

Sentencia T-450/10

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Tratamiento constitucional y legal como servicio público y como derecho fundamental

La seguridad social tiene dos connotaciones, una como derecho y otra como servicio. En este orden, la Corte ha destacado de la configuración que sobre el particular se encuentra en el texto constitucional (artículo 48 superior), la caracterización de este conjunto de instituciones, normas y procedimientos como un servicio público cuya dirección, coordinación y control corresponde al Estado. Aunado a lo anterior, la seguridad social, además de ser esencialmente un servicio público, asume la forma de derecho constitucional, lo cual abre las puertas a la posibilidad de demandar del Estado y, en términos generales, del sistema de seguridad social creado a partir de la Ley 100 de 1993 la satisfacción de prestaciones concretas.

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE VEJEZ-Procedencia excepcional para evitar un perjuicio irremediable

DERECHO AL DEBIDO PROCESO EN PENSIONES-Vulneración por desconocimiento del principio de legalidad en materia pensional al no contabilizar semanas cotizadas

Referencia: expediente T-2543645

Acción de tutela presentada por José Miguel Medina Medina contra el Instituto de Seguros Sociales.

Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá, D. C., quince (15) de junio de dos mil diez (2010).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, María Victoria Calle Correa, Luis Ernesto Vargas Silva, y en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos

33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de la decisión adoptada en primera instancia por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Sogamoso el siete (07) de diciembre de dos mil nueve 2009.

I. ANTECEDENTES.

1.- Hechos y Pretensiones

El señor José Miguel Medina Medina, de 62 años de edad, instauró acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales, por considerar que fueron vulnerados los derechos fundamentales al debido proceso, al mínimo vital y a la seguridad social, de conformidad con los siguientes hechos:

1-. Mediante resolución No. 010207 del 09 de marzo de 2009 el Instituto del Seguro Social resolvió negar la pensión de vejez del accionante al estimar que registró un total de 1837 días válidamente cotizados para el sistema general de pensiones. Consideró el Instituto que no se tuvo en cuenta el tiempo cotizado de junio de 2003 a diciembre de 2006 por no obrar dentro de la carpeta pensional certificación detallada de las cotizaciones efectuadas al sistema de seguridad social en salud por dicho período, conforme a lo establecido en el artículo 3 del Decreto 510 de 2003 reglamentario del artículo 5 de la Ley 797 de 2003.

2-. Contra la Resolución antes referida, el accionante interpuso recurso de reposición. Sostuvo que, contrario a lo resuelto en dicho acto administrativo, sí cotizó en pensiones y en seguridad social en salud en cumplimiento a dispuesto en el artículo 3 del decreto 510 de 2003, ya que durante el período comprendido entre el mes de junio de 2003 hasta el mes de junio de 2009 desempeñó el cargo de vigilante en una empresa de seguridad denominada Cobasec Ltda.. Así pues considera que cumplió con más de 1150 semanas cotizadas a efectos de que se le reconociera la pensión de vejez.

3-. Por medio de Resolución No. 043049 del 22 de septiembre de 2009 el I.S.S., resolvió el recurso de reposición y confirmó la decisión de negar la pensión de vejez. Indicó que el señor Medina cotizó al sector público un total de 4056 días, pero que luego de revisar la imputación de pagos prevista en el artículo 29 del Decreto 1818 de 1996, modificado por el artículo 53

del Decreto 1406 de 1999, existen períodos no cancelados y cancelados. De tal suerte que el señor Medina cotizó de forma ininterrumpida 3.327 días y que sumado el tiempo laborado a entidades del sector público y cotizado al seguro social, acreditó un total de 7383 días que equivalen a 1054 semanas correspondientes a 20 años 6 meses y 3 días.

En este orden, el Instituto del Seguro Social concluyó que el señor Medina no reúne los requisitos establecidos en el artículo 1º de la ley 33 de 1985, por cuanto aunque cumple con la edad de 55 años no acreditó los 20 años laborados en calidad de servidor público, y tampoco reúne los requisitos establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, ya que aunque cumple con las exigencias de edad exigida 60 años de edad para los hombres, no acreditó el requisito de 1150 semanas para el año 2009 ya que sólo reportó un total de 1054 semanas cotizadas.

4-. Sin embargo, contrario a lo resuelto por el I.S.S., el accionante manifiesta que cumple con el aporte de más de 1000 semanas cotizadas, que hace parte del régimen de transición regulado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 ya que para el 1 de abril de 1994, fecha en que entró en vigencia dicha ley, tenía 45 años, y así como fue dispuesto en la primera Resolución No. 010207 es beneficiario de ese régimen de transición. En efecto, alega que considera que con las cotizaciones realizadas al Seguro Social supera 1150 semanas para el 2009, y en este orden, aduce que se le está violando el derecho fundamental al debido proceso administrativo ya que el ISS incurrió en una vía de hecho al aplicar una normatividad diferente al que gobierna su caso concreto.

5-. Por las razones antes descritas, el accionante pide que se ordene al ISS expedir una Resolución teniendo en cuenta todas las semanas cotizadas al sistema general de pensiones de conformidad con el régimen de transición regulado por el artículo 36 de la ley 100 de 1993, para que le sea aplicado el artículo 7º de la ley 71 de 1988 que establece los requisitos especiales para acceder a la pensión de jubilación cuando se cotiza en el sector público y privado.

2.- Intervención de la entidad demandada

El Instituto de Seguros Sociales una vez notificado de la acción de tutela antes referida por la instancia pertinente, comunicó por medio de oficio CAP SB 10469 del 1º de diciembre de 2009, que la copia de la demanda de tutela fue enviada al Centro de Decisiones de

Cundinamarca, oficina competente para conocer de asuntos constitucionales en dicha entidad.

4. Decisión judicial objeto de revisión.

Mediante sentencia de 7 de diciembre de 2009, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Sogamoso negó la tutela solicitada puesto que: “no existe ninguna petición del accionante que el Instituto demandado no haya resuelto, bien sea positiva o negativamente, y por el contrario, afirma que con las Resoluciones No. 041048 de 22 de septiembre de 2009 confirmó la resolución No. 010207 del 9 de marzo del año 2009 mediante el cual negó la pensión de vejez. (...) El demandante JOSE MIGUEL MEDINA MEDINA pretende que el Juez Constitucional valore los documentos de los folios 11 a 29 y deje sin efecto jurídico las resoluciones que le negaron la pensión de vejez y en consecuencia se ordene al seguro Social profiera un nuevo acto administrativo en donde se le reconozca, liquide y pague la pensión de vejez aplicándole el régimen de transición (...) Por lo anterior, se concluye que la presente tutela no procede, por falta de competencia para decidir el derecho sustantivo, porque el Juez de Tutela no le corresponde señalar el contenido de la decisión que ha de pronunciar la autoridad administrativa en ejercicio de sus funciones, pues ello sería intervenir en el contenido de la decisión y una usurpación de las funciones administrativas del seguro social. ”.

5. Pruebas que reposan en el expediente.

-. Copia de la Resolución No. 010207 de 9 de marzo de 2009 emitida por la Gerente II del Centro de atención al pensionado de la Seccional de Cundinamarca y D.C., en la que resuelve la solicitud de prestaciones económicas en el Sistema General de Pensiones - Régimen Solidario de Prima con Prestación Definida del señor José Miguel Medina Medina y en consecuencia niega la pensión de jubilación. (fls. 1-3 cuaderno principal)

-.Copia de la Resolución No. 143049 del 22 de septiembre de 2009 emitida por la Gerente II del Centro de atención al pensionado del Seguro Social Seccional Cundinamarca y D.C. en la que resuelve confirmar la Resolución No. 010207 del 9 de marzo de 2009. (fls. 4-8 cuaderno principal)

-. Copia del recurso de reposición interpuesto por el señor Medina Medina contra la

Resolución No. 010207 del 9 de marzo de 2009 y radicado al I.S.S. el 22 de abril de 2009 (fls. 9-10 cuaderno principal)

-. Reporte de semanas cotizadas en pensiones emitido por la Vicepresidencia de Pensiones del I.S.S. del señor Medina Medina desde enero de 1967 hasta noviembre de 2009 (fls. 11-17 cuaderno principal)

-. Certificación emitida el 18 de marzo de 2009 por la E.P.S. Famisanar Ltda., donde hace constar que el señor Medina Medina se encuentra como cotizante activo de esa entidad promotora de salud (fls. 19 cuaderno principal).

-. Certificación emitida por la E.P.S. Famisanar Ltda., de fecha 18 de marzo de 2010 donde registra que el señor Medina Medina tiene aportes por concepto de cotizaciones al SGSSS, desde el 1/02/2003 a 01/03/2009 efectuados por su empleador Cobasec Ltda. Con Nit. 891801317. (fls 20 a 22 cuaderno principal).

-. Copia del oficio suscrito por el Coordinador Regional de Cobasec Ltda., de fecha 03 de abril de 2009 donde informa al señor Medina Medina que la empresa ha determinado la no prorroga del contrato individual de trabajo a término fijo. (fl. 23 del cuaderno principal)

-. Copia de la respuesta al derecho de petición suscrita por la directora de recursos humanos de Cobasec Ltda., al señor Medina en donde anexa fotocopia de afiliación al sistema de seguridad social en salud y el listado del Fosyga de cada una de las cotizaciones de los meses en que el señor Medina estuvo vinculado con esa empresa. (fls. 24-27 cuaderno principal)

5.1. Pruebas allegadas en sede de tutela

-. Oficio CAP SB 10469 del 1 de diciembre de 2009 suscrito por el gerente seccional del seguro social de Boyacá donde informa que la competencia para responde la acción de tutela interpuesta por el señor Medina es del centro de decisiones de Cundinamarca y anexa soporte de esa delegación de competencia por Resolución No. 1591 del 22 de mayo de 2008. (fls. 50-56 cuaderno principal.)

5.2. Actuaciones surtidas en la Corte Constitucional.

Mediante auto de 14 de mayo de 2010 se resolvió vincular a Cobasec Ltda., y se ordenó a dicha empresa allegará la siguiente información:

“ (...) -. Si en el período que el señor José Miguel Medina Medina identificado con c.c. 4.111.832 de Duitama estuvo vinculado a la empresa Cobasec Ltda., efectuó los respectivos aportes a seguridad social en salud, en caso afirmativo deberá aportar la documentación que soporte los mismos. (...)”

En respuesta allegada a esta Corporación el 1 de junio de 2010 el representante legal de Cobasec Ltda., remitió copia de los soportes de pago a la seguridad social en salud respecto del señor Medina Medina, de los períodos comprendidos entre diciembre de 2006 a junio de 2009 realizados por dicha empresa de vigilancia. (fls. 13 a 18 cuaderno de revisión)

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Esta Sala de la Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones proferidas dentro de las acciones de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico.

De conformidad con los hechos antes relatados, corresponde a esta Sala de Revisión determinar si el Instituto del Seguro Social ha vulnerado los derechos fundamentales del señor José Miguel Medina Medina, al negarle el reconocimiento de la pensión de vejez por considerar que no cumplía con el requisito de haber cotizado 1.150 semanas al Sistema General de Pensiones para el año 2009, sin tener en cuenta las semanas que fueron cotizadas al Sistema de Seguridad Social en Salud como dependiente durante el período comprendido entre junio de 2003 a diciembre de 2006.

A fin de resolver el asunto la Sala procederá a pronunciarse acerca de los siguientes tópicos: (i) tratamiento constitucional y legal al derecho fundamental de la seguridad social. (ii) procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar el reconocimiento de pensiones. Reiteración de jurisprudencia (iii) la violación del derecho al debido proceso en el

reconocimiento de la pensión. Reiteración de jurisprudencia (iv) el caso concreto.

1.- Tratamiento constitucional y legal al derecho fundamental de la seguridad social.

La seguridad social tiene dos connotaciones, una como derecho³ y otra como servicio⁴. En este orden, la Corte ha destacado de la configuración que sobre el particular se encuentra en el texto constitucional (artículo 48 superior), la caracterización de este conjunto de instituciones, normas y procedimientos como un servicio público cuya dirección, coordinación y control corresponde al Estado.⁵

Aunado a lo anterior, del inciso segundo de la disposición constitucional en comento surge la faceta complementaria del diseño ideado por el constituyente sobre el tema. Dicho segmento normativo establece que la seguridad social, además de ser esencialmente un servicio público, asume la forma de derecho constitucional, lo cual abre las puertas a la posibilidad de demandar del Estado y, en términos generales, del sistema de seguridad social creado a partir de la Ley 100 de 1993 la satisfacción de prestaciones concretas. Textualmente, el inciso 2° consagra el mencionado derecho en los siguientes términos: “Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social”.

De igual forma, el legislador le otorgó a este derecho el carácter de servicio público esencial en lo relativo al Sistema General de Salud y en materia pensional, solamente en aquellas actividades directamente vinculadas con el reconocimiento y pago de las pensiones. Circunstancia que otorga mayor responsabilidad al Estado, con lo cual está llamado a garantizar su prestación en forma permanente y continua, a fin de lograr el desarrollo de una vida plena y satisfactoria en sociedad (C.P. art. 56)⁶.

La ley 100 de 1993 y la normatividad complementaria ha establecido con precisión los elementos que hacen parte de este complejo engranaje, entre los cuales se encuentran: (i) las autoridades encargadas de la prestación de los servicios, (ii) las prestaciones sociales, (iii) los mecanismos y autoridades encargadas de adelantar la supervisión del sistema, (iv) los diferentes planes de cobertura y, finalmente, (v) las fuentes de financiamiento. Con fundamento en dicha estructura, la jurisdicción constitucional ha resuelto varias controversias de las cuales interesa resaltar ahora el acceso a prestaciones relacionadas con el derecho a la seguridad social. En tal sentido, las vicisitudes cuya solución ha sido ordenada por vía de tutela se pueden agrupar en dos conjuntos fácticos: (i) reclamación de

prestaciones incluidas en el sistema y, en segundo término, (ii) prestaciones no establecidas en el sistema de seguridad social.⁷

La cláusula de Estado Social de Derecho obliga a las instituciones estatales garantizar el derecho a la seguridad social. En este orden de ideas la jurisprudencia⁹ de esta Corporación se ha ocupado de definir los contornos que encuentra este derecho¹⁰. Al respecto, la Corte¹¹ ha señalado que la seguridad social adquiere importancia en la medida en que, como lo ha demostrado la historia reciente del constitucionalismo, su máxima realización posible es una condición ineludible de la posibilidad real de goce del resto de libertades inscritas en el texto constitucional. En tal sentido, la seguridad social es consecuencia de la cláusula antes referida, en la medida en que la adopción de tal modelo supone para la organización estatal el deber de promover el florecimiento de condiciones en las cuales se materialice el principio de la dignidad humana y la primacía de los derechos fundamentales. Tal deber, como ya había sido anunciado, resulta especialmente relevante en aquellos eventos en los cuales la salud o la capacidad económica de sus beneficiarios han sufrido mella en la medida en que estas contingencias constituyen barreras reales que se oponen a la realización plena de la sociedad y del individuo.¹²

Con fundamento en la anterior consideración, la Corte ha sostenido que la acción de tutela se erige como instrumento judicial de protección del derecho a la seguridad social cuando las autoridades y demás entidades que participan en el sistema, se separan de un deber específico, bien sea de abstención o de prestación, que encuentra fundamento en un texto normativo y que, a su turno, genera una infracción del derecho a la seguridad social. De acuerdo con esta línea argumentativa, en estos casos la acción de tutela es procedente en atención a que existe una en consideración las características globales del grupo, es decir, los elementos que los convierten en titulares de esa garantía privilegiada. Pero además, es necesario atender las particularidades de la persona individualmente considerada, esto es, en el caso concreto”.

Hay que tener prescripción puntual que pretende la protección de un bien constitucional.¹³

Destacase, que la Corte ha señalado que todos los derechos constitucionales son fundamentales¹⁴ 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 derechos 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).¹⁵

Así las cosas, esta Corporación ha señalado que cuando una persona de la tercera edad cumple con los requisitos legales para ser titular del derecho a la pensión de vejez, constituye un derecho fundamental sujeto de protección.¹⁶ Además las personas consideradas como sujetos de especial protección, se les ha reconocido sus derechos fundamentales en materia de seguridad social en atención a la especial vulnerabilidad que padecen y que tornan necesaria una protección particularmente vigorosa. Así, se predica el carácter fundamental del derecho a la seguridad social de los niños y las niñas, las personas con discapacidad y aquellas que han llegado a la tercera edad, entre otras.¹⁷

2.- Procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar el reconocimiento de pensiones. Reiteración de jurisprudencia.

Según la jurisprudencia constitucional, y lo dispuesto por el artículo 86 superior, la acción de tutela no procede como regla general para ventilar asuntos de carácter prestacional, pues el actor cuenta con las herramientas jurídicas pertinentes en cada caso a efectos de hacer valer estos derechos. Es así como debe agotar los recursos necesarios cuando una entidad encargada de otorgar y reconocer una obligación relacionada con la seguridad social como por ejemplo la pensión de jubilación, se niega a su reconocimiento.

De esta manera, es pertinente anotar que el actor cuenta con instrumentos procesales

propios de la justicia ordinaria o contenciosa según el caso, a efectos de solucionar las controversias jurídicas en materia pensional. No obstante lo anterior, la Corte también ha establecido que en salvaguardia de aquellos sujetos a cuyo favor y por mandato de la propia Constitución sea necesario reconocer y ejercer mecanismos de especial protección, y ante la prueba fehaciente y concreta de la existencia de un perjuicio irremediable, tal regla debe atemperarse y dar paso a un test de ponderación en el cual se determine que el amparo constitucional es un mecanismo necesario, dada la urgencia de la situación, e idóneo, debido al escaso beneficio que pueda derivarse de los medios judiciales ordinarios.

Esta materia referente al perjuicio irremediable ha sido estudiada reiteradamente por la Corte, por lo que existe un precedente consolidado sobre la materia. Así, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 35 del Decreto 2591 de 1991, la Sala sintetizará los aspectos más relevantes de esta jurisprudencia y remitirá a las sentencias que desarrollan en extenso dicha doctrina.

Como punto de partida, la acción de tutela es una herramienta de carácter subsidiario para la protección de los derechos fundamentales, ya que los recursos judiciales ordinarios son mecanismos preferentes a los que el accionante debe acudir en primera instancia para exigir la protección de sus derechos, además en ejercicio de esos mecanismos se debe garantizar el carácter constitucional de esos derechos, como en este caso la seguridad social en pensiones. En esa medida, el juez constitucional no puede desplazar las competencias propias de que son titulares tanto las entidades prestadoras de seguridad social en pensiones, así como los operadores judiciales que conocen de las controversias prestacionales.

Respecto del perjuicio irremediable, la jurisprudencia constitucional considera que en primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de

protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable.¹⁸

Igualmente, la jurisprudencia constitucional sobre la materia ha dispuesto que la evaluación del perjuicio irremediable no constituye un ejercicio genérico sino que, en contrario, debe consultar las particularidades del caso concreto, a fin de definir la falta de idoneidad del mecanismo judicial ordinario. Así, la intensidad sobre la inminencia del perjuicio irremediable debe analizarse y verificarse de acuerdo a las particularidades de cada caso y a las condiciones personales del accionante.

Esta fue la posición adoptada por la Corte¹⁹, que estudió el caso de un grupo de adultos mayores, quienes pretendían obtener a través de la acción de tutela la reliquidación de sus mesadas pensionales. Dicha decisión consideró que, “tratándose de sujetos de especial protección, el concepto de perjuicio irremediable debe ser interpretado en forma mucho más amplia y desde una doble perspectiva. De un lado, es preciso tomar en cuenta que cuando quiera que no se ha efectuado el reconocimiento de la prestación, la Corte ha considerado que además de los anteriores requisitos debe existir claridad respecto del derecho o la aplicación normativa correspondiente. Sobre el particular, en la sentencia T-303 de 2002 la Corte consideró:

“Sin embargo, que la persona sea de la tercera edad y/o que sufra una dolencia física no justifica por sí solo la procedencia de la tutela para efectos del reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, menos aún si existe una controversia jurídica en relación con la aplicación de la normatividad correspondiente y los requisitos legales para acceder a tal derecho, pues sería desvirtuar la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela. Al respecto, la Corte ha dicho lo siguiente:²⁰

‘(L)a Corte, de manera constante, ha precisado que la acción de tutela no procede para ordenar el reconocimiento de pensiones, así como tampoco para obtener el reajuste de una pensión ya reconocida, toda vez que en este caso, no se puede perder de vista el carácter subsidiario de la tutela frente a la existencia de otros medios ordinarios para reclamar estos derechos.²¹

Excepcionalmente, esta Corporación ha aceptado la procedencia de la tutela en esos casos, únicamente cuando “la circunstancia de la ineptitud del medio judicial establecido en el

ordenamiento jurídico para tramitar dicho asunto o de la ocurrencia del perjuicio irremediable que haga viable el amparo tutelar transitorio y urgente para evitar la vulneración irreparable de los derechos fundamentales que resulten en juego, mientras se resuelve en forma definitiva el respectivo asunto por el sistema judicial ordinario.²²

Esto es más evidente aún, cuando se trata de cuestiones sujetas a controversia, pues en este caso, no existe claridad acerca de la existencia de un derecho cierto e indiscutible, caso en el cual es el juez ordinario a quien compete evaluar en el transcurso del proceso, las circunstancias de las partes trabadas en la controversia y decidir de manera definitiva acerca de ella.”

Ahora bien, la acción de tutela procederá como mecanismo transitorio, a pesar de la existencia de un medio judicial ordinario idóneo y eficaz, cuando es necesaria para evitar un perjuicio irremediable. Así la jurisprudencia constitucional ha dispuesto, circunstancia a la cual se llega previa ponderación por parte del juez de ciertos requisitos:

- (i) Se trata de una persona de la tercera edad, considerada sujeto de especial protección;
- (ii) El estado de salud del solicitante y su familia;
- (iii) Las condiciones económicas del peticionario
- (iv) La falta de pago de la prestación o su disminución, genera un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital.
- (v) El afectado ha desplegado cierta actividad administrativa y judicial, tendiente a obtener la protección de sus derechos, y
- (vi) El interesado acredita, siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados.²³

Respecto con la avanzada edad del peticionario(a), sobretodo si sobrepasa el índice de promedio de vida en Colombia (71 años), la Corte ha dispuesto 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(a). 24

Igualmente, esta 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. 25

3. La violación del derecho al debido proceso en el reconocimiento de la pensión. Reiteración de jurisprudencia.

Por jurisprudencia emitida por esta Corporación²⁶ se ha ordenado al Instituto del Seguro Social dar una respuesta de fondo respecto a la solicitud de reconocimiento de pensión de vejez teniendo en cuenta todos los aportes realizados al Sistema General de Pensiones cuando quien cotiza a pensión lo efectúa como independiente, sin exigir requisitos no previstos ni en la Constitución ni en la Ley.²⁷

En las citadas sentencias se verificó el objeto normativo de lo dispuesto por el Decreto 510 de 2003 del Ministerio de Protección Social en su artículo 3 reglamentario del artículo 5 de la ley 797 de 2003. Dicho artículo dispone:

“Decreto 510 de 2003. Artículo 3. La base de cotización del Sistema General de Pensiones será como mínimo en todos los casos de un salario mínimo legal mensual vigente, y máximo de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, límite este que le es aplicable al Sistema de Seguridad Social en Salud. Este límite se aplicará a las cotizaciones cuyo pago debe efectuarse a partir del mes de marzo.

La base de cotización para el Sistema General de Pensiones deberá ser la misma que la base de la cotización del Sistema General de Seguridad Social en Salud, salvo que el afiliado cotice para el Sistema General de Pensiones sobre una base inferior a la mínima establecida para el Sistema General de Seguridad Social en Salud.(subraya fuera de texto)

PARÁGRAFO. Cuando una persona dependiente deba realizar cotizaciones adicionales como independiente o por prestación de servicios, para los efectos del párrafo primero del artículo 5 de la Ley 797 de 2003, que modifica el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, deberá informar en los formatos que para tal efecto establezca la Superintendencia Bancaria, el ingreso que efectivamente perciba, manifestando la fuente de sus recursos.

Con el propósito de que estos ingresos se acumulen para la liquidación de la pensión, sobre los mismos debieron haberse realizado los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud. De ser diferente la base de cotización, los aportes que excedan los realizados al Sistema de Seguridad Social en Salud, no se tendrán en cuenta para la liquidación de la pensión y le serán devueltos al afiliado con la fórmula que se utiliza para el cálculo de la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos.

Ley 797 de 2003. Artículo 5. El inciso 4 y párrafo del artículo 18 de la Ley 100 de 1993 quedarán así:

Artículo 18. Base de Cotización. La base para calcular las cotizaciones a que hace referencia el artículo anterior, será el salario mensual.

El salario base de cotización para los trabajadores particulares, será el que resulte de aplicar lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo.

El salario mensual base de cotización para los servidores del sector público, será el que señale el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4a. de 1992.

Las cotizaciones de los trabajadores cuya remuneración se pacte bajo la modalidad de salario integral, se calculará sobre el 70% de dicho salario.

En todo caso, el monto de la cotización mantendrá siempre una relación directa y proporcional al monto de la pensión.

PARÁGRAFO 1o. En aquellos casos en los cuales el afiliado perciba salario de dos o más empleadores, o ingresos como trabajador independiente o por prestación de servicios como contratista, en un mismo período de tiempo, las cotizaciones correspondientes serán efectuadas en forma proporcional al salario, o ingreso devengado de cada uno de ellos, y estas se acumularán para todos los efectos de esta ley sin exceder el tope legal. Para estos efectos, será necesario que las cotizaciones al sistema de salud se hagan sobre la misma base.

En ningún caso el ingreso base de cotización podrá ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente. Las personas que perciban ingresos inferiores al salario mínimo legal mensual vigente, podrán ser beneficiarias del Fondo de Solidaridad Pensional, a efectos de que éste le complete la cotización que les haga falta y hasta un salario mínimo legal mensual vigente, de acuerdo con lo previsto en la presente ley.”

Justamente, las normas citadas se aplican a la siguiente hipótesis: cuando una persona que esté cotizando como dependiente deba realizar cotizaciones adicionales como independiente

o por prestación de servicios. La norma invocada también busca que la base de cotización para pensiones y para aportes en salud sea semejante. Cuando no lo sea, la consecuencia prevista en la norma no es la pérdida del derecho, sino que el excedente, sólo este, no sea contabilizado para determinar la pensión y le sea devuelto al cotizante.²⁸

4. Caso concreto.

De conformidad con las consideraciones expuestas, le corresponde a esta Sala de Revisión determinar si las circunstancias particulares en que se encuentran los actores hacen necesario que el juez constitucional proceda a ordenar el reconocimiento del derecho a la pensión de vejez en sede de tutela, a pesar de existir otros medios de defensa judicial, o si por el contrario, la protección a través de éste mecanismo de amparo resulta improcedente.

En el asunto sub examine el señor José Miguel Medina Medina considera vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, al mínimo vital y a la seguridad social por el Instituto de Seguros Sociales, entidad que se negó a reconocerle la pensión de vejez.

En primer término, como quiera que el juez de instancia no accedió a lo pretendido por el accionante al considerar que para acceder a sus pretensiones se debe hacer una valoración probatoria de la historia laboral y del análisis comparativo del régimen laboral aplicable a su caso, función que le corresponde conocer a la jurisdicción laboral, en éste orden concluyó que el petente cuenta con otro medio de defensa judicial y el juez de tutela no puede invadir la orbita de competencia del juez natural.

Al respecto, la Sala de Revisión considera importante hacer la siguiente aclaración: dado que el asunto bajo revisión se refiere al reconocimiento de la pensión de jubilación, la resolución de esta controversia le corresponde a la jurisdicción laboral, ya sea mediante el proceso laboral ordinario o por la acción contencioso administrativa de nulidad y restablecimiento del derecho, según corresponda. Por lo cual, en primera instancia, no procede la acción de tutela como mecanismo principal.

Pero la jurisprudencia de esta Corporación²⁹, con base en el artículo 86 de la Constitución, también ha indicado dos excepciones a la regla general de la improcedencia.

En primer lugar, la acción de tutela procederá como mecanismo principal en el evento en que

el medio judicial previsto para este tipo de controversias no resulte idóneo y eficaz en el caso concreto. Con el fin de determinar esta situación, la Corte, en oportunidades anteriores, ha valorado varios factores. Uno de los criterios determinantes ha sido el de la avanzada edad del peticionario, ahora bien, la Corte también ha tomado en cuenta otros factores que no tienen que ver con las condiciones personales del peticionario(a), como es la posibilidad de que para el momento del fallo definitivo el conflicto sobre el cumplimiento de los requisitos para la pensión de vejez haya perdido su razón de ser. 30

En este caso el accionante cuenta con 62 años de edad³¹ lo que indica que dada la avanzada edad del peticionario, se concluye que el mecanismo ordinario resulta ineficaz si es probable que el accionante 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 actor³².

Ahora en cuanto a la existencia de un perjuicio irremediable que haga procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, encuentra la Sala Octava de Revisión que aun cuando el demandante no alega tal perjuicio, existen indicios que permiten concluir que la falta de reconocimiento de la pensión de jubilación afecta su mínimo vital, toda vez que el actor es una persona de la tercera edad, tiene 62 años, las cotizaciones a los sistemas de salud y pensiones se realizaron sobre la base de un salario mínimo legal vigente³³, además dentro de las afirmaciones efectuadas por el señor Medina en su escrito de tutela las cuales no fueron desvirtuadas por la entidad demandada, podría encontrarse en estado de indigencia ya que la pensión sería la única fuente de ingreso y sustento para él y su familia, por lo que le resta en este momento es la esperanza del reconocimiento de la pensión por el juez de tutela al considerar que cumple con los requisitos establecidos en el régimen de transición contemplado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y por el artículo 7º de la Ley 71 de 1988, esto es, con 60 años de edad y 1.000 semanas de cotización, pagadas en cualquier tiempo.

Así las cosas, es necesario verificar las motivaciones por las cuales el Instituto de Seguros Sociales resolvió negar la pensión de vejez del accionante. De la lectura de los hechos relatados y las pruebas aportadas en sede constitucional se encuentra que por Resolución No. 010207 de marzo 9 de 2009 visible a folios 1 a 3 del cuaderno principal, el Gerente del Instituto del seguro Social resolvió negar la solicitud de pensión de vejez bajo los siguientes

presupuestos:

i. Que el accionante cotizó un total de 739 semanas a entidades de previsión del sector público y el cotizado al seguro social,

ii. Se le hizo un estudio de la solicitud pensional con fundamento en la Ley 33 de 1985, la cual exige para el derecho de pensión acreditar 20 años de servicio al estado, 55 años de edad y un 75% del monto de pensión. Que con fundamento en esa normatividad el accionante acreditó la edad, pero no cumplió con el tiempo con el tiempo al acreditar menos de los 20 años al servicio del Estado.

iii. Igualmente se efectuó el estudio a la luz de la normatividad contenida en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, que exige 60 años y un mínimo de 500 semanas de cotización durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas o haber acreditado un número de 1000 semanas de cotización pagadas en cualquier tiempo, pero que tampoco cumplía con el requisito de tiempo por cuanto cotizó 201 semanas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento.

iv. Que para validar los aportes en pensión efectuados a partir del mes de marzo de 2003 a diciembre de 2006, para el sistema general de pensiones, se debía acreditar el pago de los aportes a salud conforme a lo establecido en el artículo 7 del Decreto 510 de 2003, el cual establece que la base de cotización para el sistema general de pensiones deberá ser la misma que la base de cotización para el sistema de seguridad social en salud.

Posteriormente, en Resolución No. 043049 del 22 de septiembre de 2009 el Instituto de Seguros Sociales confirmó la Resolución No. 010207, bajo las siguientes consideraciones:

i. Que el accionante cotizó a entidades del sector público y al seguro social un total de 7.383 días; que equivalen a 1054 semanas, correspondientes a 20 años 6 meses y 3 días.

ii. Aduce esa Resolución que no cumple ningún requisito para acceder a la pensión de vejez, esto es, ni con los establecidos en el artículo 10 de la Ley 33 de 1985, ni con los dispuestos por el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, y tampoco por los requisitos del artículo 12 del acuerdo 049 de 1990.

iii. Que el accionante no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, por cuanto aunque cumple con la edad no acredita el requisito de 1.150 semanas requeridas para el año 2009, ya que acreditó un total de 1054 semanas cotizadas.

Con todo lo expuesto, aunque no es procedente reconocer la pensión de vejez reclamada a través de esta tutela, es preciso señalar que la entidad accionada vulneró el derecho al debido proceso del accionante, ya que el ISS negó la petición del accionante por no cumplir con las cotizaciones mínimas requeridas, y dispuso que los aportes efectuados a partir del mes de agosto de 2003 a diciembre de 2006 al Sistema General de Pensiones como dependiente³⁴ no fueron tenidos en cuenta, en razón a que no presenta aportes a salud en calidad de cotizante durante el mismo lapso.

Observa esta Sala Octava que si bien el ISS resolvió negar la petición de pensión de jubilación del accionante, dicha respuesta vulnera el derecho al debido proceso del accionante al no existir razón jurídica que sustente dicha afirmación, ya que según reposa en las pruebas aportadas por el accionante y allegadas a esta Corporación se encuentra demostrado que durante el período comprendido entre marzo de 2003 a diciembre de 2006, cotizó en seguridad social en salud a la EPS - Famisanar, como dependiente ya que se encontraba vinculado laboralmente a Cobasec Ltda.. Así, no resulta aceptable que el ISS no le haya tenido en cuenta la semanas cotizadas como dependiente cumpliendo con lo dispuesto por el artículo 7 del Decreto 510 de 2003 normatividad que establece: La base de cotización para el Sistema General de Pensiones deberá ser la misma que la base de la cotización del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Aunado a lo anterior, es necesario resaltar la imprecisión del ISS al hacer un conteo diferentes de semanas en las dos Resoluciones, ya que en la primera el ISS dispuso que al verificar la historia laboral se constató un total de 739 semanas cotizadas; y en la segunda, sin razón alguna, el ISS indicó que el accionante había cotizado 1054 semanas.

La jurisprudencia Constitucional ha reiterado el Decreto 510 de 2003 del Ministerio de Protección Social en su artículo 3 reglamentario del artículo 5 de la Ley 797 de 2003 que dicha disposición busca que (i) cuando una persona que esté cotizando como dependiente deba realizar cotizaciones adicionales como independiente o por prestación de servicios. (ii)

que la base de cotización para pensiones y para aportes en salud sea semejante. Cuando no lo sea, la consecuencia prevista en la norma no es la pérdida del derecho, sino que el excedente, sólo éste, no sea contabilizado para determinar la pensión y le sea devuelto al cotizante.³⁵

Esta situación se presenta en el caso en comento, ya que el accionante cotizó al Sistema General de Pensiones en calidad de dependiente, en los períodos comprendidos entre marzo de 2003 a diciembre de 2006, períodos que deben ser contabilizados por el Instituto de Seguros Sociales al momento de sumar las semanas cotizadas. Así las cosas, y concluyendo este análisis normativo, se tiene que en el presente caso la entidad accionada no contabilizó las semanas cotizadas en dichos periodos. Esto vulnera el derecho al debido proceso, ya que desconoce el principio de legalidad, que es uno de los elementos constitutivos de este derecho.³⁶

En efecto, en marzo de 2009 el ISS le negó la pensión de vejez en donde se reconoció que el señor José Miguel Medina Medina acreditaba 739 semanas cotizadas, y en posterior Resolución el ISS reconoció al accionante que acreditó 1054 semanas, pero sin contabilizar las semanas cotizadas desde marzo de 2003 a diciembre de 2006, lo que evidencia que el accionante ha cotizado más de 1150 semanas al Sistema General de Pensiones, si se tienen en cuenta dichos períodos, lo que evidencia que cumple con los requisitos dispuesto para su pensión de vejez teniendo en cuenta la normatividad referida en los actos administrativos emitidos por el ISS.

Con todo lo anterior, esta Sala Octava procederá a revocar el fallo proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Sogamoso, y en su lugar, concederá la tutela protegiendo el derecho al debido proceso del accionante, y por tanto, ordenará al Instituto de Seguros Sociales, que en el término de 48 horas siguientes a la notificación de la presente providencia, le dé una respuesta de fondo a la solicitud del señor José Miguel Medina Medina sobre su pensión de vejez, teniendo en cuenta todos los aportes realizados al Sistema General de Pensiones.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero. - REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Sogamoso, que resolvió la acción de tutela promovida por José Miguel Medina Medina, y en su lugar, CONCEDER la protección invocada para el amparo de sus derechos a la seguridad social, el debido proceso y el mínimo vital.

Segundo.- ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a tramitar el reconocimiento de la pensión al señor José Miguel Medina Medina, en un acto sujeto a los recursos de ley, y se lo comunique oportunamente, teniendo en cuenta todos los aportes realizados al Sistema General de Pensiones incluidos los efectuados a partir de marzo de 2003.

Tercero.- Por Secretaría LÍBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS ERNESTO V ARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Pagina 1 a 3 cuaderno principal.

2 Pagina 4 a 8 cuaderno principal.

3 Ver inciso 2 del artículo 48 de la Constitución Política.

4 Ver inciso 1 del artículo 48 de la Constitución Política.

5 Ver sentencia T-200 de 2010.

6 Sentencias C-111 de 2006, T-596 de 2006, C-125 de 2000, C-516 de 2004, SU 480 de 1997, T-468 de 2007, T-466 de 2007.

7 Sentencia T-752 de 2008.

8 Sentencia T-610 de 2009.

9 Sentencias C-514 de 1992, C-735 de 2000, C-623 de 2004, C-111 de 2006, T-596 de 2006, C-125 de 2000, C-835 de 2003, C-516 de 2004, SU 480 de 1997, entre otras.

11 Sentencia T-418 de 2007.

12 Sentencia T-200 de 2010.

13 Sentencia T-610 de 2009.

14 Sentencia T 580 de 2007.

15 Sentencia T 090 de 2009, T 1002 de 2008.

16 Sentencia T-181 de 1999, T-426 de 1992, T-224 de 1995, T-569 de 1999, SU- 062 de 1999, entre otras.

17 Sentencia T-730 de 2008.

19 Ver sentencia T 1316 de 2001.

20 Ver sentencia T-118 de 2001.

21 Ver sentencias T-361 de 1998, T-660 de 1999, T-099 de 2000 y T-838 de 2000.

22 Ver sentencia T-660 de 1999.

23 Ver sentencias T-055 de 2006, T-529 de 2007, T-149 de 2007, T-239 de 2008, T-052 de 2008.

24 Sentencia T-090 de 2009.

25 Ver sentencia T-529 de 2008.

26 Ver sentencias T-072 de 2008, T-1248 de 2008 y T-200 de 2010.

27 Folio 30 del cuaderno principal.

28 Sentencia T 072 de 2008.

29 Sentencias T-762-08, T-286-08, T-239-08, T-052-08, T-691A-07, T-376-07, T-284-07, T-529-07, T-149-07, T-229-06, entre otras.

30 Sentencia T 090 de 2009.

31 Ver folios 1 a 3 cuaderno principal.

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

33 Ver folios 11 al 17 cuaderno principal.

34 Ver folio 3 cuaderno principal.

35 Sentencia T-072 de 2008.

36 Ibidem.