

Sentencia T-414-09

Referencia: expediente T-2171772

Acción de tutela instaurada por Luis Alberto Niño contra el Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguro Social, Seccional Valle, con vinculación oficiosa de EMSIRVA E.S.P.

Magistrado Ponente:

Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de junio de dos mil nueve (2009).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO y GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali y la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, que resolvieron la acción de tutela promovida por Luis Alberto Niño contra el Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguro Social, Seccional Valle.

I. ANTECEDENTES

El 23 de octubre de 2008, Luis Alberto Niño interpuso acción de tutela ante el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali contra el Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguro Social, Seccional Valle, por considerar vulnerado su derecho fundamental a la vida digna.

Fundamentó su acción en los siguientes:

1. Hechos:

1. Señala que el 17 de noviembre de 2006 cumplió 55 años de edad.

1.3 Afirma que en consideración de lo anterior y dado que en su criterio satisface los requisitos señalados en el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el 22 de enero de 2007, solicitó ante el Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguro Social, Seccional Valle, el reconocimiento y pago a su favor de la pensión de vejez prevista en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985.

Al respecto, precisa que satisface los requisitos previstos en el régimen de transición, pues al 1 de abril de 1994 -fecha en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993- tenía 42 años de edad y había prestado sus servicios a entidades del Estado por más de 21 años.

En tal sentido, explica que en su caso el “régimen anterior” al que hace referencia el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es el contemplado en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985. En este orden, señala que de acuerdo con esta disposición, “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.”

1.4 Indica que, sin embargo, mediante la Resolución No. 016242 de 2007, el Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguro Social, Seccional Valle, denegó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez solicitada.

Señala que en su decisión, la entidad concluyó que “si bien es cierto que cumple con los requisitos del Art. 36 de la Ley 100/93”, no puede reconocer una pensión de vejez con fundamento en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985.

Al respecto, explica que de acuerdo con dicha decisión, el Instituto le manifestó que aunque “el tiempo total laborado a entidades del Estado y el cotizado al I.S.S. ascienden a 10.694

días, es decir 1527 semanas.” y que tiene 56 años, los 18 años de servicios prestados a EMSIRVA E.P.S. no pueden ser tenidos en cuenta para conceder su solicitud. Esto por cuanto, de acuerdo con el concepto DJN - US 09665 de 2004 de la Dirección Jurídica Nacional del Instituto y el parágrafo 2 del artículo 3 y el artículo 45 del Decreto 1748 de 1995, el Instituto “no tiene por qué convalidar y asumir bonos o cuotas partes correspondientes a tiempos públicos anteriores a la vigencia del Sistema General de Pensiones (01-04-94) para una pensión de Ley 33 de 1985, por el hecho de que los hubiese cotizado al I.S.S., toda vez que dichas cotizaciones se efectuaron para la pensión del I.S.S. según los reglamentos de invalidez, vejez y muerte y nunca para la pensión de servidor público.” Así mismo, porque en consideración de dichas normas, “los empleadores del sector público afiliados al I.S.S. se asimilan a empleadores del sector privado, y por tanto, los tiempos cotizados en estas circunstancias tienen el carácter de privados, ciñéndose a las reglas establecidas en el artículo 5 del Decreto 813 de 1994 modificado por el artículo 2 del Decreto 1160 de 1994.”

Sostiene que debido a que en criterio del Instituto no es posible dar aplicación a lo previsto en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, en atención a lo contemplado en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 que modificó el numeral 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo con la resolución en comento, debe esperar a cumplir 60 años de edad “y de esta forma reavivar su solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez.”

1.5 Afirma que el 11 de diciembre de 2007, presentó recurso de reposición y en subsidio apelación contra la Resolución No. 016242 de 2007 expedida por el Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguro Social, Seccional Valle.

1.6 Señala que mediante la Resolución No. 06297 del 30 de abril 2008, el Instituto confirmó la decisión impugnada, para lo cual reiteró los argumentos expuestos en la Resolución No. 016242 de 2007. Adicionalmente, aclaró que en dicha resolución se resolvió: “Contra la presente Resolución procede el recurso de apelación solicitado subsidiariamente, por consiguiente una vez notificado el presente Acto Administrativo se enviará el expediente al área de apelaciones para ser resuelto.”

2. Solicitud de tutela

Por lo anterior, Luis Alberto Niño solicitó ante el juez de instancia ordenar al

Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguro Social, Seccional Valle, el reconocimiento y pago a su favor de la pensión de vejez prevista en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985.

3. Trámite de instancia

3.1 La acción de tutela fue tramitada ante el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, el cual mediante auto del día 30 de octubre de 2008 ordenó su notificación a la entidad accionada.

3.2 Sin embargo, el Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguro Social, Seccional Valle, guardó silencio sobre los hechos y consideraciones que fundamentan la presente acción de tutela.

4. Pruebas relevantes que obran en el expediente

4.1 Copia de la Resolución No. 06297 de 2008 “Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición”, expedida por el Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguro Social, Seccional Valle (Folios 3 a 5, cuaderno 2).

4.2 Copia de la Resolución No. 016242 de 2007 “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”, expedida por el Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguro Social, Seccional Valle (Folios 6 a 8, cuaderno 2).

4.4 Copia del Acuerdo No. 08 del 11 de octubre de 1994 “Por medio del cual se incorpora el artículo décimo octavo (18) del Acuerdo No. 113 del 21 de abril de 1987, la clasificación de los trabajadores de EMSIRVA”, proferido por el Concejo Municipal de Cali (Folios 10 a 14, cuaderno 2).

4.5 Copia de la cédula de ciudadanía de Luis Alberto Niño (Folio 15, cuaderno 2).

4.6 Copia de la cédula de ciudadanía de Ana Lucía Franco (Folio 33, cuaderno 2).

4.7 Copia de los carnés de afiliación de Luis Alberto Niño y Ana Lucía Franco a

Calisalud E.P.S. del Régimen Subsidiado de Salud, según su clasificación en el nivel uno (1) del SISBEN (Folio 34, cuaderno 2).

5. Integración del contradictorio y pruebas practicadas por la Corte Constitucional

5.1 Por encontrar necesario practicar algunas pruebas con el fin de contar con mayores elementos de juicio al momento de proferir el fallo, mediante auto del 18 de mayo de 2009, el magistrado sustanciador dispuso que la Secretaría General de esta Corporación solicitara al Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguro Social, Seccional Valle, informar a este Despacho judicial:

1. Si ya resolvió el recurso de apelación interpuesto el 11 de diciembre de 2007 por Luis Alberto Niño contra la Resolución No. 016242 de 2007.

1. En el evento en que el Instituto de Seguro Social hubiese confirmado su decisión, las razones que justifican su negativa frente a la solicitud de reconocimiento y pago de una pensión de vejez a favor del actor. Particularmente, (i) las razones que justifican que para efectos de reconocer y pagar la pensión de vejez reclamada en virtud del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, en las resoluciones No. 06297 de 2008 y 016242 de 2007 el Instituto de Seguro Social tenga en cuenta el tiempo de servicio prestado por ese afiliado a CAJANAL, y no a EMSIRVA E.P.S.; y (ii) las razones con fundamento en las cuales afirma que no podrá acceder al reconocimiento de la pensión de vejez consagrada en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, aunque en dichas resoluciones acepta que el actor está cobijado por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; que “el tiempo total laborado a entidades del Estado y el cotizado al I.S.S. ascienden a 10.694 días, es decir 1527 semanas.”; y que al momento de su solicitud, el asegurado contaba con 56 años de edad.

3.Cuál es la entidad responsable del reconocimiento y pago de la pensión de vejez reclamada, si, como lo aceptó en las resoluciones No. 06297 de 2008 y 016242 de 2007, cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993 el accionante se encontraba afiliado al

Instituto de Seguro Social.

Igualmente, dispuso que la Secretaría General de esta Corporación notificara a EMSIRVA E.S.P. el auto admisorio de la presente acción de tutela, adjuntando copia de ésta y sus anexos, a fin de que se pronunciara sobre su responsabilidad en el pago de la pensión de vejez reclamada por Luis Alberto Niño.

5.2 Sin embargo, el Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguro Social, Seccional Valle, guardó silencio sobre el informe solicitado por este Despacho.

5.3 Por su parte, mediante escrito recibido en la Secretaría General de esta Corporación el 29 de mayo de 2009, EMSIRVA E.S.P. informó que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto 3135 de 1968 y el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, “[E]s claro que a quien le corresponde reconocer al señor Luis Alberto Niño, bien sea la pensión de jubilación o bien sea la pensión de vejez, es a la caja de previsión que no es otra que el Instituto de Seguros Sociales, por cuanto [EMSIRVA E.S.P.] hizo los aportes correspondientes a la mencionada caja de previsión durante todo el tiempo de servicios que prestó el accionante a EMSIRVA E.S.P. hoy EMSIRVA E.S.P. EN LIQUIDACIÓN.”

II. LAS SENTENCIAS QUE SE REVISAN

1. Sentencia de primera instancia

1.1 En sentencia del día 13 de noviembre de 2008, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali denegó el amparo invocado.

1. Para fundamentar su decisión, el juez de instancia sostuvo que en atención a que la vida digna es el único derecho fundamental invocado, en virtud del numeral 1° del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, la presente acción de tutela es improcedente pues existen otros medios de defensa judicial para obtener el amparo de la pretensión de reconocimiento y pago de la pensión de vejez en comento.

Al respecto, precisó: “Una vez identificado el derecho fundamental reclamado, y teniendo en cuenta que no existe otro derecho fundamental en estudio, debe advertir este juzgador que la vía adecuada para demandar el reconocimiento de la pensión de vejez, negada en la actuación administrativa, es la acción laboral ordinaria tomando en cuenta que la reclamación se intentó ante el Instituto de Seguro Social con fundamento en el cumplimiento de requisitos causados en desarrollo de una relación laboral de carácter privado derivada de un contrato de trabajo.”

1. Impugnación de Luis Alberto Niño

2.1 Mediante escrito del 25 de noviembre de 2008, el accionante solicitó ante el juez de instancia revocar el fallo adoptado, y en su lugar, conceder la tutela interpuesta.

2.2 Al sustentar la impugnación, el actor señaló: “En la era actual, la tecnocracia y la misma sociedad me han estigmatizado a causa de la edad, y por las dolencias naturales que causa ésta, y/o por carecer de conocimientos académicos y técnicos; me desempeño en oficios varios y eventualmente (15 días al mes como máximo) con una remuneración que no llega a superar la mitad del mínimo legal, sin protección alguna, sometido a toda clase de riesgos, sin ninguna seguridad, sin profesión alguna definida que me permita obtener un mejor salario digno y permanente, que me asegure junto a mi esposa (de 61 años de edad sin expectativa cercana de pensión), el mínimo vital, como es poder gozar de un bienestar en salud, asistencia médica completa, seguridad social, servicios básicos sociales, y en especial, la alimentación diaria, entre otros derechos indispensables para nuestro vivir diario.”

Por último, sobre la procedibilidad de la acción de tutela interpuesta precisó: “La acción de tutela está prevista para establecer si frente a la Constitución una determinada conducta administrativa es lesiva de los derechos humanos fundamentales, por lo tanto, en el presente caso resulta inaceptable la prolongación en el tiempo y la dilación injustificada de la aprobación definitiva de una pensión de vejez adquirida, que no es una expectativa, y que sí tiene el carácter de derecho constitucional y fundamental”.

3. Sentencia de segunda instancia

3.1 En sentencia del 4 de diciembre de 2008, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali confirmó la decisión adoptada el 13 de noviembre de 2008 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, mediante la cual no se concedió el amparo de tutela.

3.2 Para el efecto, el juez de segunda instancia reiteró los argumentos expuestos por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de señalar que la presente acción de tutela es improcedente por incumplimiento del requisito de subsidiariedad.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y con la selección y el reparto efectuados el 3 de abril de 2009, esta Sala es competente para revisar las decisiones judiciales mencionadas.

2. Problema jurídico

2.1 De acuerdo con los hechos expuestos, el 22 de enero de 2007 el accionante solicitó ante el Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguro Social, Seccional Valle, el reconocimiento y pago a su favor de la pensión de vejez prevista en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985.

Sin embargo, el Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguro Social, Seccional Valle, luego de afirmar que no puede reconocer una pensión de vejez con fundamento en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, y de sostener no sólo que el actor está cobijado por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sino también que ha cotizado a esta entidad 1527 semanas y que el 17 de noviembre de 2006 cumplió 56 años de edad, mediante las resoluciones 06297 de 2008 y 016242 de 2007 denegó la solicitud referida.

1. Dado lo anterior, esta Sala encuentra que en el presente caso el problema jurídico se

contrae a examinar si las resoluciones 06297 de 2008 y 016242 de 2007 expedidas por el Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguro Social, Seccional Valle, mediante las cuales se negó la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez definida en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, vulneran los derechos fundamentales del accionante al debido proceso y a la seguridad social, dado que desconocen su derecho a la aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En este sentido, el problema de relevancia constitucional implica establecer si el Instituto de Seguro Social incurrió en una vía de hecho administrativa y actuó de manera contraria al principio de favorabilidad, en tanto omitió dar aplicación a las normas correspondientes según los supuestos fácticos del caso.

Igualmente, la Corte deberá determinar si la presente acción de tutela satisface los requisitos de procedibilidad definidos por la jurisprudencia para el efecto. De manera específica, deberá determinar si de conformidad con los hechos expuestos, los medios ordinarios de defensa judicial son idóneos y eficaces para garantizar la protección constitucional invocada.

2.3 Para dar solución al problema jurídico planteado, la Sala se pronunciará sobre los siguientes temas: (i) el carácter fundamental del derecho a la seguridad social; (ii) la procedencia de la acción de tutela para garantizar su protección en el caso de la exigencia de derechos pensionales; y (iii) la violación de los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social por falta de aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En este último apartado se reiterará el precedente jurisprudencial relativo a los supuestos fácticos y jurídicos que dan lugar a la configuración de una vía de hecho administrativa en estos casos.

2.4 Con base en lo anterior, esta Sala de Revisión estimará si se debe conceder la acción de tutela interpuesta por Luis Alberto Niño y, en consecuencia, revocar las sentencias de tutela proferidas el 4 de diciembre de 2008 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali y el 13 de noviembre de 2008 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, dentro del presente trámite.

1. Carácter fundamental del derecho a la seguridad social. Reiteración de jurisprudencia

3.1 De conformidad con el texto de la Constitución Política de 1991, la seguridad social como bien jurídico objeto de protección en el ordenamiento colombiano, tiene una doble configuración. En primer lugar, de acuerdo con su artículo 48, es un servicio público “de carácter obligatorio” que se presta con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, bajo la dirección, coordinación y vigilancia del Estado¹. En segundo lugar, en concordancia con el inciso segundo del artículo en cita, es un “derecho irrenunciable” en cabeza de todos los habitantes del territorio nacional², que adquiere especial importancia y deriva en obligaciones puntuales para el Estado en el caso de las mujeres durante el embarazo y después del parto (Art. 43), los niños (Art. 44), las personas de la tercera edad (Art. 46), los trabajadores (Art. 53) y las personas discapacitadas (Art. 54).

3.2 Estas disposiciones se ven reforzadas con lo definido en el preámbulo y en los artículos 3 y 4 de la Ley 100 de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”. En efecto, de acuerdo con lo allí previsto, la seguridad social en su condición de sistema que comprende “el conjunto de instituciones, normas y procedimientos” orientados a garantizar “la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica de los habitantes del territorio nacional”, pretende garantizar “el bienestar individual y la integración de la comunidad.” En igual sentido, de los artículos en comento, se desprende que la seguridad social en su condición de derecho irrenunciable y servicio público, “es esencial en lo relacionado con el Sistema General de Seguridad Social en Salud” y “en aquellas actividades directamente vinculadas con el reconocimiento y pago de las pensiones.”

3.3 Ahora bien, en concordancia con el artículo 93 de la Constitución³, en virtud de la aprobación y ratificación de múltiples convenios y tratados internacionales, el Estado colombiano ha asumido la obligación de garantizar el derecho humano a la seguridad social y de interpretar el ordenamiento jurídico interno que desarrolla la materia a la luz del derecho internacional.

En efecto, de acuerdo con el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, incorporado al ordenamiento jurídico colombiano mediante la ley 74 de 1968, el Estado reconoce “el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso

al seguro social.” Igualmente, mediante el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, incorporado al ordenamiento interno mediante la Ley 319 de 1996, toda persona tiene derecho a la seguridad social como mecanismo de protección frente a las consecuencias de la vejez y de la incapacidad física o mental, a fin de “obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa.”

Así mismo, el artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos prevé que “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social,” por su parte, el artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona⁴, establece que “Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.⁵”

3.4 En este sentido, para interpretar adecuadamente el contenido del derecho a la seguridad social, es preciso tener en cuenta que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), órgano encargado de supervisar la aplicación del Pacto, emitió la Observación General No. 19 sobre “El derecho a la seguridad social (artículo 9)⁶”. En esta oportunidad, el Comité destacó que “El derecho a la seguridad social es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana cuando hacen frente a circunstancias que les privan de su capacidad para ejercer plenamente los derechos reconocidos en el Pacto.”

En consecuencia, siguiendo la observación en cita, la seguridad social como bien social, se fundamenta en el derecho a la igualdad, pues “incluye el derecho a no ser sometido a restricciones arbitrarias o poco razonables de la cobertura social existente.” Así, el derecho a la seguridad social, con independencia del amplio margen de configuración reconocido a los ordenamientos jurídicos internos, contiene unos elementos mínimos exigibles al Estado -generalmente traducibles en la obligación de conceder prestaciones y asistencia social a toda la población-, cuya existencia tiene un defecto “redistributivo”, en tanto permiten “reducir y mitigar la pobreza (...) y promover la inclusión social.”

En este orden, dichos elementos comprenden: (1) la existencia de un sistema que garantice las prestaciones y servicios sociales correspondientes a la atención en salud, las consecuencias derivadas de la vejez, la incapacidad para trabajar, el desempleo, los accidentes y enfermedades profesionales, así como la atención especial y prioritaria a los niños, las mujeres en estado de embarazo, los discapacitados y los “sobrevivientes y huérfanos”; (2) la razonabilidad, proporcionalidad y suficiencia de las prestaciones en relación con las contingencias que busquen atender; (3) la accesibilidad al sistema, específicamente, la garantía de cobertura plena, la razonabilidad, proporcionalidad y transparencia de las condiciones para obtener los beneficios y prestaciones, la participación ciudadana en su administración y el reconocimiento oportuno de las prestaciones.

Ahora bien, como se indicó anteriormente en atención a la Observación General No. 19, los elementos que componen el derecho a la seguridad social imponen al Estado colombiano obligaciones básicas “de efecto inmediato”. Tal previsión se fundamenta en el reconocimiento de la seguridad social como elemento inescindible de la dignidad humana y como medio para el ejercicio de los demás derechos consagrados en el Pacto. Así, en principio, en concordancia con el artículo 2 del Pacto y la Observación General No. 3 del Comité⁷, dada su calidad de derecho humano, el Estado colombiano tiene obligación de (1) no interferir en el ejercicio del derecho a la seguridad social (obligación de respetar); (2) impedir a terceras personas que interfieran en su ejercicio (obligación de proteger); y (3) adoptar, facilitar, promover y garantizar las medidas necesarias para su efectividad (obligación de cumplir).

De manera específica, y bajo la advertencia de que el Estado tiene la obligación de asegurar la satisfacción mínima indispensable del derecho a la seguridad social, la Observación en cita indica que dicha obligación se concreta en:

“a) Asegurar el acceso a un sistema de seguridad social que ofrezca a todas las personas y familias un nivel mínimo indispensable de prestaciones que les permita obtener por lo menos atención de salud esencial, alojamiento y vivienda básicos, agua y saneamiento, alimentos y las formas más elementales de educación. (...)

b) Asegurar el derecho de acceso a los sistemas o planes de seguridad social sin

discriminación alguna, en especial para las personas y los grupos desfavorecidos y marginados;

c) Respetar y proteger los regímenes de seguridad social existentes de injerencias injustificadas;

d) Adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales en materia de seguridad social;

e) Adoptar medidas para aplicar planes de seguridad social, en particular los destinados a proteger a las personas y los grupos desfavorecidos y marginados;

f) Vigilar hasta qué punto se ejerce el derecho a la seguridad social.” (Subraya fuera del texto).

3.5 Así, con base en la lectura sistemática de las normas constitucionales señaladas, lo dispuesto en los convenios y tratados internacionales que desarrollan el contenido del derecho a la seguridad social y la Observación General No. 19 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de manera reciente⁸, la Corte Constitucional ha afirmado que el derecho a la seguridad social es un derecho fundamental.

Al respecto, en primer lugar, se debe aclarar que desde sus primeras sentencias, esta Corporación sostuvo que dada su categoría de derecho prestacional y programático⁹, el derecho a la seguridad social sólo podía ser considerado un derecho subjetivo de rango fundamental objeto de protección a través de la acción de tutela, en tres casos: (1) por la transmutación del derecho¹⁰; (2) por su conexidad con otro derecho fundamental, por ejemplo, con el derecho al mínimo vital¹¹; y (3) cuando su titular fuese un sujeto de especial protección constitucional¹².

Sin embargo, en la sentencia T-016 de 2007, luego de sostener que la distinción entre los derechos fundamentales y los derechos económicos, sociales y culturales resulta equivocada si se tiene que “los Pactos Internacionales de Derechos Humanos aprobados y ratificados por Colombia tienden a resaltar el carácter fundamental de todos los derechos” y que “la fundamentalidad de los derechos no depende -ni puede depender- de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica.”, la

Corte señaló:

“Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención). Significan, de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios - económicos y educativos - indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar. De ahí el matiz activo del papel del Estado en la consecución de un mayor grado de libertad, en especial, a favor de aquellas personas ubicadas en un situación de desventaja social, económica y educativa. Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter positivo o de acción).” (Subraya fuera del texto).

En apoyo a esta tesis, en la citada sentencia se indicó que a diferencia de la postura según la cual un criterio de distinción entre los derechos sociales y los derechos fundamentales es el tipo de obligaciones del Estado respecto de su protección y satisfacción, todos los derechos implican obligaciones de dar, hacer y no hacer. Así, se destacó que frente a todos los derechos, “el Estado ha de abstenerse de realizar acciones orientadas a desconocer estos derechos (deberes negativos del Estado) y con el fin de lograr la plena realización en la práctica de todos estos derechos - políticos, civiles, sociales, económicos y culturales - es preciso, también, que el Estado adopte un conjunto de medidas y despliegue actividades que implican exigencias de orden prestacional (deberes positivos del Estado).¹³”

Adicionalmente, se precisó que contrariamente a lo sostenido por la jurisprudencia hasta entonces -es decir, la aplicación de los argumentos de procedibilidad relativos a la transmutación, la conexidad y los sujetos de especial protección constitucional-, el carácter fundamental de un derecho no puede confundirse con su aptitud de hacerse efectivo o con la procedibilidad de la acción de tutela para

garantizar su protección¹⁴. En este sentido, se explicó que aunque un derecho tenga la calidad de fundamental, sólo a partir del análisis de las circunstancias del caso concreto se podrá determinar si a la luz de su naturaleza constitucional y los requisitos legales y jurisprudenciales definidos para el efecto, la acción de tutela es procedente y debe prosperar¹⁵. Al respecto, se dijo que se debe tener en cuenta que la protección del derecho a la seguridad social por vía de tutela sólo tiene lugar cuando adquiere los rasgos de un verdadero derecho subjetivo¹⁶, es decir, cuando existe una norma que prevé la prestación que se solicita y la posición jurídica de su titular¹⁷, así como el responsable del cumplimiento de la obligación objeto de protección. Sin embargo, ante la falta de desarrollo legal o ante la indeterminación de los recursos necesarios para garantizar los derechos sociales, se aclaró que “los jueces pueden hacer efectivo su ejercicio por vía de tutela cuando la omisión de las autoridades públicas termina por desconocer por entero la conexión existente entre la falta de protección de los derechos fundamentales y la posibilidad de llevar una vida digna y de calidad, especialmente de personas colocadas en situación evidente de indefensión.¹⁸”

3.6 Ahora bien, no sólo el criterio jurisprudencial anterior refuerza la caracterización del derecho a la seguridad social como derecho fundamental. En efecto, como se señaló al comienzo, de conformidad con el artículo 48 de la Constitución, la seguridad social como sistema de protección y asistencia social, entre otros, se soporta sobre el principio de universalidad¹⁹. De ahí que el argumento expuesto en la sentencia C-436 de 2008 sobre el carácter fundamental del derecho a la salud a partir del contenido de dicho principio, también pueda predicarse del derecho a la seguridad social:

“Del principio de universalidad en materia de salud se deriva primordialmente el entendimiento de esta Corte del derecho a la salud como un derecho fundamental, en cuanto el rasgo primordial de la fundamentabilidad de un derecho es su exigencia de universalidad, esto es, el hecho de ser un derecho predicable y reconocido para todas las personas sin excepción, en su calidad de tales, de seres humanos con dignidad.²⁰” (Subraya fuera del texto).

3.7 En suma, el derecho a la seguridad es un verdadero derecho fundamental cuya efectividad y garantía se deriva de (i) su carácter irrenunciable, (ii) su reconocimiento

como tal en los convenios y tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano en la materia y (iii) de su prestación como servicio público en concordancia con el principio de universalidad. Sin embargo, el carácter fundamental del derecho a la seguridad social no puede ser confundido con su aptitud de hacerse efectivo a través de la acción de tutela. En este sentido, la protección del derecho fundamental a la seguridad social por vía de tutela solo tiene lugar cuando (i) adquiere los rasgos de un derecho subjetivo; (ii) la falta o deficiencia de su regulación normativa vulnera gravemente un derecho fundamental al punto que impide llevar una vida digna; y (iii) cuando la acción satisface los requisitos de procedibilidad exigibles en todos los casos y respecto de todos los derechos fundamentales. De ahí que las situaciones del orden sustancial deban ser diferentes de las consideraciones de orden procesal que permiten analizar la procedibilidad de la acción y que, para efectos de determinar su prosperidad, no dependen de la verificación de la transmutación del derecho en el caso concreto o de su conexidad con otro derecho fundamental.

1. Procedencia de la acción de tutela para proteger el derecho fundamental a la seguridad social cuando su afectación se deriva del reconocimiento de una pensión.
Reiteración de jurisprudencia

4.1 Ahora bien, dadas las previsiones anteriores relativas al carácter fundamental del derecho a la seguridad social y su aptitud de hacerse efectivo a través de la acción de tutela, esta Corporación ha precisado que de conformidad con el artículo 86 de la Constitución y el numeral 1° del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, en virtud del principio de subsidiariedad²¹, dicha acción es improcedente para proteger el derecho fundamental a la seguridad social cuando su afectación se circunscribe al reconocimiento de derechos pensionales²². Bajo este criterio, la jurisprudencia ha entendido que la acción de tutela no puede ser tramitada para decidir conflictos sobre el reconocimiento de una pensión²³, pues con ese propósito el legislador dispuso los medios y recursos judiciales adecuados, así como las autoridades y jueces competentes. De ahí que -ha dicho la Corte-, ante la existencia de medios ordinarios de defensa judicial para obtener el amparo de esa pretensión, se debe concluir prima facie que no resulta imperiosa la intervención del juez constitucional.

En efecto, al abordar el tema de la procedibilidad de la acción de tutela para reconocer prestaciones relacionadas con el derecho a la seguridad social, en la sentencia T-658 de 2008, la Corte explicó:

“En este punto resulta oportuno indicar que, de acuerdo a la regla descrita en el inciso 3° del artículo 86 superior -principio de subsidiariedad- en principio, no corresponde al juez de tutela resolver este tipo de controversias en la medida en que el ordenamiento jurídico ha dispuesto un cauce procedimental específico para la composición de esta suerte de litigios. Así las cosas, la jurisdicción laboral y de seguridad social es la encargada de dar aplicación a dicha normatividad y, en consecuencia, ha recibido el alto encargo de garantizar protección al derecho fundamental a la seguridad social. Así lo recomienda el experticio propio de las autoridades judiciales que hacen parte de la jurisdicción laboral y la idoneidad que prima facie ostentan los procedimientos ordinarios.” (Subraya fuera del texto).

1. Sin embargo, desde sus primeras sentencias, la Corte ha estimado que dada la necesidad de garantizar la prevalencia de los derechos fundamentales, se deben considerar excepciones a la subregla de la improcedencia²⁴. En este punto es pertinente advertir que aunque teóricamente tales excepciones se han enmarcado en el estudio de procedibilidad de la acción de tutela, en la práctica también han permitido analizar la prosperidad del amparo invocado y, en consecuencia, ordenar el reconocimiento de la pensión de que se trate²⁵.

Las excepciones referidas pueden ser resumidas de acuerdo con el tipo de protección que se concede (definitiva o transitoria) y con otros aspectos más cercanos al análisis de la prosperidad de la acción:

4.2.1 En primer lugar, la acción de tutela será procedente si no existe otro medio judicial de protección. Como se indicó anteriormente, en principio, respecto de las prestaciones que se derivan del derecho a la seguridad social el legislador dispuso los medios y recursos judiciales adecuados, así como las autoridades y jueces competentes. Sin embargo, puede ocurrir que aunque dicho medio exista, luego de analizar las circunstancias especiales que fundamentan el caso concreto se concluya que éste no es idóneo o eficaz para garantizar la protección constitucional reclamada, comprobación da lugar a

que la acción de tutela sea concedida como mecanismo definitivo²⁶.

En relación con este requisito, de manera reiterada, la Corte ha considerado que la condición de sujeto de especial protección constitucional -especialmente en el caso de las personas de la tercera edad y de los discapacitados-, así como la circunstancia de debilidad manifiesta en la que se encuentre el accionante, permiten presumir que los medios ordinarios de defensa judicial no son idóneos²⁷. De ahí que, por ejemplo, cuando la pretensión se ciñe al reconocimiento de la pensión de vejez, se estime que “el mecanismo ordinario resulta ineficaz si es probable que la persona no exista para el momento en el que se adopte un fallo definitivo tomando en cuenta el tiempo considerable que demora un proceso de esta índole y la edad del actor^{28.29}” En este sentido, en concordancia con el carácter fundamental del derecho a la seguridad social, se debe indicar que la condición de sujeto de especial protección constitucional refuerza la necesidad de conceder la protección invocada de manera definitiva y de ordenar las medidas requeridas para la efectividad del derecho, pero no constituye un criterio para examinar la procedibilidad de la acción de tutela.

En aplicación de esta subregla, la Corte ha estimado que los mecanismos judiciales ordinarios no son idóneos y, en consecuencia, ha concedido la acción de tutela como mecanismo judicial definitivo, cuando la pretensión de tutela consiste en obtener el reconocimiento de una pensión en virtud del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993³⁰. Así, por ejemplo, en la sentencia T-052 de 2008, luego de determinar que dadas las exigencias del régimen de transición, el accionante tenía derecho a que el Instituto de Seguro Social reconociera a su favor una pensión de vejez de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, este Tribunal concluyó:

“En el caso del demandante, es claro que cuenta con las acciones laborales ordinarias para solicitar al juez de esa jurisdicción, que de solución al conflicto suscitado con el Instituto de Seguros Sociales, y defina que régimen pensional es aplicable a su situación, si el de la Ley 71 de 1988 como afirma la entidad accionada, o el de la Ley 33 de 1985 como afirma el actor. Sin embargo es conocida la prolongada duración de este tipo de procesos y teniendo en cuenta que la pretensión del actor es pensionarse con la edad de 55 años y comenzar a disfrutar de su pensión de jubilación, cuando se produzca una decisión

judicial que defina el conflicto y que eventualmente acceda a su solicitud, carecería de eficacia en el caso concreto porque de cualquier forma el accionante ya habría cumplido la edad, 60 años, que en los dos regímenes le permitiría acceder al derecho reclamado. Por tanto esta Sala encuentra que las acciones ordinarias de protección de derechos del actor, consideradas en concreto resultan inocuas e ineficaces para conseguir el fin perseguido por el demandante y que por consiguiente someter al actor a un proceso laboral ordinario en el que se defina la edad a la que puede pensionarse, resulta desproporcionado y violatorio de su derecho fundamental al acceso a la seguridad social.” (Subraya fuera del texto original).

Al estudiar un caso similar, en la sentencia T-019 de 2009, la Corte estimó:

“[S]i bien la accionante puede acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa para obtener la nulidad de la resolución del I.S.S. que negó la pensión de vejez y lograr su reconocimiento y liquidación, no puede perderse de vista que dichos procesos tienen una duración aproximada de 10 años, de modo que someter a la accionante a un proceso ordinario o administrativo llevaría a hacerle perder uno de los beneficios a que tiene derecho por pertenecer al régimen de transición, cual es la posibilidad de pensionarse con la edad estipulada en el régimen pensional al que estaba afiliada al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993.

En tal sentido, esta Sala de Revisión considera que el mecanismo judicial con que cuenta la accionante para controvertir la decisión administrativa que le negó la pensión de vejez, no es idóneo ni eficiente para obtener la efectiva garantía de sus derechos fundamentales invocados y, por consiguiente, la acción de tutela promovida resulta procedente.” (Subraya fuera del texto original).

Igualmente, al resolver un asunto con supuestos de hecho análogos a los indicados, en la sentencia T-621 de 2006, esta Corporación afirmó:

“[P]odría argumentarse que si bien está comprobada la indebida aplicación de la ley por parte de la entidad demandada, en todo caso el conflicto jurídico generado por esta situación debe resolverse a través de los procedimientos propios de la jurisdicción contenciosa, razón por la que la acción de tutela en el presente asunto es improcedente. Ante este cuestionamiento, la Sala advierte que el precedente jurisprudencial aplicable

a la materia demuestra que la negativa injustificada de la administración de reconocer una prestación social, en los casos en que están acreditados suficientemente los requisitos legales exigibles, vulnera los derechos fundamentales del afectado. Esta situación se hace más gravosa para los ciudadanos que reclamaban la pensión de jubilación, puesto que les impide acceder a los ingresos económicos que garantizarán su subsistencia. En ese sentido, obligar a hacer uso de los trámites contenciosos ordinarios, que para el caso colombiano son engorrosos y de larga duración, constituye una carga desproporcionada; ello en consideración que, como sucede en el presente evento, es ostensible el error en que incurre la entidad demandada.” (Subraya fuera del texto original.)

De conformidad con el precedente señalado, se puede concluir que en estos casos, la protección definitiva en sede de tutela encuentra justificación en la necesidad de no hacer nugatorios los beneficios que se derivan del régimen de transición y, por tanto, del régimen anterior al cual se encuentre afiliado el accionante³¹. En consecuencia, la consideración esencial que fundamenta dicha argumentación obedece al reconocimiento de la prolongada duración de los procesos ordinarios previstos para obtener el reconocimiento de la pensión de vejez, frente al derecho adquirido de pensionarse a una edad determinada. De ahí que, en principio, se entienda que la acción de tutela orientada a obtener el reconocimiento de una pensión de vejez en concordancia con los beneficios del régimen de transición, sea procedente y, de comprobarse la afectación de derechos fundamentales, deba prosperar.

En todo caso, se debe resaltar que en estos eventos, la protección definitiva en sede de tutela debe partir de la certeza sobre el derecho que se alega. Es decir, debe estar demostrado, al menos de manera sumaria, que el accionante tiene derecho a los beneficios establecidos en el régimen de transición. De este modo, el juez de tutela debe abstenerse de conceder la tutela como mecanismo definitivo cuando exista duda, por ejemplo, sobre si el peticionario está cobijado por dicho régimen, su edad, el tiempo de servicio, la entidad responsable del reconocimiento de la pensión o las normas legales aplicables al caso concreto. En estos eventos, de reunirse los requisitos que a continuación de indican respecto de la configuración de un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales del actor, el juez solo podrá conceder la acción de tutela como mecanismo transitorio.

4.2.2 En segundo lugar, la jurisprudencia ha sostenido que la acción de tutela es procedente cuando a pesar de existir un medio ordinario de protección idóneo y eficaz, se hace necesario evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales del actor. En estos casos, dicha comprobación da lugar a que la acción de tutela sea concedida como mecanismo transitorio hasta tanto la jurisdicción competente resuelva el litigio³². En todo caso, se debe tener en cuenta que “la Corte ha señalado que no existe la obligación de iniciar el proceso ordinario antes de acudir a la acción de tutela, basta que dicha posibilidad esté abierta al interponer la demanda de tutela, pues si el accionante ha dejado vencer la oportunidad para iniciar el trámite del proceso ordinario, la tutela no procede como mecanismo transitorio.³³”³⁴.

Al respecto, es menester considerar que las circunstancias especiales que dan lugar a la configuración de un perjuicio irremediable deben ser analizadas por el juez de tutela a la luz de las especificidades del caso concreto. Sin embargo, en concordancia con la jurisprudencia, el perjuicio irremediable debe ser inminente y grave y, en consecuencia, la protección invocada debe concederse de manera urgente e impostergable³⁵.

4.2.3 En tercer lugar, la Corte ha sostenido que para que la acción de tutela interpuesta con el objeto de obtener el reconocimiento de una pensión sea procedente y deba prosperar, “es necesario que la controversia planteada suponga un problema de relevancia constitucional”³⁶, es decir, que trascienda del ámbito de un conflicto del orden legal y tenga relación directa con el contenido normativo superior³⁷. De conformidad con la jurisprudencia, el reconocimiento de una pensión adquiere relevancia constitucional cuando: (i) del conjunto de condiciones objetivas en las cuales se encuentra el accionante, por ejemplo, su edad avanzada³⁸, su estado de salud, su precaria situación económica³⁹, se concluye que se encuentra en una circunstancia de debilidad manifiesta⁴⁰. En este punto, la relevancia constitucional se deriva de la necesidad de garantizar la efectividad del derecho a la igualdad y el acceso al Sistema de Seguridad Social sin ningún tipo de discriminación⁴¹; (ii) se verifica la grave afectación de otros derechos fundamentales como la vida digna, la salud, el mínimo vital y el debido proceso⁴². Sobra advertir que este criterio no puede ser confundido con el requisito de la conexidad, pues a la luz del carácter fundamental del derecho a la seguridad social, la comprobación de la afectación de otros derechos fundamentales refuerza la necesidad

de conceder la protección invocada, más no constituye un criterio para examinar la procedibilidad de la acción de tutela. Por el contrario, este requisito debe ser entendido “en tanto enlace estrecho entre un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la acción de tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental.⁴³”; y (iii) se constata la afectación de principios constitucionales como el principio de favorabilidad en la interpretación y aplicación de la ley, el principio de primacía de lo sustancial sobre lo formal y el principio de irrenunciabilidad de las prestaciones establecidas en las normas que dan contenido al derecho a la seguridad social⁴⁴.

Adicionalmente, de manera general, de conformidad con la Observación General No. 19 del CDESC⁴⁵, se puede concluir que el reconocimiento de una pensión tiene relevancia constitucional y, en consecuencia, justifica la intervención del juez de tutela, cuando en el caso concreto se observa que el Estado no cumplió sus obligaciones de efecto inmediato, particularmente, las referidas a la faceta de respeto⁴⁶ y de protección⁴⁷ del derecho humano a la seguridad social. De ahí que también se pueda concluir que el juez constitucional debe intervenir en estos casos cuando, dada la relevancia constitucional del asunto, advierte que el Estado no cumplió su obligación de asegurar la satisfacción mínima indispensable del derecho a la seguridad social en el marco del reconocimiento de una pensión, de manera especial, frente a su deber de: (i) “Asegurar el acceso al sistema de seguridad social (...) sin discriminación alguna, en especial para las personas y los grupos desfavorecidos y marginados”; y (ii) de “respetar y proteger los regímenes de seguridad social existentes de injerencias injustificadas;” (Subraya fuera del texto original).

4.2.4 En cuarto lugar, esta Corporación ha afirmado que la acción de tutela procede cuando se encuentra debidamente probado que el accionante tiene derecho al reconocimiento de la pensión y, sin embargo, la entidad encargada, luego de la solicitud respectiva, no ha actuado en consecuencia⁴⁸. Así, para admitir la procedibilidad de la acción de tutela en estos casos, quien alega una vulneración de este derecho como consecuencia de la falta de reconocimiento de su pensión, debe acompañar su afirmación de alguna prueba, al menos sumaria, de la titularidad del derecho exigido y de que ha desplegado cierta actividad administrativa o judicial tendiente a obtener la protección de sus derechos -salvo que haya resultado imposible hacerlo

por motivos ajenos a su voluntad-49. En este sentido, se debe tener en cuenta que “en aquellos eventos en los cuales la situación fáctica que rodea la acción no resulte del todo clara, el juez de amparo debe emplear las facultades probatorias conferidas por el Decreto 2591 de 1991, en la medida en que la eventual indeterminación probatoria dentro del proceso de tutela no puede emplearse de manera legítima como justificación para dar respaldo a decisiones judiciales contrarias a los accionantes. Antes bien, dicha oscuridad probatoria debe ser remediada de manera perentoria por parte del juez de amparo en su calidad de garante de los derechos fundamentales que se vean comprometidos en la controversia.50”

Sobre este requisito, en la sentencia T-836 de 2006, la Corte explicó:

“El mencionado requisito probatorio pretende garantizar dos objetivos: en primer lugar, busca asegurar la eficacia de los derechos fundamentales del sujeto que a pesar de encontrarse en una grave situación originada en el no reconocimiento de su derecho pensional, cuya procedencia está acreditada, no ha visto atendida su solicitud de acuerdo a la normatividad aplicable y a las condiciones fácticas en las que apoya su petición. Y, en segundo lugar, este requisito traza un claro límite a la actuación del juez de tutela, quien sólo puede acudir a esta actuación excepcional en los precisos casos en los cuales esté demostrada la procedencia del reconocimiento.” (Subraya fuera del texto).

4.3 En síntesis, en virtud del principio de subsidiariedad, en principio, la acción de tutela es improcedente para proteger el derecho fundamental a la seguridad social cuando su afectación se circunscribe al reconocimiento de derechos pensionales. Sin embargo, la Corte ha estimado que dada la necesidad de garantizar la prevalencia de los derechos fundamentales, se deben considerar las siguientes excepciones a la subregla de la improcedencia: (i) cuando no existe otro medio judicial de protección o si, de acuerdo con las circunstancias especiales que fundamentan el caso concreto, se concluye que éste no es idóneo o eficaz para garantizar la protección constitucional reclamada; (ii) a pesar de existir un medio ordinario de protección idóneo y eficaz, se hace necesario evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales del actor; (iii) el asunto puesto a consideración del juez de tutela supone un problema de relevancia constitucional; y (iv) existe prueba, al menos sumaria, de la titularidad del derecho

exigido y de que se ha desplegado cierta actividad administrativa o judicial tendiente a obtener la protección invocada.

1. Vía de hecho por desconocimiento del régimen de transición. Principio de favorabilidad. Reiteración de jurisprudencia

5.1 En concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, los requisitos relativos a la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio y el monto de la pensión de las personas que para el 1° de abril de 1994 -fecha en que entró en vigencia el Sistema de Pensiones- tenían 35 o más años de edad en el caso de las mujeres, o 40 o más años de edad en el caso de los hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, serán los establecidos en el régimen anterior al previsto en la Ley 100 al cual se encuentren afiliados.

5.2 En este sentido, esta Corporación ha sostenido que “existe vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y seguridad social, cuando, en perjuicio del principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, en un caso de reconocimiento de pensión de jubilación se desconocen, inaplican o se aplican parcialmente las normas del régimen que ampara a un trabajador que se encuentra cobijado por los supuestos de hecho que dispone el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.⁵¹” (Subraya fuera del texto original).

5.3 En efecto, la jurisprudencia ha estimado que el régimen de transición de pensiones contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se fundamenta en la necesidad de garantizar la efectividad del principio de favorabilidad en la interpretación y aplicación de la ley laboral⁵² durante los cambios legislativos que se susciten en materia de seguridad social⁵³. Al respecto, en la sentencia T-631 de 2002, la Corte precisó que “El artículo 36 de la ley 100 de 1993 es una norma de orden público, [que] desarrolla el principio de favorabilidad reconocido en el artículo 53 de la Constitución que penetra en todo el ordenamiento laboral por ser su hilo conductor. Además, la ley 100 Art. 11, también establece el principio de favorabilidad.”

5.4 Ahora bien, por resultar importante para resolver el presente caso, se debe tener en cuenta que mediante la sentencia C-596 de 1997, la Corte resolvió una demanda de inconstitucionalidad presentada contra la expresión “al cual se encuentren afiliados”, contenida en el inciso 2 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En esa oportunidad, la Corte analizó la presunta violación del artículo 13 de la Constitución, en el sentido en que en virtud de dicha expresión, aparentemente “los servidores públicos que por edad corresponden al régimen de transición y que al momento de entrar a regir la mencionada ley no tuvieran vinculación laboral con el Estado, pierden el tiempo de servicio prestado anteriormente para alguna entidad oficial.”

Así, al determinar el sentido y alcance de la norma demandada, la Corte concluyó:

“[P]ara ser beneficiario del régimen de transición es necesario estar en uno de los siguientes supuestos. Primero: haber tenido 35 o más años, si se es mujer, o 40 o más, si se es hombre, en el momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993 y haber estado, en ese momento, afiliado a un régimen pensional. Segundo: tener, en el momento de la entrada en vigencia de la Ley 100, 15 o más años de servicio cotizados, y estar afiliado, también en ese momento, a un régimen pensional.

(...)

No obstante, la lectura armónica del inciso segundo del artículo 36, ahora bajo examen, en concordancia con otras normas de la misma ley, (...) permiten concluir que (...), los servidores públicos que, cumpliendo los mencionados requisitos de edad no estaban afiliados a ningún régimen pensional en el momento de entrar a regir la nueva ley, tienen la posibilidad de pensionarse a la edad de 55 años si se trata de mujeres, o de 60, si se trata de hombres, y no pierden el tiempo de servicio ni las semanas de cotización que hayan acumulado con anterioridad a tal fecha.

En efecto, son varias las normas contenidas en el Régimen General de Pensiones que se refieren a los servidores públicos que se encuentran en esta situación, que analizadas en su conjunto conducen a la conclusión anteriormente señalada:

En primer lugar, el artículo 13 de la Ley 100, que describe las características del nuevo sistema, en su literal f) señala que para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones

contempladas en cualquiera de los dos regímenes pensionales, se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la nueva ley, sin importar si dicha cotización se hizo al ISS o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o del sector privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera que sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicios;

En segundo lugar, el artículo 33 de la ley en comento, (...) indica que es necesario haber cotizado un mínimo de mil semanas en cualquier tiempo, señalando que para el cómputo de dichas semanas se tendrá en cuenta, entre otros, "el tiempo de servicio como servidor público".

En tercer lugar, el párrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, (...) expresamente menciona que para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de tales personas, se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la ley, "al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera que sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio."

En conclusión, aquellos servidores públicos que tenían en el momento de entrar en vigencia la nueva ley las edades mencionadas, se jubilarán a los 55 o 60 años de edad, según se trate de mujeres o de hombres, respectivamente; y el tiempo de servicio que como servidores públicos hayan trabajado en cualquier tiempo, siempre se les tendrá en cuenta. Pero si al momento de entrar a regir la nueva ley no estaban afiliados a un sistema pensional, por estar desempleados, caso que proponen los demandantes, perderán el beneficio consistente en pensionarse según los requisitos de edad, tiempo de servicio y monto de la pensión correspondientes al régimen al que alguna vez estuvieron afiliados." (Subraya fuera del texto original).

5.5 Entonces, los requisitos relativos a la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio y el monto de la pensión del servidor público que para el 1° de abril de 1994 -fecha en que entró en vigencia el Sistema de Pensiones-: (i) tenía 35 o más años de edad en el caso de las mujeres, o 40 o más años de edad en el caso de los hombres; (ii) o 15 o más años de servicios cotizados, serán los establecidos en el régimen anterior al cual se encuentre afiliados en esa fecha. En consecuencia, en caso de no

cumplir los requisitos señalados o de que no haya estado vinculado laboralmente el 1° de abril de 1994, dicho servidor debe pensionarse una vez satisfaga los requisitos fijados en la Ley 100 de 1993.

5.6 En este punto se debe agregar que para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez prevista en el artículo 1° de la Ley 33 de 198555, de manera general⁵⁶, la Corte ha estimado que el servidor público cobijado por el régimen de transición, luego de cumplir los requisitos de edad (55 años) y tiempo de servicios (20 años continuos o discontinuos), tendrá derecho a que la respectiva caja de previsión a la cual se encuentre afiliado en ese momento⁵⁷, reconozca y pague a su favor una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio⁵⁸.

5.7 Ahora bien, con base en lo anterior, en reiteradas oportunidades⁵⁹, la Corte Constitucional ha concedido la tutela de los derechos fundamentales a la seguridad social y al debido proceso⁶⁰, cuando constata que la entidad encargada del reconocimiento de la pensión de vejez ha desconocido las normas del régimen aplicable a quien satisface los supuestos de hecho previstos en el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En este sentido, la jurisprudencia ha considerado que dicho desconocimiento no sólo resulta contrario al principio de favorabilidad⁶¹, sino también constituye una vía de hecho administrativa por defecto sustantivo⁶². En estos eventos, ha dicho la Corte, se entiende que se configura una vía de hecho, pues sin un sustento objetivo y jurídico razonable, se adopta una decisión que no tiene en cuenta las normas aplicables al caso.

En efecto, en la sentencia T-571 de 2002, esta Corporación precisó:

“[E]s posible identificar en la jurisprudencia de la Corporación dos eventos en los cuales podrían configurarse vías de hecho en el acto administrativo proferido con ocasión de la solicitud pensional:

i. Cuando en el acto administrativo por medio del cual se define el reconocimiento de una pensión de jubilación se declara que el peticionario cumple con los requisitos

establecidos por la ley para acceder al status de pensionado pero se le niega el reconocimiento del derecho por razones de trámite administrativo, por ejemplo la expedición del bono pensional.

ii. Cuando en el acto administrativo por medio del cual se define el reconocimiento de la pensión de jubilación se incurre en una omisión manifiesta al no aplicar las normas que corresponden al caso concreto o elige aplicar la norma menos favorable para el trabajador, en franca contradicción con la orden constitucional del principio de favorabilidad. Por ejemplo, cuando se desconoce la aplicación de un régimen especial o se omite aplicar el régimen de transición previsto en el sistema general de pensiones. Se configura la vía de hecho por omisión manifiesta en la aplicación de las normas porque al tratarse de derechos provenientes de la seguridad social son irrenunciables y si la persona cumple con los requisitos previstos por la ley para que le sea reconocido su derecho de pensión conforme a un régimen especial o de transición, esta es una situación jurídica concreta que no puede ser menoscabada. La posición de quien cumple con lo exigido por la ley configura un auténtico derecho subjetivo exigible y justiciable.” (Subraya fuera del texto original).

5.8 Es por esto que la jurisprudencia ha estimado que el derecho a obtener el reconocimiento de la pensión de vejez en aplicación del régimen de transición, cuando se satisfacen los requisitos para el efecto, constituye un derecho subjetivo en el marco del derecho fundamental a la seguridad social⁶³, que “no puede ser desconocido por ningún motivo, pues le da a su titular la posibilidad del reconocimiento de la prestación en las condiciones prescritas en la normatividad anterior y la de acudir al Estado a través de la jurisdicción para que le sea protegida en caso de desconocimiento.⁶⁴”

5.9 Adicionalmente, se debe señalar que a juicio de esta Corporación, en estos casos la no afectación del derecho fundamental al mínimo vital no constituye un argumento para negar la protección constitucional invocada. Sobre el particular, en la sentencia T-529 de 2008, la Corte aclaró:

“[E]sta Corporación ha sostenido de manera reiterada que, en ciertos casos, cuando la conducta desplegada por las entidades responsables del reconocimiento de derechos

pensionales, resulta evidentemente arbitraria e infundada al punto de que se configura una vía de hecho administrativa, el mecanismo de amparo resulta procedente aún cuando no se demuestre la afectación del mínimo vital, toda vez que en estos casos la procedencia de la acción de tutela se fundamenta, en primer lugar, en la necesidad de proteger al ciudadano de determinaciones abiertamente contrarias al ordenamiento constitucional y, en segundo término, en la protección de los derechos al debido proceso, igualdad, y el principio de dignidad humana de los afectados.”

En virtud de lo expuesto, por ejemplo, en la sentencia T-174 de 2008, la Corte analizó el caso de un ciudadano que había solicitado ante el Instituto de Seguro Social el reconocimiento de su pensión de vejez de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, pues en su criterio, satisfacía los requisitos previstos en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993. Al advertir que en los actos administrativos mediante los cuales se negó dicho reconocimiento, el Instituto aceptó que el actor se encontraba cobijado por el régimen de transición, esta Corporación concluyó:

“El accionante acreditó que cumplía con las condiciones fijadas en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, toda vez que cuenta con 57 años de edad y más de veintisiete años de servicio, de los cuales más de veinte habían sido cotizados como empleado oficial. También probó que en el momento en que entró a regir la Ley 100 de 1993, tenía más de 40 años de edad y había laborado 15 años en el sector público.

El Instituto de Seguros Sociales consideró al actor como beneficiario del régimen de transición, pero le negó el reconocimiento de la prestación al estimar que no le era aplicable la Ley 33 de 1985 sino el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

A juicio de la Sala, la negación de una pensión de jubilación a partir de la inaplicación injustificada de las normas que regulan el régimen pensional de la Ley 33 de 1985, configura una de las hipótesis fácticas de procedibilidad de la acción de tutela contra los actos administrativos y la existencia de vía de hecho administrativa.

La Sala advierte que el precedente jurisprudencial, aplicable a este caso, demuestra que la negativa injustificada de la administración de reconocer una prestación social, en los casos en que están acreditados suficientemente los requisitos legales exigibles, vulnera los derechos fundamentales del afectado.

Además, la no aplicación de la norma favorable en materia laboral genera una vía de hecho, tal como lo ha previsto la jurisprudencia de este Tribunal.” (Subraya fuera del texto original).

5.10 En conclusión, en los casos de indebida o falta de aplicación de las normas previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la protección en sede de tutela se justifica en la necesidad de no hacer nugatorios los beneficios que se derivan del régimen de transición y, en consecuencia, del régimen anterior al cual se encuentre afiliado el accionante. De ahí que, en principio, se entienda que la acción de tutela orientada a obtener el reconocimiento de una pensión de vejez en concordancia con los beneficios del régimen de transición, sea procedente y, de comprobarse la configuración de una vía de hecho administrativa y la afectación del principio de favorabilidad, deba prosperar.

1. Estudio del caso concreto

6.1 Con base en las consideraciones y fundamentos expuestos, a continuación la Sala de Revisión determinará si las resoluciones 06297 de 2008 y 016242 de 2007, expedidas por el Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguro Social, Seccional Valle, mediante las cuales se negó el reconocimiento de la pensión de vejez definida en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985 y la aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, vulneran los derechos fundamentales del accionante. Igualmente, analizará si la presente acción de tutela satisface los requisitos de procedibilidad definidos por la jurisprudencia para el efecto. De manera específica, establecerá si de conformidad con los supuestos fácticos del caso, los medios ordinarios de defensa judicial son idóneos y eficaces para garantizar la protección constitucional invocada.

6.2 Para resolver el presente caso, en las consideraciones generales de esta sentencia, la Sala concluyó que el derecho a la seguridad es un verdadero derecho fundamental, cuya protección se puede hacer efectiva por vía de tutela cuando adquiere los rasgos de un derecho subjetivo y la acción satisface los requisitos de procedibilidad exigibles.

En este orden, se precisó que en virtud del principio de subsidiariedad, en principio, la

acción de tutela es improcedente para proteger el derecho fundamental a la seguridad social cuando su afectación se circunscribe al reconocimiento de derechos pensionales, salvo que (i) los medios ordinarios de defensa judicial no sean idóneos y eficaces para conceder el amparo constitucional invocado; (ii) el asunto puesto a consideración del juez de tutela suponga un problema de relevancia constitucional y (iii) exista prueba, al menos sumaria, de la titularidad del derecho reclamado y de que se ha desplegado cierta actividad administrativa o judicial tendiente a obtener el reconocimiento de la pensión.

Por último, se señaló que la indebida o la falta de aplicación de las normas previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, constituyen una grave afectación de los derechos fundamentales a la seguridad social y al debido proceso. Al respecto, se precisó que en estos casos, la protección en sede de tutela obedece a la necesidad de hacer efectivos los beneficios que se derivan del régimen de transición y del régimen anterior al cual se encuentre afiliado el accionante.

6.3 Ahora bien, de acuerdo con los hechos y pruebas que fundamentan la presente acción de tutela, está demostrado que el actor tiene 57 años de edad⁶⁵ y que el “tiempo total laborado a entidades del Estado y el cotizado al I.S.S. ascienden a 10.694 días, es decir 1527 semanas⁶⁶”. Igualmente, se encuentra acreditado que satisface los requisitos exigidos para ser incluido en el régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que para el 1° de abril de 1994 -fecha en que entró en vigencia esa ley-, tenía 42 años de edad y más de 21 años de servicios prestados a entidades del Estado⁶⁷ y que, en consecuencia, tiene derecho a pensionarse una vez cumpla los requisitos relativos a la edad y el tiempo de servicio previstos en el régimen anterior al cual se encontraba afiliado⁶⁸.

En este orden, la Sala encuentra que dados los supuestos fácticos del presente caso, el “régimen anterior” al que hace referencia el artículo 36 de la Ley 100 de 1996, corresponde al regulado en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985⁶⁹. En efecto, como se dijo anteriormente, Luis Alberto Niño tiene más de 55 años de edad y prestó sus servicios en el sector público por más de 21 años. En este sentido, el actor tiene derecho a que la caja de previsión a la cual se encontraba afiliado en el momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, es decir, el Instituto de Seguro Social, reconozca y

pague a su favor una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio⁷⁰.

6.4 Sin embargo, en principio, lo anterior no es suficiente para conceder la acción de tutela interpuesta por Luis Alberto Niño. Por ello, aunque el derecho a obtener el reconocimiento de la pensión de vejez en aplicación del régimen de transición -cuando se satisfacen los requisitos exigidos, como en este caso-, constituye un derecho subjetivo en el marco del derecho fundamental a la seguridad social⁷¹, en aplicación de los fundamentos jurídicos de esta sentencia, la acción de tutela debe satisfacer los requisitos de procedibilidad y prosperidad definidos por la jurisprudencia⁷².

6.5 En consecuencia, esta Sala abordará dicho análisis y determinará si se debe revocar las decisiones adoptadas el 4 de diciembre de 2008 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali y el 13 de noviembre de 2008 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, dentro del presente trámite.

6.5.1 A juicio de esta Sala, de conformidad con el precedente jurisprudencial aplicado, entre otras, en las sentencias T-019 de 2009, T-052 de 2008 y T-621 de 2006, la presente acción de tutela es procedente para proteger los derechos fundamentales de Luis Alberto Niño⁷³. En efecto, aunque en principio cuenta con las acciones judiciales ordinarias para solicitar el reconocimiento de la pensión de vejez prevista en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, ante la prolongada duración de ese tipo de procesos y su derecho de pensionarse a los 55 años de edad, es razonable concluir que cuando el juez ordinario adopte una decisión al respecto, ya habrá cumplido 60 años, edad que en cualquiera de los dos regímenes -el de la Ley 33 de 1993 y el de la Ley 100 de 1993- le permite acceder al reconocimiento de una pensión de vejez. Bajo esta circunstancia, dicha decisión carecerá de sentido y eficacia, pues a pesar de que el actor tiene derecho a disfrutar de su pensión de vejez desde los 55 años de edad, la jurisdicción ordinaria declarará la existencia de ese derecho cuando dicho beneficio ya resulte inocuo.

Por tanto, la Sala estima que los medios ordinarios de defensa judicial de los cuales puede hacer uso Luis Alberto Niño para solicitar el reconocimiento de la pensión de vejez prevista en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, no son idóneos y eficaces frente a su derecho de pensionarse a los 55 años de edad. En sentir de la Sala, someter al accionante

a un proceso ordinario en el que se defina si tiene o no derecho al reconocimiento de la pensión de vejez dispuesta en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, resulta desproporcionado y contrario a la jurisprudencia de esta Corporación.

6.5.2 Ahora bien, en aplicación de los enunciados normativos de esta sentencia, la Sala también considera que la presente acción de tutela debe prosperar.

En primer lugar, la Sala encuentra que el presente caso plantea un problema de relevancia constitucional. En efecto, en concordancia con lo sostenido por el accionante durante el trámite de la acción, él y su esposa -quien tiene 61 años⁷⁴-, se encuentran en una precaria situación económica debido a que él carece de un ingreso permanente para satisfacer las necesidades básicas de su núcleo familiar. En este sentido, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación⁷⁵, su clasificación en el nivel uno (1) del SISBEN⁷⁶, permite presumir que se encuentran en situación de pobreza y que carecen de medios económicos suficientes para garantizar todas sus necesidades. Así, es razonable concluir que la decisión del Instituto de Seguro Social frente a la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez prevista en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, no sólo afecta el derecho fundamental a la seguridad social del accionante, sino también sus derechos fundamentales a la vida digna y al mínimo vital.

Igualmente, con relación al requisito relativo a la relevancia constitucional del asunto, esta Sala encuentra que la decisión del Instituto de Seguro Social frente a la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez prevista en la Ley 33 de 1985 y la aplicación del régimen de transición dispuesto en la Ley 100 de 1993, es lesiva del principio de favorabilidad y constituye una vía de hecho administrativa por defecto sustantivo⁷⁷.

En efecto, como ya se explicó, a diferencia de lo estimado y decidido por el Instituto de Seguro Social en las resoluciones 06297 de 2008 y 016242 de 2007, Luis Alberto Niño satisface los requisitos exigidos para ser incluido en el régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Por esta razón, tiene derecho a pensionarse una vez cumpla los requisitos relativos a la edad y el tiempo de servicio previstos en el régimen anterior al cual se encontraba afiliado. Régimen anterior que, como se dijo anteriormente, en su caso corresponde al regulado en el artículo 1° de la Ley 33 de

1985, pues tiene más de 55 años de edad y prestó sus servicios en el sector público por más de 21 años. Así, contrariamente a lo expuesto por el Instituto de Seguro Social en dichas resoluciones, Luis Alberto Niño tiene derecho a que de conformidad con las normas señaladas, el Instituto de Seguro Social, reconozca y pague a su favor una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

De modo que en el presente caso, la afectación del principio de favorabilidad y la configuración de una vía de hecho administrativa por defecto sustantivo son el resultado del desconocimiento del derecho de Luis Alberto Niño a que se le reconozca y pague la pensión de vejez dispuesta en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, en tanto es el régimen que lo cobija como consecuencia de su derecho a la aplicación del régimen de transición previsto en la ley 100 de 1993.

Al respecto, esta Sala estima inadmisibles los argumentos del Instituto según el cual, “no tiene por qué convalidar y asumir bonos o cuotas partes correspondientes a tiempos públicos anteriores a la vigencia del Sistema General de Pensiones (01-04-94) para una pensión de Ley 33 de 1985”, pues de acuerdo con lo establecido en los artículos 1 y 2 de esa Ley, dado que el actor se encontraba afiliado a ese Instituto en el momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, justamente es esa institución la responsable de reconocer y pagar a su favor la pensión de vejez contemplada en la Ley 33 de 1985. Así mismo, esta Sala considera que el argumento referido a que “los empleadores del sector público afiliados al I.S.S. se asimilan a empleadores del sector privado, y por tanto, los tiempos cotizados en estas circunstancias tienen el carácter de privados,” carece de sentido si se observa que una de las exigencias para ser beneficiario del régimen de transición es haber estado afiliado el 1° de abril de 1994 a un régimen pensional, régimen que en el caso del accionante corresponde al definido en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985 y que precisamente se deriva de la prestación de sus servicios a entidades del Estado por más de 21 años y de su condición de ex servidor público.

Igualmente, en sentir de esta Sala, resulta inconducente que en las resoluciones No. 06297 de 2008 y 016242 de 2007, el Instituto de Seguro Social afirme que para efectos de la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez presentada por el actor, no es posible tener en cuenta el tiempo cotizado por el actor en razón a su relación laboral

con EMSIRVA E.P.S., si se tiene que de acuerdo con el escrito de contestación de la acción de tutela de esa empresa, “hizo los aportes correspondientes a la mencionada caja de previsión durante todo el tiempo de servicios que prestó el accionante a EMSIRVA E.S.P.”, es decir, durante más de 18 años.

En segundo lugar, respecto de los requisitos de procedibilidad y prosperidad de la acción de tutela en estos casos, se encuentra acreditado que el accionante adelantó las actuaciones pertinentes para obtener la protección de sus derechos, dado que el 22 de enero de 2007, solicitó ante el Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguro Social, Seccional Valle, el reconocimiento y pago a su favor de la pensión de vejez prevista en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985. Así mismo, de conformidad con el folio nueve (9) del cuaderno dos (2) del expediente, el 11 de diciembre de 2007, interpuso recurso de reposición “y en subsidio el de apelación” contra la Resolución No. 06297 de 2008, por medio de la cual se negó su derecho a la pensión aludida.

6.6 En virtud de lo expuesto, esta Sala encuentra demostrado que el Instituto de Seguro Social vulneró los derechos fundamentales del accionante a la seguridad social, al debido proceso, al mínimo vital y a la vida digna, pues mediante las resoluciones 06297 de 2008 y 016242 de 2007, negó la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez definida en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985 y la aplicación del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993. Igualmente, que la presente acción de tutela satisface los requisitos de procedibilidad definidos por la jurisprudencia para el efecto, dado que en consideración de los supuestos fácticos del caso, los medios ordinarios de defensa judicial no son idóneos y eficaces para garantizar la protección constitucional invocada.

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 Política,

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la decisión adoptada el día cuatro (4) de diciembre de 2008 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali y el trece (13) de noviembre

de 2008 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, mediante las cuales se denegó el amparo invocado dentro del trámite de la acción de tutela instaurada por Luis Alberto Niño contra el Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguro Social, Seccional Valle, con vinculación oficiosa de EMSIRVA E.S.P. y, en su lugar, CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales a la seguridad social, al debido proceso, al mínimo vital y a la vida digna.

Segundo.- DEJAR SIN EFECTOS las resoluciones 06297 de 2008 y 016242 de 2007, expedidas por el Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguro Social, Seccional Valle, mediante las cuales se negó la solicitud de reconocimiento de una pensión de vejez a favor de Luis Alberto Niño.

Tercero.- ORDENAR al Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguro Social, Seccional Valle, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, expida la resolución correspondiente al reconocimiento de la pensión de jubilación de Luis Alberto Niño, con fundamento en su derecho a la aplicación del régimen de transición previsto la Ley 100 de 1993 y en concordancia con los requisitos establecidos en el inciso 1° del artículo 1° de la Ley 33 de 1985.

Cuarto.- DÉSE cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado Ponente

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Ausente en Comisión

Secretaria General

1 Cfr. Artículo 365 de la Constitución Política. En atención a la sentencia C-623 de 2004, la seguridad social “cumple con los tres postulados básicos para categorizar a una actividad como de servicio público, ya que está encaminada a la satisfacción de necesidades de carácter general, exigiendo el acceso continuo, permanente y obligatorio de toda la colectividad a su prestación, y además, siendo necesario e indispensable para preservar la vigencia de las garantías fundamentales en el Estado Social de Derecho.”

2 Sobre el particular, en la citada sentencia, la Corte estableció que la seguridad social como derecho implica, de un lado, la posibilidad de exigir al Estado “la realización de un hecho positivo o negativo (...) consistente en dar, hacer o no hacer alguna cosa.”, y por otro, para su efectiva realización, “la sujeción a normas presupuestales, procesales y de organización, que lo hagan viable y, además, permitan mantener el equilibrio del sistema.”

3 “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. // Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”

4 Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, 1948. Véase también la Resolución 1591 (XXVIII-O/98) proferida por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en la tercera sesión plenaria, celebrada el 2 de junio de 1998.

5 Adicionalmente, se puede consultar el artículo 8 de la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que viven, el artículo 11, numeral 1, literal e de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de

Discriminación contra la Mujer (aprobada mediante la Ley 51 de 1981); y el Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo.

6 Aprobada el 23 de noviembre de 2007, en el 39° periodo de sesiones.

8 Al respecto, en la sentencia C-1141 de 2008, la Sala Plena de esta Corporación precisó: “[E]l derecho a la seguridad social, en la medida en que “es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana” (Observación general número 19) es un verdadero derecho fundamental cuyo desarrollo, si bien ha sido confiado a entidades específicas que participan en el sistema general de seguridad social fundado por la Ley 100 de 1993, encuentra una configuración normativa preestablecida en el texto constitucional (artículo 49 superior) y en los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad; cuerpos normativos que dan cuenta de una categoría iusfundamental íntimamente arraigada al principio de dignidad humana, razón por la cual su especificación en el nivel legislativo se encuentra sometida a contenidos sustanciales preestablecidos (sentencias T-658 y T-752 de 2008)” (Subraya fuera del texto original). Adicionalmente, se pueden consultar entre otras, las sentencias T-1213 de 2008, T-1013 de 2008, T-1003 de 2008, T-752 de 2008, T-729 de 2008, T-658 de 2008, T-527 de 2008, T-772 de 2007, T-580 de 2007 y T-468 de 2007.

9 En la sentencia T-861 de 2007, la Corte explicó que el derecho a la seguridad social es un derecho prestacional y programático en la medida en que “requiere, para su goce efectivo, de desarrollo legal y de la provisión de la estructura y los recursos adecuados para tal propósito (T-662 de 2006).”

10 Véanse las sentencias T-227 de 2003, SU-819 de 1999, T-042 de 1996 y T-207 de 1995. Sobre el particular, en la sentencia T-662 de 2008, la Corte explicó: “En relación con la transmutación del derecho prestacional en derecho subjetivo, esta Corporación ha sostenido que, en principio, tales derechos no comportan una pretensión de carácter subjetivo. No obstante, en la medida en que estos derechos de concreción progresiva y programática sean objeto de desarrollo legal o reglamentario que cree las condiciones que permitan a las personas exigir del Estado el cumplimiento de una prestación determinada, se produce la transmutación en un derecho subjetivo, susceptible por tanto del amparo constitucional.”

11 Véanse las sentencias T-928 de 2008, T-239 de 2008, T-942 de 2007, T-871 de 2007, T-691 de 2006, T-919 de 2005 y T-790 de 2005. Así, en la sentencia T-911 de 2005, esta Corporación señaló: “[L]a jurisprudencia de la Corte ha señalado que si bien el derecho a la seguridad social es un derecho prestacional y programático, y que por su propia naturaleza no corresponde a un derecho fundamental, si puede ser considerado como tal, cuando su perturbación ponga en peligro o vulnere el derecho a la vida, a la integridad personal u otros derechos fundamentales de las personas (SU-430 de 1998 de 1998, C-177 de 1998, T-076 de 1999, T-321 de 1999, SU-995 de 1999, T-140 de 2000, T-101 de 2001 y T-059 de 2003).”

12 Véanse las sentencias T-180 de 2009, T-952 de 2008, T-887 de 2007, T-826 de 2006 y T-776 de 2005. En este sentido, en la sentencia T-923 de 2008, se sostuvo: “[L]a acción de tutela procede para el reconocimiento o reliquidación de pensiones, cuando los titulares de esos derechos son personas de la tercera edad o que por su condición económica, física o mental se encuentran en condición de debilidad manifiesta, lo que permite otorgarles un tratamiento especial y diferencial (T-487 de 2005 y T-083 de 2004, entre otras). En tales eventos, se considera que la demora en la definición de los conflictos relativos al reconocimiento y reliquidación de la pensión a través de los mecanismos ordinarios de defensa, puede llegar a afectar los derechos de las personas de la tercera edad al mínimo vital, a la salud, lo que en principio justificaría el desplazamiento excepcional del medio ordinario y la intervención del juez constitucional, por ser la acción de tutela un procedimiento judicial preferente, breve y sumario de protección de derechos fundamentales.”

13 En este sentido, se agregó: “[D]ebe repararse en que todos los derechos constitucionales fundamentales - con independencia de si son civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, de medio ambiente - poseen un matiz prestacional de modo que, si se adopta esta tesis, de ninguno de los derechos, ni siquiera del derecho a la vida, se podría predicar la fundamentalidad. Restarles el carácter de derechos fundamentales a los derechos prestacionales, no armoniza, por lo demás, con las exigencias derivadas de los pactos internacionales sobre derechos humanos mediante los cuales se ha logrado superar esta diferenciación artificial que hoy resulta obsoleta así sea explicable desde una perspectiva histórica.”

14 Este criterio fue retomado en la sentencia T-730 de 2008, al indicar: “Como corolario de lo anterior, cuando la protección del derecho a la seguridad social sea solicitada al juez de tutela, dicha autoridad no podrá sin más desconocer la procedibilidad del amparo valiéndose del supuesto carácter no fundamental del derecho, así como tampoco será apropiado que recurra al criterio de la conexidad para negar la admisibilidad del amparo. Corresponderá de acuerdo con lo anteriormente expuesto, identificar –en atención a las circunstancias del caso concreto- si la pretensión debatida en sede de tutela hace parte de la faceta de defensa o de prestación del derecho, para en este último caso limitar su intervención a aquellos supuestos en los cuales se busque la efectividad de un derecho subjetivo previamente definido o en los que pese a la inexistencia de tal definición, la protección constitucional resulte necesaria en atención a las circunstancias de debilidad manifiesta en las que se encuentran sujetos que en razón de sus condiciones físicas, mentales o económicas requieren la especial protección del Estado.” (Subraya fuera del texto original).

15 Sobre este punto, con relación al derecho a la salud, esta Corporación sostuvo: “En el caso del derecho fundamental a la salud, por ejemplo, la Corte Constitucional ha subrayado en múltiples ocasiones que éste no es un derecho cuya protección pueda solicitarse prima facie por vía de tutela. Su connotación prestacional obliga al Estado a racionalizar la asignación de inversión suficiente para que su garantía tenga un alcance integral, frente a la necesidad de sostenimiento que tiene también la garantía de otros derechos dentro de un contexto de recursos escasos. Que ello sea así, no despoja al derecho a la salud de su carácter fundamental, de modo que insistimos: resulta equivocado hacer depender la fundamentalidad de un derecho de si su contenido es o no prestacional y, en tal sentido, condicionar su protección por medio de la acción de tutela a demostrar la relación inescindible entre el derecho a la salud – supuestamente no fundamental – con el derecho a la vida u otro derecho fundamental – supuestamente no prestacional-.”

16 Sobre el particular, véanse, entre otras, las sentencias T-1318 de 2005 y T-859 de 2003.

17 Al respecto, como se dijo anteriormente, se debe tener en cuenta que los tratados internacionales suscritos por el Estado, relativos al derecho a la seguridad social, hacen

parte del ordenamiento jurídico interno. De ahí que en la sentencia T-468 de 2007, la Corte haya explicado: “Tal como lo establece el artículo 93.2 superior, la interpretación de los derechos y obligaciones consagrados en la Constitución –entre los cuales se encuentra el derecho a la seguridad social- desborda las fronteras del texto constitucional, lo cual impone al operador jurídico el deber de acudir a los “tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia” con el objetivo de concluir la labor de determinación de su contenido. La importancia de esta disposición consiste en que atribuye al operador un inagotable compromiso de actualización del significado de las cláusulas vertidas en el texto constitucional al pulso del ordenamiento internacional.”

18 Sobre el mismo punto, en la sentencia T-090 de 2009, esta Corporación aclaró: “La necesidad del desarrollo político, reglamentario y técnico no determina que estos derechos pierdan su carácter fundamental, pero sí tiene repercusiones en la posibilidad de protegerlos mediante la acción de tutela pues la indeterminación de algunas de sus facetas prestacionales dificulta establecer con exactitud, en un caso concreto, quien es el sujeto obligado, quien es el titular y cual es el contenido prestacional constitucionalmente determinado.”

19 Igualmente, de acuerdo con el literal b del artículo 2 de la Ley 100 de 1993, el principio de universalidad hace referencia a “la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida”. Este criterio de fundamentalidad del derecho a la seguridad social a partir de los principios consagrados en el artículo 48 superior, se ve reforzado con el principio de Integralidad definido en el literal d del mismo artículo: “Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley;”.

20 Adicionalmente, en esa oportunidad, la Corte explicó: “Para la Sala es claro entonces que el principio de universalidad en salud conlleva un doble significado: respecto del sujeto y respecto del objeto del sistema general de salud. (i) Respeto del sujeto, esto es, del destinatario de la seguridad social en salud, el principio de universalidad implica que todas las personas habitantes del territorio nacional

tienen que estar cubiertas, amparadas o protegidas en materia de salud. (ii) Respecto del objeto, esto es, la prestación de los servicios de salud en general, este principio implica que todos los servicios de salud, bien sea para la prevención o promoción de la salud, o bien para la protección o la recuperación de la misma; razón por la cual deben estar cubiertos todos estos servicios dentro de los riesgos derivados del aseguramiento en salud.”

21 Sobre el principio de subsidiariedad, en la sentencia T-297 de 2009, este Tribunal reiteró: “Así, a la luz del principio de subsidiariedad, la acción de tutela no puede ser ejercida como un medio de defensa judicial alternativo o supletorio de los mecanismos ordinarios previstos por el legislador para el amparo de los derechos. De hecho, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, a través de la acción de amparo no es admisible la pretensión orientada a revivir términos concluidos u oportunidades procesales vencidas por la negligencia o inactividad injustificada del actor (sentencias T-080 de 2009, T-565 de 2008, T-372 de 2007 y T-275 de 2004). Igualmente, la jurisprudencia tampoco ha consentido el ejercicio de la acción de tutela como el último recurso de defensa judicial o como una instancia adicional para proteger los derechos presuntamente vulnerados (sentencias T-1029 de 2008, T-937 de 2008 y T-421 de 2008).”

22 Véanse las sentencias T-015 de 2009, T-413 de 2008, T-344 de 2008, T-184 de 2007, T-685 de 2006, T-203 de 2006, T-973 de 2005, T-691 de 2005, T-443 de 2005 y T-425 de 2004.

23 Al respecto, en la sentencia T-184 de 2007, la Corte estimó: “[E]l juez de tutela no puede indicarle a una entidad encargada del reconocimiento de una pensión, el contenido, alcance y efectos de sus decisiones en este sentido. Por el contrario, su competencia se circunscribe a verificar que la entidad responsable de respuesta oportuna y de fondo a las solicitudes presentadas por los presuntos beneficiarios del derecho pensional (sentencias: T-848 de 2006, T-990 de 2005, T-996 de 2005, T-917 de 2005 y T-627 de 2005).”

24 Así, por ejemplo, en la sentencia T-249 de 2006, la Corte estimó: “Así, con relación a la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de acreencias

laborales, particularmente cuando estas corresponden a pensiones de jubilación, el juez constitucional, de manera previa deberá verificar que en el caso concreto concurren ciertos requisitos a saber: (i) que se trate de una persona de la tercera edad, para ser considerado sujeto especial de protección; (ii) que la falta de pago de la prestación o su disminución, genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital; (iii) que se haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial por el interesado tendiente a obtener la protección de sus derechos; y (iv) que se acredite siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados. De este modo, deberá analizarse en cada caso concreto si se verifican estos requerimientos a fin de declarar la procedencia del amparo.” Igualmente, en la sentencia T-610 de 2008, esta Corporación concluyó: “[L]a Corte Constitucional ha avanzado en el reconocimiento de la procedencia de la acción de tutela en relación con pretensiones de naturaleza prestacional en materia de pensiones, en los casos en que: i) El mecanismo judicial ordinario de que dispone el interesado resulta ineficaz, por cuanto no resuelve el conflicto planteado de manera integral o no es lo suficientemente expedito frente a la exigencia de protección inmediata de los derechos amenazados (Sentencia T-851 de 2006); ii) el desconocimiento del derecho a la seguridad social en pensiones amenaza por conexidad derechos fundamentales como el mínimo vital y la vida digna; iii) la acción de tutela resulta necesaria para evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable; y iv) la falta de reconocimiento y pago de la pensión se origina en actuaciones que, prima facie, desvirtúan la presunción de legalidad que recae sobre las actuaciones de la administración pública (Sentencia T-851 de 2006).”

Sin embargo, debe advertirse que a la luz de la consideración de que el derecho a la seguridad social es fundamental, la verificación de algunos de tales requisitos, como por ejemplo la conexidad con el derecho fundamental al mínimo vital, resulta innecesaria.

25 Véanse las sentencias T-229 de 2009, T-021 de 2009, T-007 de 2009, T-938 de 2008, T-826 de 2008, T-681 de 2008, T-634 de 2008, T-854 de 2007, T-628 de 2007, T-389 de 2007, T-1064 de 2006, T-701 de 2006 y T-860 de 2005.

26 Véanse las sentencias T-090 de 2009 y T-621 de 2006.

27 Véanse las sentencias T-702 de 2008, T-681 de 2008 y T-607 de 2007.

28 Sentencias T-239-08, T-284-07, T-149-07 y T-229-06.

29 Sentencia T-090 de 2009.

30 Véanse, entre otras, las sentencias T-099 de 2009, T-090 de 2009, T-621 de 2006, T-924 de 2003 y T-571 de 2002.

31 Al resolver un caso similar a los casos expuestos, en la sentencia T-008 de 2009, la Corte concluyó: “Distintas Salas de Revisión de esta Corporación han estimado que el medio judicial ordinario carece de eficacia cuando se trata del reconocimiento de la pensión de jubilación a personas que, de conformidad con disposiciones especiales aplicables en virtud del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, formulan la correspondiente solicitud a los 50 o a los 55 años de edad³¹. Así las cosas, entonces, quien se ha retirado por haber cumplido los 65 años que, se repite, es la edad de retiro forzoso, cuenta con menos posibilidades de obtener eficazmente la satisfacción de su derecho en ejercicio de los medios ordinarios de defensa y, por consiguiente, en su caso la utilización de la acción de tutela tiene amplia justificación.”

32 Véanse las sentencias T-174 de 2008, T-567 de 2007, T-529 de 2007, T-251 de 2007, T-857 de 2004, T-651 de 2004, T-169 de 2003 y T-631 de 2002.

33 Ver, entre otras, las sentencias T-871 de 1999, T-812 de 2000.

34 Sentencia T-007 de 2009.

35 Sentencia T-225 de 1993.

36 Sentencia T-658 de 2008. Igualmente, véanse, entre otras, las sentencias T-217 de 2009, T-1030 de 2008, T-826 de 2008, T-108 de 2007.

37 En la sentencia T-335 de 2000, la Corte destacó: “[L]a definición de asuntos meramente legales o reglamentarios que no tengan una relación directa con los derechos fundamentales de las partes o que no revistan un interés constitucional claro, no puede ser planteada ante la jurisdicción constitucional.”

38 Al respecto, en la sentencia T-923 de 2008, se precisó: “No sobra aclarar que la condición de persona de la tercera edad no es, por sí sola, razón suficiente para definir la procedencia de la acción de tutela (Sentencia T-463 de 2003).”

39 Al respecto, en la sentencia T-1206 de 2005, la Corte señaló: “(...) en algunos casos las personas que no han recibido el pago de sus prestaciones formulan una negación indefinida en el sentido de no contar con recursos diferentes a la prestación económica adeudada para su subsistencia. Ante esta situación, la Corte ha indicado que se invierte la carga de la prueba, correspondiendo en este caso a la entidad demandada demostrar lo contrario -art. 177 C.P.C.- pues de no hacerlo, se entenderá que el hecho al que se refiere la negación se encuentra plenamente probado”. En igual sentido, se pueden consultar las sentencias T-614 de 2007 y T-124 de 2007.

40 Sobre el particular, en la sentencia T-730 de 2008, la Corte afirmó: “[La] posibilidad de intervención [del juez de tutela] adquiere particular importancia en aquellas hipótesis en las cuales de conformidad con el mandato contenido en el artículo 13 superior, se requiera la adopción de medidas que tornen posible una igualdad real y efectiva, en especial cuando la protección se torne imperiosa en atención a las circunstancias de debilidad manifiesta de sujetos tradicionalmente discriminados o marginados en razón de su condición económica, física o mental.”

42 Véanse las sentencias T-019 de 2009, T-524 de 2008 y T-920 de 2006.

43 Sentencia T-016 de 2007.

44 Véanse, por ejemplo, las sentencias T-997 de 2007, T-621 de 2006, T-169 de 2003, T-631 de 2002 y T-800 de 1999. Así, en la sentencia T-090 de 2009, este Tribunal concluyó: “La jurisprudencia constitucional ha reiterado, en numerosas ocasiones (Sentencias T-158 de 2006, T-871 de 2005 y T-545 de 2004), que la aplicación del principio constitucional de favorabilidad en la interpretación de las normas relativas a los requisitos para adquirir la pensión es obligatoria para las entidades del sistema de seguridad social, sean públicas o privadas, y para las autoridades judiciales, de forma tal que su omisión configura una vía de hecho que viola los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social.”

45 Fundamento jurídico 3.4 de esta sentencia.

46 “44. La obligación de respetar exige que los Estados Partes se abstengan de interferir directa o indirectamente en el ejercicio del derecho a la seguridad social. Esta obligación supone, entre otras cosas, el abstenerse de toda práctica o actividad que, por ejemplo, deniegue o restrinja el acceso en igualdad de condiciones a una seguridad social adecuada; interfiera arbitraria o injustificadamente en los sistemas de seguridad social consuetudinarios, tradicionales, o basados en la autoayuda, o interfiera arbitraria o injustificadamente en las instituciones establecidas por personas físicas o jurídicas para suministrar seguridad social.”

47 “45. La obligación de proteger exige que los Estados Partes impidan a terceras personas que interfieran en modo alguno en el disfrute del derecho a la seguridad social. Por terceras partes se entienden los particulares, grupos, empresas y otras entidades, así como los agentes que actúen bajo su autoridad. Esta obligación incluye, entre otras cosas, la de adoptar las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias y eficaces, por ejemplo, para impedir que terceras partes denieguen el acceso en condiciones de igualdad a los planes de seguridad social administrados por ellas o por otros y que impongan condiciones injustificadas de admisibilidad; interfieran arbitraria o injustificadamente en los sistemas de seguridad social consuetudinarios, tradicionales o basados en la autoayuda que sean compatibles con el derecho a la seguridad social; o no paguen al sistema de seguridad social las cotizaciones exigidas por la ley a los empleados u otros beneficiarios del sistema de seguridad social. // 46. Cuando los planes de seguridad social, ya sean contributivos o no contributivos, son administrados o controlados por terceras partes, los Estados Partes conservan la responsabilidad de administrar el sistema nacional de seguridad social y asegurar que los agentes del sector privado no pongan en peligro un sistema de seguridad social en condiciones de igualdad, suficiente, al alcance de todos y accesible. Para impedir estos abusos, debe establecerse un sistema regulador eficaz, que incluya una legislación marco, una supervisión independiente, una auténtica participación pública y la imposición de sanciones en caso de incumplimiento.”

48 Véanse las sentencias T-019 de 2009, T-099 de 2009, T-752 de 2008, T-729 de 2008, T-702 de 2008, T-052 de 2008, T-597 de 2007, T-169 de 2003 y T-571 de 2002.

49 Sobre este aspecto se puede consultar las sentencias T-567 de 2007, T-529 de 2007 y T-432 de 2005.

50 Sentencia T-1213 de 2008.

51 Sentencia T-997 de 2007.

52 La jurisprudencia constitucional ha entendido que el principio de favorabilidad en materia laboral implica por lo menos dos deberes para la autoridad que aplica e interpreta la ley (sentencia C-168 de 1995): (i) En los casos en que una misma situación jurídica se encuentre regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.) o en una misma fuente, quien aplica o interpreta las normas debe escoger aquella que resulte más beneficiosa para el trabajador. Así, el principio de favorabilidad opera no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal que regulan de manera diferente un caso concreto, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; y (ii) La norma escogida bajo el criterio anterior debe ser aplicada en su integridad, ya que de acuerdo con la legislación laboral pertinente, no le está permitido al juez o a la autoridad respectiva, elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría supliendo al legislador su función esencial.

53 En la sentencia T-251 de 2007, la Corte advirtió: “En líneas generales, este precedente parte de considerar que la presencia en el sistema general de pensiones de un régimen de transición encuentra justificación constitucional en la necesidad de garantizar el principio de favorabilidad en materia laboral, al igual que los derechos adquiridos de los trabajadores. Desde esa perspectiva, para el caso de las personas que al momento de entrada en vigencia del sistema habían recorrido buena parte de su vida laboral, debía prodigarse un tratamiento distinto, exceptivo en relación con el principio de universalidad, que les permitiera acceder a la prestación económica en los términos y condiciones del régimen anterior al propuesto por la Ley 100 de 1993.”

54 La exequilibilidad de este inciso ha sido estudiada por la Corte Constitucional en las sentencias C-754 de 2004, C-1056 de 2003, C-596 de 1997, C-168 de 1995 y C-410 de 1994.

55 “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. // No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones. // En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta Ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno. // PARAGRAFO 1o. Para calcular el tiempo de servicio que da derecho a la pensión de jubilación o vejez, sólo se computarán con jornadas completas de trabajo las de cuatro (4) o más horas diarias. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o tarea no llegan a ese límite, el cómputo se hará sumando las horas de trabajo real y dividiéndolas por cuatro (4); el resultado que así se obtenga se tomará como el de días laborados y adicionará con los de descanso remunerado y de vacaciones, conforme a la ley. // PARAGRAFO 2o. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley. // Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad si son mujeres o cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro. // PARAGRAFO 3o. En todo caso los empleados oficiales que a la fecha de vigencia de esta Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta Ley.”

56 Para el efecto se debe tener en cuenta la aplicación de otras disposiciones, por ejemplo, las que regulan el régimen pensional de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y el Ministerio Público (sentencias T-651 de 2004 y T-631 de 2002).

57 El artículo 2 de dicha ley, estableció la responsabilidad del pago de la pensión de jubilación en el sector público a cargo de la caja de previsión, la cual puede repetir contra

las respectivas cajas a prorrata del tiempo que se hubiere aportado a ellas (sentencia T-567 de 2007): “ARTICULO 2o. La Caja de Previsión obligada al pago de pensión de jubilación, tendrá derecho a repetir contra los organismos no afiliados a ellas, o contra las respectivas Cajas de Previsión, a prorrata del tiempo que el pensionado hubiere servido o aportado a ellos.//Para los efectos previstos en este artículo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público efectuará anualmente las compensaciones a que haya lugar, con cargo a los giros que les correspondan a los organismos o Cajas, por concepto de aportes del Presupuesto Nacional; cuando se trate de entidades del orden departamental, intendencial, comisarial, municipal o del Distrito Especial de Bogotá, la compensación anual se efectuará con cargo a las correspondientes transferencias de imputes nacionales”.

58 Véanse las sentencias T-529 de 2008, T-052 de 2008, T-567 de 2007. Sobre el particular, en la sentencia C-657 de 2000, la Corte precisó: “[C]abe afirmar que a través de la Ley 33 de 1985, el legislador, a iniciativa del Gobierno nacional, adoptó algunas medidas relacionadas con las cajas de previsión y con las prestaciones sociales de los empleados del sector público, persiguiendo dos objetivos fundamentales: (i) resolver los problemas financieros por los que estaba atravesando la Caja Nacional de Previsión Social la cual, con dineros del Presupuesto Nacional, venía soportando todo el costo de las pensiones canceladas a los empleados estatales a quienes les había reconocido ese derecho, y (ii) modificar el régimen general de seguridad social del sector público procurando, de un lado, aliviar la carga económica que en materia pensional se asumía directamente con los presupuestos de las entidades territoriales y, del otro, unificar criterios que permitan garantizar, en igualdad de condiciones, el derecho de los trabajadores públicos a disfrutar de una pensión de jubilación.”

59 Véanse las sentencias T-099 de 2009, T-090 de 2009, T-019 de 2009, T-008 de 2009, T-702 de 2008, T-529 de 2008, T-248 de 2008, T-174 de 2008, T-052 de 2008, T-567 de 2007, T-529 de 2007, T-251 de 2007, T-621 de 2006, T-1309 de 2005, T-857 de 2004, T-651 de 2004, T-169 de 2003, T-631 de 2002 y T-571 de 2002.

60 Sobre la violación del derecho fundamental al debido proceso en estos casos, en la sentencia T-008 de 2009, se señaló: “La ocurrencia de una vía de hecho por defecto sustantivo en las decisiones administrativas que sobre reconocimiento y liquidación de pensiones expiden las administradoras de esos fondos, genera la vulneración del

derecho al debido proceso del trabajador, quien una vez reúne los requisitos para obtener su pensión según el régimen de transición, tiene un derecho a percibirla sin que se le sean impuestos obstáculos y con la inclusión de la totalidad de condiciones y beneficios contemplados en el régimen pensional al que pertenece.”

61 Con relación al desconocimiento del principio de favorabilidad como consecuencia del desconocimiento de los derechos que se derivan del régimen de transición pensional de la Ley 100 de 1993, en la sentencia T-090 de 2009 se dijo: “La jurisprudencia constitucional ha reiterado, en numerosas ocasiones (Sentencias T-158 de 2006, T-871 de 2005 y T-545 de 2004), que la aplicación del principio constitucional de favorabilidad en la interpretación de las normas relativas a los requisitos para adquirir la pensión es obligatoria para las entidades del sistema de seguridad social, sean públicas o privadas, y para las autoridades judiciales, de forma tal que su omisión configura una vía de hecho que viola los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social.”

62 Véanse, por ejemplo, las sentencias T-524 de 2008 y T-806 de 2004.

63 Al respecto, en la sentencia T-251 de 2007, la Corte afirmó: “[L]a jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido reiteradamente que la controversia objeto de estudio [tiene] raigambre constitucional debido a que (i) existe una relación inescindible entre la eficacia del derecho a la seguridad social en pensiones y la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la igualdad, vínculo que resulta manifiesto en aquellas personas que culminada su vida laboral y ante el cumplimiento de los requisitos legales aplicables, adquieren el estatus de jubilados, condición que no puede ser desconocida sin poner en riesgo cierto su subsistencia; y (ii) el Texto Constitucional reconoce carácter irrenunciable a la seguridad social, habida cuenta la aludida relación entre éste derecho y la protección de la subsistencia en condiciones dignas. En ese sentido, admitir que la interpretación indebida de las normas legales aplicables afectara el derecho a acceder a esa prestación, contradice dicho carácter.”

64 Sentencia T-169 de 2003. Este criterio también fue expresado en la sentencia T-631 de 2002, así: “El derecho a la seguridad social en pensiones es un derecho subjetivo. Reclamable ante los funcionarios administrativos; y también ante los funcionarios judiciales porque la justicia es una función pública y los ciudadanos tienen acceso a ella. El derecho

se adquiere no solo con base en la actual normatividad de la ley 100 de 1993, sino también de acuerdo con los regímenes pensionales anteriores, siempre que se den algunas circunstancias que la ley exija, por permitirlo. El aspirante a pensionado tiene el derecho a que se le resuelva su situación dentro del marco normativo correspondiente, preferenciándose el derecho sustancial.”

65 Cfr. Folio 15, cuaderno 2.

66 Cfr. Folio 3, cuaderno 2.

67 Ibídem.

68 Cfr. Fundamentos jurídicos 5.1 y 5.5 de esta sentencia.

69 Cfr. Fundamento jurídico 5.6 de esta sentencia.

70 Ibídem.

71 Cfr. Fundamento jurídico 5.8 de esta sentencia.

72 Cfr. Fundamento jurídico 4 de esta sentencia.

74 Cfr. Folio 33, cuaderno 2.

75 Sobre esta presunción se pueden consultar las sentencias T-371 de 2008, T-220 de 2008, T-314 de 2005, T-1069 de 2004.

76 Cfr. Folio 34, cuaderno 2.

77 Cfr. Fundamento jurídico 5.7 de esta sentencia.

78 Cfr. Folio 6, cuaderno 2.