederé la pretensión de reconocimiento pensional por vejez.

En consecuencia, esta Sala ordenará al Instituto de Seguros Sociales que, en el término de 48

horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, expida una nueva resolución que reconozca la pensión del señor Oscar Juan Arboleda Gutiérrez, de conformidad con las consideraciones expuestas en esta providencia, cobrando la cuota parte de la pensión, que le corresponde cancelar al Ministerio de Defensa.

Así mismo, ordenará al ISS que realice los tramites necesarios para que, una vez reconocida la pensión, este sea incluido en nómina de pensionados. Dicho trámite deberá efectuarse dentro de un término no superior a un mes, contado a partir de la notificación de la presente providencia.

Teniendo en cuenta que el accionante ha cotizado al Instituto de Seguros Sociales un total de 994,13 semanas y que para acceder a la pensión, de conformidad con el artículo 7 de la Ley 71 de 1988 es necesario que acredite un total de 20 años cotizados, el Instituto de Seguros Sociales deberá tener en cuenta para completar las correspondientes el bono pensional número 4480231 emitido por el Ministerio de Defensa Nacional para que el actor pueda acceder al reconocimiento de su pensión.

#### IV. DECISIÓN

En conclusión, una entidad encargada de garantizar el acceso a la pensión vulnera los derechos a la seguridad social y al mínimo vital cuando niega a una persona el reconocimiento de su pensión, por no cumplir con el requisito de semanas de cotización ante esa misma entidad, pero la persona sí lo cumplió ante el Sistema.

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

#### RESUELVE:

Primero.- REVOCAR el fallo proferido, en segunda instancia, por el Tribunal Superior de Medellín -Sala Laboral- el veinte (20) de noviembre de dos mil nueve (2009) que confirmó el fallo proferido por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín el veintiocho (28) de octubre del mismo año y en su lugar, CONCEDER la tutela interpuesta por el señor Oscar Juan Arboleda Gutiérrez contra el Instituto de Seguros Sociales (ISS).

Segundo.- ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales (ISS) que, en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, expida una nueva resolución que reconozca la pensión del señor Oscar Juan Arboleda Gutiérrez.

Tercero.- ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales (ISS) que realice los trámites necesarios para que, una vez reconocida la pensión ésta sea incluida en nómina con la finalidad de iniciar los pagos por concepto de pensión de vejez a favor del señor Oscar Juan Arboleda. Dicho trámite no podrá ser superior a un (1) mes, contado a partir de la notificación de la presente providencia.

Cuarto.- líbrese por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí establecidos.

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

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Aclaración de voto

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

Aclaración de voto a la sentencia T-365 de 2010

Referencia: Expediente T-2.508.242

Accionante: Oscare Juan Arboleda Gutiérrez

Accionados: Instituto de Seguros Sociales (ISS)

Magistrado Ponente: Maria Victoria Calle Correa

Aclaro mi voto frente a la sentencia de tutela aprobada por la Sala Primera de revisión en sesión celebrada el 11 de mayo de 2010, por las razones que a continuación expongo:

Uno de los sustentos de la Sala para determinar la procedencia de la tutela fue la pertenencia del accionante, de 66 años<sup>32</sup>, a la tercera edad, un grupo que por expresa disposición constitucional goza de protección especial<sup>33</sup>. Al respecto, y si bien es claro que “[l]a tercera edad exige el respeto y la consideración de la sociedad y la gestión efectiva del Estado Social de Derecho, que no pueden eludir sus responsabilidades en la preservación de una vida digna de personas cuya debilidad es manifiesta”<sup>34</sup>, la Constitución no definió la edad en la que se inicia esta fase de la vida y por ende, empieza la protección especial. Como consecuencia de dicha indeterminación, esta Corporación estableció como criterio útil<sup>35</sup> para delimitar la pertenencia a la tercera edad, el hecho de sobrepasar la edad de expectativa de vida para los colombianos, que se fijó en 71 años<sup>36</sup>.

Al respecto cabe recordar que si bien la procedencia de la acción de tutela para resolver controversias relacionadas con el reconocimiento y pago de prestaciones económicas procede excepcionalmente en situaciones que involucren a personas de la tercera edad, no es menos cierto que no se excluye de manera alguna a aquellos individuos que no pertenecen a ella<sup>37</sup>, pues esta Corporación ha reconocido que la acción de tutela opera igualmente cuando se verifique la afectación al mínimo vital, siendo deber del juez “el individualizar la situación particular de cada peticionario a fin de comprobar si se dan las circunstancias materiales que impliquen la vulneración del mínimo vital, v. gr. que la pensión sea el único medio material de subsistencia y que la omisión en su pago derive en una situación crítica al demandante”<sup>38</sup>, situación que es igualmente predicable de la negación injustificada del reconocimiento de la pensión de vejez.

Sobre esto cabe recordar que:

“[e]n relación con el pago de las mesadas pensionales la Corte considera que ellas

constituyen, por regla general, la única fuente de ingresos del pensionado y de su núcleo familiar, que le posibilita el desarrollo autónomo de su personalidad y el reconocimiento dentro del entorno social al que pertenece. Verse privado de la única fuente de ingresos, sin expectativas ciertas sobre la fecha en que ésta se haga efectiva, implica el deterioro progresivo de las condiciones materiales, sociales y psíquicas de su existencia, con lo cual se vulneran principios y derechos fundamentales que legítimamente le asisten al pensionado en el Estado social de derecho. Esta circunstancia se agrava significativamente en las personas de la tercera edad, razón por la cual el pago tardío de las pensiones atenta contra la subsistencia misma tanto del pensionado como de las personas a cargo”<sup>39</sup>.

Desde esta perspectiva, la procedencia del amparo en el presente caso se sustentaba simplemente en la afectación que para el mínimo vital del accionante implicaba la negativa de Instituto del Seguro Social por conceder la pensión de vejez a la que tenía derecho, situación agravada por el hecho de que “es alguien que no cuenta con recursos económicos propios o con un patrimonio que le permita atender o costear una digna existencia” y que adicionalmente “carece de protección en salud, por lo que las dolencias a las que está expuesto por su edad, tendrán que ser, en principio, atendidas con sus propios recursos”<sup>40</sup>.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

1 En la sentencia T-045 de 2004 (MP: Eduardo Montealegre Lynett), la Corte señaló: “En el ámbito de los conflictos de trabajo, por ejemplo, la Corte ha sido enfática en sostener que, so pretexto de interpretar el alcance de las normas jurídicas, no le es dable al operador jurídico desconocer las garantías laborales reconocidas a los trabajadores por la Constitución Política y las leyes, ni tampoco actuar en contradicción con los principios superiores que lo amparan como son, entre otros, los de igualdad de trato y favorabilidad. En este sentido, puede afirmarse que el Estatuto Superior se ha preocupado por garantizar un mínimo de derechos a los trabajadores, los cuales no pueden ser ignorados, disminuidos o transgredidos por las autoridades públicas y, en particular, por los jueces y magistrados de la República en su función constitucional de aplicar y valorar el alcance de la ley.”

2 "ARTICULO. 36.- Régimen de transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

3 Nació el 8 de febrero de 1943, según se acredita en el folio 11 del cuaderno principal.

4 Estos argumentos se encuentran contenidos en la Resolución número 002494 del 30 de enero de 2009, 015742 del 29 de mayo de 2009 que resolvió el recurso de reposición contra la citada resolución y en la número 022872 del 31 de julio de 2009 que resolvió el recurso de apelación. Expediente de tutela, cuaderno principal, folios 3 al 8.

5 Resolución 015742 de 2.009 del Instituto de Seguros Sociales. Expediente de tutela, cuaderno principal, folios 3.

6 El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín, quien conoció el caso en primera instancia, notificó al Instituto de Seguros Sociales de la demanda, el 26 de octubre de 2009. No obstante, la entidad no se pronunció durante el transcurso del proceso.

7 Expediente, cuaderno principal, Folio 15.

8 Expediente, cuaderno principal, Folio 36.

9 Como se sostuvo en la Sentencia T-698 de 2004 (MP: Rodrigo Uprimny Yepes) la acción de tutela no es un medio mediante el cual se "pueda reemplazar o sustituir los mecanismos procesales dispuestos por el legislador para la protección de los derechos, ni tampoco como un camino extraordinario para solucionar las eventuales falencias de los procesos ordinarios o contenciosos."

10 Sentencia SU-484 de 2008 (MP. Jaime Araujo Rentería).

11 Ver entre otras, las sentencias: T-656 de 2006 (MP: Jaime Araujo Rentería), T-435 de 2006 (MP: Humberto Antonio Sierra Porto), T-651 de 2004 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-1012 de 2003 (MP: Eduardo Montealegre Lynett).

12 El Decreto 2591 de 1991, artículo 6°, dice que la acción de tutela puede proceder cuando

existan otros recursos o medios de defensa judiciales, si con ella se pretende evitar un perjuicio irremediable. Y agrega: “la existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”. Ver además, las Sentencias T-147 de 2006 (MP: Manuel José Cepeda Espinosa) y T-910 de 2006 (MP: Manuel José Cepeda Espinosa).

13 La jurisprudencia ha tutelado el derecho a la pensión de personas de edad avanzada cuando está en juego su mínimo vital u otros derechos fundamentales. Ver, entre otras, por ejemplo, las sentencias T-924 de 2003 (MP: Jaime Córdoba Triviño), T-147 de 2006, (MP: Manuel José Cepeda Espinosa), T-921 de 2006 (MP: Jaime Córdoba Triviño), T-1084 de 2006 (MP: Álvaro Tafur Galvis), T-128 de 2007, MP: (Manuel José Cepeda Espinosa), T-268 de 2009 (MP: Nilson Pinilla Pinilla) y T-390 de 2009 (MP: Humberto Antonio Sierra Porto) De forma similar, la jurisprudencia no ha tutelado el derecho a la pensión, incluso de personas de edades muy avanzadas, cuando no están en juego otros derechos en la sentencia T-696 de 2009 (MP: Mauricio González Cuervo), por ejemplo, se resolvió no tutelar el derecho a la pensión de una persona de 79 años de edad.

14 Artículo 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella. La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

15 “Artículo.15.- Afiliados. Serán afiliados al sistema general de pensiones (...)”; “Capítulo III. Cotizaciones al sistema general de pensiones”. “Artículo 17.- Obligatoriedad de las cotizaciones. Durante la vigencia de la relación laboral deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados y empleadores, con base en el salario que aquéllos devenguen”; Artículo 26. Objeto del fondo. El fondo de solidaridad pensional tiene por objeto subsidiar los aportes al régimen general de

pensiones (...).”Artículo 46.- Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes: (...) 2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que éste hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos: a) Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema (...).”

16 Sentencia C-112 de 1998 (MP. Carlos Gaviria Díaz).

17 En ese mismo sentido T-250 de 1997 y T-437 de 1997 (MP: José Gregorio Hernández Galindo) y T-760 de 2008 (MP: Manuel José Cepeda Espinosa).

18 Al respecto, consultar las sentencias T-1313 de 2001 (MP: Jaime Córdoba Triviño), reiterada entre otras en la Sentencia T-502 de 2004 (MP: Manuel José Cepeda Espinosa), T-028 de 2.007 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-242 de 2007 (MP: Humberto Antonio Sierra Porto).

19 Así, en la Sentencia T-702 de 2.009 (MP: Humberto Antonio Sierra Porto), se decidió ordenar al Instituto de Seguros Sociales que reconociera el derecho a la pensión de una persona que pretendía la acumulación del tiempo que trabajó y cotizó con una entidad estatal junto con el que cotizó en el ISS al considerar, entre otras cosas que “el legislador concibió un sistema integral y general de pensiones que además de crear relaciones recíprocas entre las entidades administradoras del sistema, avala la acumulación de tiempo trabajado y semanas cotizadas”.

20 ARTICULO 36 de la Ley 100 de 1993.- “Régimen de transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley”.

21 Expediente de tutela, cuaderno principal, Folio 1.

22 Esto es así, debido a que, según el literal b) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, para acceder a la pensión de vejez es necesario haber cotizado mil (1.000) semanas al sistema, pero ese número de semanas cotizadas crecería con el paso de los años, en función de la siguiente formulación: “[a] partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2.006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2.015”. Si se aplica esa fórmula para el año dos mil nueve (2.009), resulta que quienes reclamen la pensión de vejez conforme al régimen ordinario de la Ley 100 de 1.993 deben acreditar que han cotizado al menos mil ciento cincuenta (1.150) semanas.

23 Expediente de tutela, Cuaderno 1, folios del 1 al 8.

24 El texto completo del artículo 7 de la Ley 71 de 1988 es el siguiente: “ARTICULO 7 .- A partir de la presente Ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social o de las que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco años (55) o más si es mujer. El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas.” (Subrayas fuera de texto.)

25 Folios 16 y 17 del cuaderno principal.

26 Folio 3 del cuaderno 1.

27 En la sentencia T-045 de 2004 (MP: Eduardo Montealegre Lynett), la Corte señaló: “En el ámbito de los conflictos de trabajo, por ejemplo, la Corte ha sido enfática en sostener que, so pretexto de interpretar el alcance de las normas jurídicas, no le es dable al operador jurídico desconocer las garantías laborales reconocidas a los trabajadores por la Constitución Política y las leyes, ni tampoco actuar en contradicción con los principios superiores que lo amparan como son, entre otros, los de igualdad de trato y favorabilidad. En este sentido, puede

afirmarse que el Estatuto Superior se ha preocupado por garantizar un mínimo de derechos a los trabajadores, los cuales no pueden ser ignorados, disminuidos o transgredidos por las autoridades públicas y, en particular, por los jueces y magistrados de la República en su función constitucional de aplicar y valorar el alcance de la ley.”

28 Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce, Sala de Consulta Civil, Bogotá D.C, treinta (30) de noviembre de dos mil seis (2006), Radicación número: 11001-03-06-000-2006-00058-00 (1752).

29 En concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se cita a pie de página lo siguiente: “Ver oficio 16906 del 29 de diciembre de 2005. Radicación interna 175990 dirigido por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica y Apoyo Legislativo del Ministerio de Protección Social al Secretario General del Ministerio de Defensa Nacional”.

30 Los derechos provenientes de la seguridad social son irrenunciables – arts 48 y 53 de la C.P. –

31 Folios 16 y 17.

32 Folio 5 de la Sentencia.

33 Es así como el Art. 46 de la Carta dispone que “El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria”, a la vez que el Art. 13 de la Constitución impone el deber para el Estado de proteger “especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”. Esta protección especial ha sido desarrollada extensamente por la jurisprudencia de esta Corporación.

34 Sentencia T-489 de 1999.

35 Al respecto cabe aclarar que, si bien se fijó este criterio como guía para determinar la pertenencia del accionante a la tercera edad, lo anterior no obsta para que el juez, al evaluar las circunstancias concretas del caso, pueda establecer que una persona pueda ser beneficiaria de una especial protección constitucional, situación en la cual le corresponderá

argumentar las razones en las que se basa para hacer tal inclusión.

36 Al respecto ver, entre otras, las sentencias T-463 de 2003, T-1226 de 2000, T-456 de 1994, T-425 de 2004, T-463 de 2004 y T-634 de 2008.

37 Ver Sentencia T-522 de 2006.

38 Ver folio 6 de sentencia

39 Sentencia SU-1023 de 2001.

40 Ibíd.