

Sentencia T-477/13

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Reconocimiento del carácter fundamental en el ámbito internacional

Con fundamento en el texto de la Constitución, y en los tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el derecho a la seguridad social es un derecho fundamental. No obstante el carácter fundamental que tiene el derecho a la seguridad social, es importante recordar que ésta Corporación en su jurisprudencia inicial le negó este carácter porque se trataba de un derecho prestacional cuyo desarrollo era de carácter progresivo. Sin embargo, la Corte ha precisado en su jurisprudencia más reciente que no resulta razonable separar los derechos fundamentales de los derechos económicos sociales y culturales, porque en la Constitución se les otorga el carácter de fundamentales a todos los derechos. el derecho a la seguridad social y el derecho a la pensión de vejez: (i) son derechos fundamentales que se encuentra amparados en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por Colombia; (ii) pueden ser protegidos a través de la acción de tutela, cuando reúnen las características señaladas en la jurisprudencia para ser considerados como un derecho subjetivo.

ACCION DE TUTELA PARA PROTEGER EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL CUANDO SU AFECTACION SE DERIVA DEL RECONOCIMIENTO DE UNA PENSION-Reiteración de jurisprudencia

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte la acción de tutela resulta procedente como mecanismo definitivo cuando “(i) 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) el asunto puesto a consideración del juez de tutela supone un problema de relevancia constitucional; y (iii) 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”.

PENSION DE VEJEZ-Reglas jurisprudenciales para la procedencia de tutela

En virtud del principio de subsidiariedad la tutela no procede para solicitar el reconocimiento de la pensión de vejez. Sin embargo, de conformidad con las subreglas elaboradas por la Corte Constitucional ésta sí resulta procedente cuando se interpone de manera definitiva si (i) la acción ordinaria resulta ineficaz; (ii) el problema planteado tiene relevancia constitucional; y (iii) el accionante ha demostrado siquiera de manera sumaria la titularidad del derecho y que ha realizado cierta actividad administrativa o judicial tendiente al reconocimiento del derecho.

PENSION DE VEJEZ-Requisitos del régimen de transición de la ley 100 de 1993 y régimen de la ley 71 de 1988

PENSION DE VEJEZ-Posibilidad de acumular tiempo de servicio a entidades estatales y cotizaciones al ISS para reunir el número de semanas necesarias para tener derecho a ella

DEBER DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DE DAR APLICACION UNIFORME DE LA JURISPRUDENCIA-Obligación de acatar el precedente judicial

DERECHO A LA PENSION DE JUBILACION-Aplicación del artículo 7 de la Ley 71/88 que permite acumulación de aportes realizados en el sector público y en el sector privado/DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL Y PROTECCION POR MEDIO DE ACCION DE TUTELA-Reiteración de jurisprudencia

La jurisprudencia uniforme ha sostenido que la falta de cotización a una Caja de Previsión Social, no es razón suficiente para no reconocer la pensión, cuando se cumplen los requisitos previstos en la Ley 71 de 1988, como en este caso. Por ello, la protección solicitada debe prosperar para garantizar el derecho a la seguridad social de la peticionaria porque: (i) las acciones previstas en la jurisdicción ordinaria o contenciosa no garantizan la eficacia de la pensión de vejez de la peticionaria; (ii) el asunto planteado tiene relevancia constitucional, porque el ISS ha incurrido en una vía de hecho al desconocer la jurisprudencia de esta Corte y del Consejo de Estado; (iii) la accionante ha probado que cumple con los requisitos de edad y tiempo de servicio para acceder a la pensión; y (iv) ha demostrado que ha adelantado la actividad necesaria para la protección de sus derechos.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL Y AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Orden a

Colpensiones reconozca y pague pensión de jubilación por aportes de la ley 71 de 1988, podrá repetir contra PAR de Telecom

Acción de tutela instaurada por María del Socorro Martínez Pacheco contra COLPENSIONES

Magistrada Ponente:

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y previo el cumplimiento de los requisitos y trámites legales y reglamentarios, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

En el proceso de revisión de las sentencias proferidas, en primera instancia, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cali, el 8 de octubre de 2012, y en segunda instancia, por la Sala Civil del Tribunal Superior de Cali el 13 de diciembre de 2013, dentro del trámite de la referencia.[1]

### I. ANTECEDENTES

María del Socorro Martínez Pacheco interpuso acción de tutela, por intermedio de apoderada contra COLPENSIONES. En su criterio, ésta entidad amenaza sus derechos a la seguridad social y al mínimo vital, porque no le ha reconocido su pensión de vejez aunque ha cumplido con los requisitos para acceder a ésta. Los hechos del caso son en síntesis los siguientes:

#### 1. Hechos

1.1. La demandante afirma que como afiliada al Instituto de Seguros Sociales (en adelante “el ISS”) cotizó al régimen de prima media con prestación definida de manera discontinua 7248 días, equivalentes a 1035 semanas.

1.2. Agregó que al momento de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, tenía 42 años, por lo cual le es aplicable el régimen de transición.[2]

1.3. Señaló que como había cumplido los requisitos para obtener su pensión le solicitó al ISS, el 26 de enero de 2009[3], el reconocimiento de su pensión. El ISS resolvió negar el otorgamiento de la prestación a través de la Resolución N° 3994, porque la entidad considera que para acceder a la pensión de vejez solo es computable el tiempo cotizado directamente al fondo de pensiones del ISS, según lo expresó en la parte motiva del acto administrativo.

1.4. La accionante indicó que el 23 de diciembre de 2010, le solicitó al ISS la corrección del total de las semanas cotizadas a esa entidad, con el fin de que fuera concedido el derecho a la pensión de vejez, que le había sido negado inicialmente.[4] Como la entidad no le dio respuesta a su nuevo requerimiento, interpuso una acción de tutela por violación al derecho de petición, la cual fue fallada de manera favorable. En cumplimiento del fallo el ISS profirió la resolución 3224 del 20 de abril de 2012, con la que confirmó la resolución 3994 de 2010. En sus consideraciones el ISS sostuvo que:

“el tiempo laborado a entidades del Estado (4.673 días) y cotizado al ISS (2575 días), es decir 1035 semanas cotizadas (...) Que por las razones expuestas no es procedente reconocerle la pensión de vejez solicitada conforme a lo establecido en el artículo 1º de la ley 33 de 1985, pues la señora María del Socorro Martínez Palacio no cuenta con veinte (20) años continuos o discontinuos a servicio del sector estatal, es decir cuenta con 12 años, 11 meses y 23 días, para un total de 667 semanas públicas (...) Que igualmente no es procedente reconocer la prestación conforme a la ley 71 de 1988 (por aportes), toda vez que los periodos laborados del 08 de febrero de 1982 al 31 de marzo de 1994 a Telecom, no fueron cotizados a una Caja de Previsión Social, es decir que solo cotizó a una Caja de Previsión y al ISS 413 semanas y dicha norma contempla 1029 semanas” (negrillas fuera del texto).

1.5. La accionante señaló que como acreditó más de veinte años de cotización, de acuerdo con la ley 71 de 1988, tiene derecho a la pensión. Agregó que actualmente que tiene 60 años de edad y se ha visto obligada a trabajar aunque se encuentra en un delicado estado de salud[5]. Solicita que se ordene al ISS reconocer la pensión de vejez desde el 30

de diciembre de 2007.

## 2. Respuesta de la entidad accionada

El ISS con sede en Cali, no contestó la tutela.

## 3. Sentencia de primera instancia

El Juzgado Segundo del Circuito de Santiago de Cali, mediante sentencia del 8 de octubre de 2012, negó la protección de los derechos de la actora, porque no acreditó la existencia de un perjuicio irremediable. Adicionalmente, argumentó que su pretensión debía ser debatida en un proceso ordinario laboral.

## 4. Impugnación

## 5. Sentencia de segunda instancia

Mediante sentencia del 13 de diciembre de 2012, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, confirmó la decisión impugnada, porque consideró que la peticionaria no había acudido a la justicia ordinaria, para que ésta decida si la negativa a conceder la pensión se encuentra ajustada a derecho. Adicionalmente, consideró que la tutela no procedía como mecanismo transitorio porque no se demostró la existencia de un perjuicio irremediable. Agregó que de las pruebas disponibles en el expediente no se había probado que la peticionaria cumplió con los requisitos legales para acceder a la pensión. Por lo anterior, el Tribunal concluyó que la peticionaria debía agotar un proceso ordinario ante la jurisdicción ordinaria laboral.

## II. Consideraciones y fundamentos

### 1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de tutela proferido dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

### 2. Problema jurídico

De acuerdo con los antecedentes expuestos, corresponde a la Sala resolver el siguiente problema jurídico: ¿vulnera una entidad (Colpensiones) los derechos fundamentales a la seguridad social y al debido proceso de una persona (la señora María del Socorro Martínez Pacheco), al negarle la pensión de vejez, argumentando que aunque tiene más de 20 años de servicios, su empleador no cotizó ante una Caja de Previsión Social?

Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, la Sala abordará en primer lugar (2.1.) el carácter de derecho fundamental del derecho a la seguridad social. En segundo lugar (2.2) se referirá a la procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar el reconocimiento y pago de pensiones. En tercer lugar (2.3) y con fundamento en las consideraciones precedentes resolverá el caso en concreto.

## 2.1. El derecho fundamental a la seguridad social.[6]

2.1.1. El derecho fundamental a la seguridad social se encuentra previsto en el texto de la Constitución. Al respecto, el artículo 48 de la Carta Política establece: “se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social”. Esta disposición también establece que la seguridad social es un “servicio público de carácter obligatorio, el cual está sujeto a “los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”.

### 2.1.2. De conformidad con el inciso segundo del artículo 93 de la Constitución

“los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. Por esta razón resulta necesario que la Corte analice el derecho a la seguridad social de conformidad con lo dispuesto en los tratados internacionales en los que Colombia es parte.

Diferentes tratados internacionales ratificados por Colombia consagran el derecho humano a la seguridad social. Si bien no se trata de tratados internacionales, la Declaración Universal de Derechos Humanos[7] y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre[8] consagran este derecho. Al respecto la Declaración Universal establece en su artículo 22 que “toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social”. A su vez el artículo XVI de la Declaración Americana consagra este derecho con el fin de que se le proteja a las personas “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”.

Estos antecedentes serían recogidos con posterioridad en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC)[9] de 1966 y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los cuales han sido ratificados por Colombia. En el PIDESC se establece en su artículo 9 “los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”. La Convención Americana a su vez establece en su artículo 26:

“los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

Esta disposición establece un reenvío a la Carta de la OEA[10], la cual establece en su artículo 45:

“los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos:

(...)

b) El trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar;

(...)

h) Desarrollo de una política eficiente de seguridad social” (subrayas fuera del texto).

Con fundamento en las disposiciones citadas, la Comisión Interamericana ha concluido que el derecho el derecho a la seguridad social y a la pensión se encuentra consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.[11]

Al igual que los tratados internacionales citados, el derecho a la seguridad social se encuentra consagrado en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales, también conocido como el “Protocolo de San Salvador”. [12] Este tratado consagra, en su artículo 19: “[t]oda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna”.

2.1.3. Las observaciones generales de los Comités de Naciones Unidas, encargados de la interpretación y vigilancia de los tratados internacionales ratificados por Colombia, constituyen una herramienta útil para determinar el alcance de los derechos consagrados en estos instrumentos y en la Constitución. Al respecto es preciso recordar que al igual que las normas sobre derechos fundamentales, por lo general los tratados internacionales sobre derechos humanos, tienen una textura abierta con un amplio grado de indeterminación. Con el fin de superar estas limitaciones la Corte Constitucional ha acudido a las observaciones generales para determinar el alcance y establecer las obligaciones del Estado colombiano respecto de los derechos al agua,[13] a la vivienda adecuada,[14] a la salud[15] y a la seguridad social.[16] También ha acudido a estas observaciones para determinar las obligaciones respecto de las personas que viven con discapacidad.[17]

En este sentido, la Corte Constitucional ha interpretado el derecho a la seguridad social de conformidad con lo dispuesto en la Observación General 19, del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Comité DESC), en el que se señaló el contenido y alcance del derecho a la seguridad social consagrado en el PIDESC.[18] De conformidad con esta Observación General el derecho a la seguridad social “incluye el derecho a no ser sometido a restricciones arbitrarias o poco razonables de la cobertura social existente, ya sea del sector público o del privado, así como del derecho a la igualdad en el disfrute de una protección suficiente contra los riesgos e imprevistos sociales”. [19]

Adicionalmente de acuerdo con el Comité DESC el derecho a la seguridad social implica tres



obligaciones: (i) respetar, (ii) proteger y (iii) cumplir. La obligación de respeto “exige que los Estados Partes se abstengan de interferir directa o indirectamente en el ejercicio del derecho a la seguridad social”. [20] La obligación de proteger “exige que los Estados Partes impidan que terceros interfieran en modo alguno en el disfrute del derecho a la seguridad social”. [21] La obligación de cumplir implica el deber del Estado de facilitar, promover y garantizar el goce y ejercicio del derecho a la seguridad social. [22]

De conformidad con la Observación General 19, los Estados partes en el PIDESC como Colombia, se encuentran obligados a garantizar una satisfacción mínima del derecho a la seguridad social. De acuerdo con el Comité ésta 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. (...)

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”. [23]

2.1.4. Con fundamento en el texto de la Constitución, y en los tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el derecho a la seguridad social es un derecho fundamental. No obstante el carácter fundamental que tiene el derecho a la seguridad social, es importante recordar que ésta Corporación en su jurisprudencia inicial le negó este carácter porque se trataba de un derecho prestacional cuyo desarrollo era de carácter progresivo. [24] Al respecto la Corte señaló en la sentencia SU-819/99 que el derecho a la salud y a la seguridad social:

“son prestacionales propiamente dichos, para su efectividad requieren normas

presupuestales, procedimientos y organización, que hagan viable el servicio público de salud y que sirvan, además, para mantener el equilibrio del sistema. La implementación de este servicio requiere, entre otros aspectos, de la creación de estructuras destinadas a atenderlos y de la asignación de recursos con miras a que cada vez un mayor número de personas acceda a sus beneficios. Por ello, en principio los derechos de contenido social, económico o cultural, no involucran la posibilidad de exigir del Estado una pretensión subjetiva”.[25]

Con fundamento en éstas consideraciones, la Corte estableció que el derecho a la seguridad social era un derecho fundamental susceptible de ser amparado a través de la acción de tutela: i) por conexidad, cuando su no reconocimiento ponía en peligro otros derechos de carácter fundamental, como la vida y la integridad personal;[26] ii) como consecuencia del desarrollo legal o administrativo éste transmutaba de un derecho prestacional a un derecho subjetivo;[27] o iii) su titular es un sujeto de especial protección constitucional.[28]

Sin embargo, la Corte ha precisado en su jurisprudencia mas reciente que no resulta razonable separar los derechos fundamentales de los derechos económicos sociales y culturales, porque en la Constitución se les otorga el carácter de fundamentales a todos los derechos. Así lo precisó la Corte desde la sentencia T-016/07 en la cual 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)”.[29]

La caracterización de los derechos económicos sociales y culturales como derechos exclusivamente prestacionales también ha sido superada por la jurisprudencia de esta Corte, entre otras razones, porque las obligaciones son similares en ambas categorías. Al respecto la Corte señaló desde la sentencia T-016 de 2007 que “los derechos civiles y políticos así como los derechos sociales, económicos y culturales son derechos fundamentales que implican obligaciones de carácter negativo como de índole positiva”. [30] Y agregó: “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)”. [31]

El derecho a la seguridad social es un ejemplo de los deberes positivos y los deberes negativos previstos para los derechos económicos, sociales y culturales. Como se señaló con anterioridad, la obligación de respetar implica, de conformidad con el Comité DESC “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”. [32] Como lo ha reconocido desde su jurisprudencia inicial éste Tribunal, la seguridad social también tiene una faceta prestacional. Así, por ejemplo la obligación de proteger, según el Comité DESC, implica por ejemplo: “la de adoptar las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias y eficaces (...) para impedir que terceros denieguen el acceso en condiciones de igualdad a los planes de seguridad social administrados por ellos o por otros”. [33]

Sin embargo, es importante advertir que tan solo los derechos subjetivos son susceptibles de ser protegidos a través de la acción de tutela. Al respecto la Corte señaló en la sentencia T-414/09:

“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 subjetivo, es decir, cuando existe una norma que prevé la prestación que se solicita y la posición jurídica de su titular, así como el responsable del cumplimiento de la obligación objeto de

protección”.[34]

En la sentencia T-414 de 2009, la Corte también reiteró como lo había hecho en otras oportunidades, que el derecho a la seguridad social también puede ser protegido por medio de la acción 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”.[35]

2.1.5. La protección del derecho a la seguridad social es consistente con el derecho internacional de los derechos humanos, que establece que éste derecho y los derechos en general deben ser protegidos por los tribunales. Así por ejemplo en el caso Acevedo Buendía contra el Estado de Perú, la Corte Interamericana se pronunció en relación con la justiciabilidad del artículo 26 de la Convención Americana que, como se señaló, consagra las obligaciones de los Estados partes, como Colombia en derechos económicos, sociales y culturales.[36] En este fallo la Corte Interamericana concluyó que las medidas regresivas en derechos económicos, sociales y culturales son justiciables ante los órganos del sistema interamericano. Para llegar a esta conclusión la Corte realizó una interpretación histórica y sistemática de la Convención Americana.[37] En este fallo este Tribunal además señaló:

“La Corte considera pertinente recordar la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello”.[38]

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al igual que la Corte Interamericana, también ha establecido que el derecho a la seguridad social se encuentra previsto por el reenvío que el artículo 26 de la Convención Americana, realiza a la Carta de la OEA, y es susceptible de ser protegido a través del sistema de quejas y peticiones individuales.[39]

En este sentido en el caso de la Asociación Nacional de ex servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estableció que “el derecho a la pensión, como parte integrante del derecho a la seguridad social, también se encuentra dentro del alcance del artículo 26 de la Convención Americana que se refiere a las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta

de la OEA".[40] Si bien la CIDH en aquella oportunidad señaló que la restricción del derecho a la pensión en el caso concreto era conforme con la Convención Americana, es preciso destacar que la Comisión Interamericana decidió el caso con fundamento en el derecho a la seguridad social, sin examinar una posible "conexidad" con un derecho civil y político.[41]

De conformidad con los precedentes citados es posible concluir que el derecho a la seguridad social y el derecho a la pensión de vejez: (i) son derechos fundamentales que se encuentra amparados en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por Colombia; (ii) pueden ser protegidos a través de la acción de tutela, cuando reúnen las características señaladas en la jurisprudencia para ser considerados como un derecho subjetivo.

## 2.2. Procedencia excepcional de la acción de tutela cuando se debate la pensión de vejez

El artículo 86 de la Constitución consagra el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, el cual es reiterado en el artículo 2591 de 1991.[42] Con respecto al asunto planteado en el presente caso, esta Corte ha señalado de manera reiterada que como regla general la acción de tutela no resulta procedente para solicitar el reconocimiento de la pensión de vejez, porque el ordenamiento jurídico ha dispuesto unos medios generales de defensa judicial, que en principio son idóneos para garantizar este derecho.[43]

La segunda excepción al principio de subsidiariedad se presenta, cuando la tutela procede, como mecanismo principal para el reconocimiento de la pensión de vejez. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte es posible garantizar el reconocimiento de la pensión de vejez cuando se presentan los requisitos previstos en la jurisprudencia constitucional. Sin embargo, antes de presentar estos requisitos es preciso advertir, como lo ha hecho esta Corporación en anteriores oportunidades, "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 trate".[45]

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte la acción de tutela resulta procedente como mecanismo definitivo cuando "(i) 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) el asunto puesto a consideración del juez de tutela supone un problema de relevancia constitucional; y (iii) 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”.[46] A continuación se presentarán y se analizarán cada uno de estos requisitos.

#### 2.2.1. Ausencia de otro medio judicial idóneo o eficaz para garantizar la pensión de vejez

Como se señaló con anterioridad, la tutela es subsidiaria por lo cual no procede si existen otros medios de defensa. Sin embargo, es importante destacar que el Decreto 2591 que reglamenta la acción de tutela, en su artículo sexto, también advierte que “la existencia de dichos medios [de defensa] será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”.

Este Tribunal constitucional ha aplicado este criterio en asuntos que plantean hechos similares al de éste caso, para concluir que la tutela procede para el reconocimiento como mecanismo principal, y no es necesario agotar el procedimiento ordinario para el reconocimiento para la pensión de vejez por ser ineficaz o inefectivo. Así por ejemplo la Corte ha advertido que cuando la acción es interpuesta por un sujeto de especial protección constitucional, como las personas de la tercera edad o en situación de discapacidad no resulta razonable exigirles que agoten el proceso ordinario.[47] En estos casos el juez constitucional deberá analizar si las circunstancias personales del actor, le impiden agotar el otro medio de defensa judicial. Al respecto, la Corte ha advertido 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”.[48]

#### 2.2.2. El asunto puesto a consideración del juez de tutela debe suponer un problema de relevancia constitucional

Para que la acción de tutela en la cual se solicita el reconocimiento de la pensión de vejez sea procedente es necesario que plantee un problema de relevancia constitucional. La

sentencia T-414 de 2009 sistematizó los criterios que ha desarrollado la Corte para establecer si el reconocimiento de una pensión plantea un problema de relevancia constitucional. De conformidad con éste fallo, esto ocurre cuando:

“(i) del conjunto de condiciones objetivas en las cuales se encuentra el accionante, por ejemplo, su edad avanzada[49], su estado de salud, su precaria situación económica,[50] se concluye que se encuentra en una circunstancia de debilidad manifiesta.[51] 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 discriminación[52]; (ii) se verifica la grave afectación de otros de derechos fundamentales como la vida digna, la salud, el mínimo vital y el debido proceso[53] (...); 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 social”.[54]

En el presente caso, se debate la falta de reconocimiento de la pensión de vejez de la peticionaria, a la cual tendría derecho de conformidad con el régimen de transición. Al respecto la jurisprudencia de ésta Corporación ha señalado de manera reiterada que el desconocimiento del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 constituye una vía de hecho susceptible de ser amparada por medio de la acción de tutela.[55] Así por ejemplo en la sentencia T-571 de 2002 la Corte estableció que se configura una vía de hecho:

“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”.[56]

Esta subregla fue aplicada en la sentencia T-571/02, porque no se observaron las normas legales aplicables a una funcionaria, a quien se le aplicaba el régimen de transición y el régimen especial previsto para los empleados de la Rama Judicial.

De manera similar, esta Corte ha establecido que la exigencia de requisitos no establecidos en la ley a los beneficiarios del régimen de transición previsto para los empleados de la Rama Judicial constituye una vía de hecho. Al respecto, en la sentencia T-621 de 2006, la Corte estableció que la exigencia de requisitos no se encuentran previstos legalmente, como la cotización de veinte años de servicio en el sector público, constituyen una vía de hecho contra la cual puede ser protegida a través de la acción de tutela.[57] En aquella oportunidad ésta Corporación concluyó “ante el manifiesto desconocimiento por parte de la entidad demandada del ordenamiento aplicable para el reconocimiento y pago de las pensiones de jubilación de los beneficiarios del régimen de transición, se impone la protección de los derechos fundamentales de la demandante”.[58] Al respecto esta Corte señaló: “ante el manifiesto desconocimiento por parte de la entidad demandada del ordenamiento aplicable para el reconocimiento y pago de las pensiones de jubilación de los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, se impone la protección de los derechos fundamentales, como se ha dispuesto para casos análogos al presente”.[59]

El precedente fijado en el caso anterior fue reiterado en la sentencia T-529 de 2007, en la cual se estableció que la entidad demandada había negado la pensión del actor de manera injustificada, al concluir erróneamente que no le era aplicable el régimen de transición.[60]

En esta decisión la Corte estableció que el desconocimiento del régimen de transición constituía una vía de hecho que violaba el derecho al debido proceso del peticionario.[61] Al respecto la Corte advirtió que “ante el manifiesto desconocimiento por parte de la entidad demandada del ordenamiento aplicable para el reconocimiento y pago de las pensiones de jubilación de los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, se impone la protección de los derechos fundamentales, como se ha dispuesto para casos análogos al presente”.[62] Y advirtió citando la sentencia T-621/06: “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”.[63]

En la sentencia T-174/08, la Corte reiteró el precedente fijado en las ya citadas decisiones de tutela T-621/06 y T-529/07.[64] El caso se refería a una persona que había cumplido los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993. Al advertir que el demandante había cumplido los requisitos previstos en dicha ley, así como en la Ley 33 de 1985 para que se consolidara su derecho a la pensión de vejez, este Tribunal constitucional advirtió:

“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”.[65]

Estas reglas fueron confirmadas en la sentencia T-414/09 en la cual la Sala Tercera de Revisión estudió una tutela interpuesta contra el Instituto de Seguro Sociales, por una persona a la cual se le había negado su pensión de vejez de manera injustificada, porque la entidad consideró erróneamente que no le era aplicable el régimen de transición. Al respecto la Corte estableció:

“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 sustantivo.

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”.[66]

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,[67] 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 jurisprudencia constitucional además ha establecido de manera reiterada que no es necesario que se demuestre una afectación al mínimo vital del accionante para que se proteja el derecho a la seguridad social y se reconozca su pensión de vejez.[68] En la sentencia T-450 de 2010, la Corte tuteló el derecho al debido proceso del actor al que le habían negado su pensión de vejez, porque no le habían reconocido el tiempo cotizado como dependiente, sin considerar si se había afectado el derecho fundamental al mínimo vital.[69]

Este precedente fue reiterado en la sentencia T-011/12, en la cual la Corte estableció que el no reconocimiento por el Seguro Social de la pensión de vejez del actor, configuraba una vía

de hecho. En aquella oportunidad este Tribunal estableció: “en este caso, la negativa en el reconocimiento de la pensión de vejez reclamada por el actor, se basó en una vía de hecho administrativa, motivo por el cual, no es necesario demostrar la afectación del mínimo vital”. [70]

2.2.3. Prueba de la titularidad del derecho exigido y de que se ha desplegado cierta actividad administrativa o judicial tendiente a obtener la protección invocada

La jurisprudencia de esta Corte ha señalado de manera reiterada 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 consecuencia”. [71]

En la sentencia T-729 de 2008 la Corte explicó los objetivos de este requisito. En aquella oportunidad esta Corporación señaló:

“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. [72]

En resumen, en virtud del principio de subsidiariedad la tutela no procede para solicitar el reconocimiento de la pensión de vejez. Sin embargo, de conformidad con las subreglas elaboradas por la Corte Constitucional ésta si resulta procedente cuando se interpone de manera definitiva si (i) la acción ordinaria resulta ineficaz; (ii) el problema planteado tiene relevancia constitucional; y (iii) el accionante ha demostrado siquiera de manera sumaria la titularidad del derecho y que ha realizado cierta actividad administrativa o judicial tendiente al reconocimiento del derecho.

2.3. Caso concreto.

Como se señaló con anterioridad, el problema jurídico de este caso se refiere a la posible violación de los derechos fundamentales a la seguridad social y al debido proceso de la peticionaria, por parte de Colpensiones por negarle su pensión de vejez porque su empleador, Telecom, no realizó las cotizaciones para completar las semanas requeridas para adquirir su derecho.

Sin embargo, antes de estudiar la procedibilidad de la tutela es necesario hacer una precisión. El análisis de la Corte partirá de que la peticionaria tiene 1035 semanas de servicio, tal como lo reconoció el ISS en la Resolución 3224 del 2012.[73] Según este acto administrativo la peticionaria cotizó a “una Caja de Previsión y al ISS 413 semanas”. Sin embargo, la misma resolución advierte que durante el periodo comprendido, entre el 8 de febrero de 1982 al 31 de marzo de 1994, en el que la accionante laboró en Telecom no se cotizó a una Caja de Previsión Social.[74] La peticionaria se ha apoyado en esta resolución para solicitar su derecho, por lo cual no existe controversia entre las partes acerca del número de semanas en que ésta prestó sus servicios.

Siguiendo los precedentes citados para establecer si la presente acción es procedente la Corte analizará (2.3.1) si la acción ordinaria resulta eficaz para proteger el derecho; (2.3.2) si el problema planteado tiene relevancia constitucional; y (2.3.3) si la accionante ha demostrado siquiera de manera sumaria la titularidad del derecho y que ha realizado cierta actividad administrativa o judicial tendiente al reconocimiento del derecho.

#### 2.3.1. Ausencia de otro medio judicial idóneo y eficaz para garantizar la pensión de vejez.

Para establecer si un medio de defensa desplaza a la tutela debe determinarse en primer lugar que es idóneo y en segundo lugar que es eficaz. Para concluir que un medio es idóneo la jurisprudencia de la Corte, ha señalado que el juez debe analizar si existe otro medio de defensa previsto en el ordenamiento jurídico que permita proteger los derechos fundamentales que se encuentran amenazados.[75]

La tutela, “sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza por virtud de una conducta positiva o negativa de una autoridad pública o de particulares en los casos

señalados por la ley” (subrayado fuera del texto). Esto ha llevado a la doctrina constitucional a afirmar “que la eficacia del otro medio de defensa judicial existente está relacionada con la protección oportuna del derecho, mientras la idoneidad se refiere a la protección adecuada del mismo”. [76]

En el presente caso la peticionaria tiene a su disposición otros medios de defensa judicial, en la jurisdicción de lo contencioso administrativo o en la jurisdicción ordinaria, con los cuáles podría lograr que se declare que tiene derecho a su pensión de vejez. La peticionaria tiene 60 años, sufre de hipotiroidismo y fibromialgia. [77] Sin embargo, debido a sus malas condiciones de salud, se ha visto obligada a trabajar, para garantizar su subsistencia, aunque cumple con los requisitos de su pensión de vejez, como se señalará en los párrafos subsiguientes. Bajo estas circunstancias, la Sala considera que no resulta exigible agotar otro medio de defensa, teniendo en cuenta que ello implicaría prolongar el reconocimiento del derecho a la seguridad social, de tal manera que se amenazaría su derecho al mínimo vital.

### 2.3.2. El asunto puesto a consideración supone un problema de relevancia constitucional

Para establecer si el asunto puesto a consideración supone un problema de relevancia constitucional, se debe establecer en primer lugar si la peticionaria es beneficiaria del régimen de transición, porque de ser así su desconocimiento configuraría una vía de hecho. En segundo lugar, se analizará si el hecho de que Telecom, no hubiese realizado los aportes a Caprecom constituye una razón suficiente para negar la pensión de la peticionaria. Y en tercer lugar, la Corte deberá determinar si el hecho de que la peticionaria se encuentre trabajando es un argumento suficiente para restarle relevancia constitucional al asunto planteado.

#### 2.3.2.1. Cumplimiento de los requisitos previstos en la Ley 100 de 1993 y en el Acto Legislativo 01 de 2005 para acceder al régimen de transición

Para determinar si en el presente caso resulta aplicable el régimen de transición, es necesario establecer si la peticionaria cumple con los requisitos previstos, en la Ley 100 de 1993 “por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones” y en el Acto Legislativo 01 de 2005 “por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política”, para acceder a dicho régimen.

De conformidad con el artículo 36 de la Ley 100, para ser beneficiario del régimen de transición, es necesario acreditar que al momento de entrar en vigencia esta norma, es decir al primero de abril de 1994, la accionante tenía 35 años o más. La peticionaria tenía en esa fecha 42 años.[78]

Además en el Acto Legislativo 01 de 2005 “Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política”, se estableció la prohibición de extender el régimen de transición a quienes eran beneficiarios del mismo, más allá del 31 de julio de 2010. Sin embargo, consagró que si sería aplicable el régimen de transición para aquellas personas que al momento de entrar en vigencia el Acto Legislativo, ya tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente.[79] En el presente caso se encuentra acreditado que la peticionaria tiene cotizadas más de 1035 semanas a agosto de 2002, (con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto legislativo), tal como se encuentra acreditado en la Resolución 3324 del 20 de abril de 2012.[80]

La peticionaria solicitó la aplicación de la Ley 71 de 1988,[81] la cual permite la acumulación de aportes realizados en el sector público y en el sector privado. Al respecto, esta Corte señaló en la sentencia C-623 de 1998,[82] en la cual se estudió la exequibilidad de algunas disposiciones de esta ley que habían sido demandadas:

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

2.3.2.2. El hecho de que la peticionaria no haya cotizado durante 12 años a una Caja de Previsión Social no es razón suficiente para negar la pensión de vejez.

El artículo 7 de la Ley 71 de 1988 “Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones”, establece que quienes acrediten “veinte (20) años de aportes

sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer”.

Con fundamento en la disposición citada, el ISS señaló que no era posible reconocer como tiempo computable para acceder a la pensión el periodo que la peticionaria laboró en Telecom del 8 de febrero de 1982 al 31 de marzo de 1994, porque no fueron cotizados a una Caja de Previsión Social.[83] Aunque el ISS no lo menciona expresamente su razonamiento se encuentra conforme con el artículo 5° del Decreto 2709 de 1994, que estableció: “No se computará como tiempo para adquirir el derecho a la pensión de jubilación por aportes, (...) el laborado en entidades oficiales de todos los órdenes cuyos empleados no aporten al sistema de seguridad social que los protege”.

Sin embargo, en jurisprudencia reiterada, el Consejo de Estado ha advertido que la falta de cotización a una Caja de Previsión Social, no es una razón suficiente para no reconocer la pensión, cuando se cumplen los requisitos previstos en la Ley 71 de 1988.[84] Este Tribunal además ha inaplicado el citado artículo 5 del Decreto 2709 de 1994, por considerar que el derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable que no debe depender de los aportes realizados por el empleador, sino del tiempo laborado por el empleado.[85]

“La norma condiciona el cómputo del tiempo laborado al hecho de que el trabajador lo haya cotizado a través del Instituto de Seguros Sociales o laborado a entidades públicas que aporten al Sistema de Seguridad excediendo lo establecido por la Ley. Tal exigencia, además de desbordar las previsiones de la Ley 71 de 1988, afecta los derechos adquiridos del trabajador a quien sólo se le debe tener en cuenta el tiempo laborado independientemente de la entidad a la que haya aportado pues, en los casos de las entidades públicas, eran éstas quienes asumían la carga pensional. Por tales razones se impone su inaplicación. No es de recibo el argumento del ISS relacionado con que los tiempos laborados en entidades públicas que no descontaban aportes para pensiones sean excluidos para efectos del reconocimiento de la pensión establecida en la Ley 71 de 1988, porque era la entidad la que exoneraba a sus empleados de dicha carga precisamente por asumir éstas el pago de la prestación, es decir, que la falta de aportes no es imputable al

empleado. La razón de inexistencia de aportes a Cajas de Previsión o Fondos Públicos tampoco afecta la financiación del pago de la pensión pues, en ese caso, es la entidad pública la que está en la obligación de asumir el pago de los mismos por el tiempo que haya durado la vinculación laboral, ya sea a través de bono pensional o cuota parte”.[88]

Igualmente, este Tribunal Constitucional ha establecido que para determinar si una persona reúne los requisitos para pensionarse previstos en la Ley 71 de 1988, no es necesario que haya realizado aportes a una Caja de Previsión, porque si acredita la edad y el tiempo de servicios previsto en el artículo 7 bastará para que tenga derecho a su pensión de vejez. Así por ejemplo en la sentencia T-365/10, en la que se estudió una tutela en la que el ISS resolvió que no resultaba aplicable la Ley 71 de 1988, por no haber cotizado en una Caja de Previsión antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones se señaló:

“(i) las personas se encuentran afiliadas al sistema de seguridad social y por tanto los requisitos que se impongan para acceder a los beneficios de la seguridad social se cumplen ante el sistema no ante entidades u órganos que lo compongan y (ii) en virtud del principio de favorabilidad laboral y con el fin de garantizar el derecho constitucional a la seguridad social, es viable reconocer la pensión por acumulación de aportes a quien acredite veinte (20) años de servicios o de cotizaciones en el sector público y privado, incluyendo para tal efecto el tiempo laborado, incluso durante el lapso en que no se realizaron aportes a ninguna caja de previsión”.[89]

De igual manera, en la sentencia T-543 de 2012,[90] la Sala Quinta de Revisión de esta Corte estableció en un caso que el actor tenía derecho a su pensión de vejez, porque cumplía los requisitos previstos en la Ley 71 de 1988. Y advirtió que la exigencia de acumular aportes previsto en el artículo 5 del Decreto 2709 “desborda las previsiones de la ley afectando los derechos adquiridos de los trabajadores a quien se les debe tener en cuenta el tiempo laborado independientemente de que la entidad haya aportado o no, razones que imponen su inaplicación en el presente caso”.[91]

Al respecto es preciso recordar que la Corte ha establecido en su jurisprudencia la obligatoriedad que tienen las autoridades administrativas de aplicar los precedentes del Consejo de Estado y de este Tribunal Constitucional, tal como se estableció en la sentencia T-998/12,[92] en la que sistematiza la jurisprudencia sobre este punto y que la Sala reitera.



En aquella oportunidad la Corte recordó que desde la sentencia C-836/01 se superó el debate constitucional sobre el deber de respeto por el precedente, afirmando el valor vinculante de la jurisprudencia con fundamento en: (i) una interpretación extensiva de la expresión “imperio de la ley” prevista en el art. 230 de la Constitución[93] y (ii) el principio de igualdad. Con posterioridad a esta sentencia de constitucionalidad, tal como se recordó en la sentencia T-988/12, la jurisprudencia ha fundamentado el respeto al precedente en el principio de buena fe que debe caracterizar las relaciones entre ciudadanos y autoridades, y en el principio de unidad del ordenamiento jurídico.

El Instituto de Seguros Sociales desconoció los precedentes citados. Esta entidad a través de la Resolución N° 3224 estableció que la peticionaria María del Socorro Martínez Pacheco no reunía los requisitos previstos en la Ley 71 de 1988, debido a que cuando trabajó en Telecom del 08 de febrero de 1982 al 31 de marzo de 1994 no cotizó a una Caja de Previsión ni al ISS. Como lo han advertido la jurisprudencia de esta Corte y la del Consejo de Estado, hacer este tipo de exigencias no tiene sustento constitucional ni legal, por lo cual se configura en el presente caso una vía de hecho administrativa.

Si bien la jurisprudencia de esta Corte ha sostenido que la falta del pago de los aportes no es una razón suficiente para negar la pensión de vejez, éste Tribunal Constitucional, también ha advertido en casos similares al presente, que los fondos de pensiones pueden repetir contra los empleadores, que debían asumir la pensión, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

En las sentencias T-286/08[94] y T-479/13[95], la Corte estudió dos casos en los cuales se solicitaba la indemnización sustitutiva, pero los administradores de los fondos de pensiones se negaban a reconocerlas, por la falta de cotizaciones realizadas por los empleadores durante el periodo anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. De estas sentencias, resulta relevante destacar para el caso en concreto, que los solicitantes de la indemnización, habían laborado en entidades estatales, que no efectuaron las respectivas apropiaciones pensionales. La Corte ordenó a la administradora de los fondos de pensiones reconocer las indemnizaciones sustitutivas, y estableció que estas entidades, podrían repetir contra los empleadores.

En este sentido, en la sentencia T-479/13, después de establecer que Caprecom debía

pagar la indemnización sustitutiva a la pensión de vejez al peticionario, la Sala señaló que dicha entidad debía repetir contra el PAR de Telecom, para el pago de los aportes correspondientes. Aunque advirtió que no podía supeditar el pago de la prestación, a la cancelación de los mismos.

2.3.2.3. El hecho de que la peticionaria esté trabajando no desvirtúa la relevancia constitucional del caso ni la procedencia de la acción de tutela.

Si bien la peticionaria se encuentra trabajando, esto no es razón suficiente para impedir que la tutela prospere. Así lo ha advertido de manera reiterada la jurisprudencia de ésta corporación. En este sentido, la Corte estableció desde la sentencia T-1284 de 2001[96] que la tutela resulta procedente, aunque la persona que solicita la protección constitucional se encuentre laborando.[97] Este criterio fue reiterado en las sentencias T-631/02[98] y T-621/06.[99]

Al contrario de lo señalado por el ISS, la peticionaria si ha probado la titularidad del derecho previsto en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988. En efecto, de conformidad con los medios de prueba la accionante prestó sus servicios en el sector privado y en el sector público por lo cual resulta aplicable el régimen establecido en esta disposición. Adicionalmente, las partes, coinciden en que María del Socorro Martínez tiene acreditados 20 años de servicio (1035 semanas), con lo cual cumple el requisito previsto en esa norma. Tiene además más de 55 años, por lo cual también cuenta con la edad requerida para obtener su derecho a la pensión de vejez.

Adicionalmente, ha sido diligente para reclamar su derecho a la pensión de vejez, para obtener la protección de su derecho fundamental a la seguridad social. La actora solicitó desde el 26 de enero de 2009, a la Oficina del ISS con sede en Tuluá, el reconocimiento de su pensión de vejez, como esta solicitud no fue contestada, interpuso una acción de tutela por violación a su derecho fundamental de petición, la cual fue fallada de manera favorable, el 27 de abril de 2010, por el Juzgado Primero de Familia de Tuluá. En cumplimiento de este fallo el ISS, el 30 de abril de 2010 emitió la Resolución 3994, en la cual indicó que a la accionante, no era factible aplicarle el régimen de transición porque solo había cotizado 892 semanas al Sistema de Seguridad Social, al momento de entrar en vigencia la ley.

El 23 de diciembre de 2010, solicitó la reactivación de su expediente para acceder a la

pensión de vejez, porque en la anterior resolución no se habían considerado las semanas que cotizó a través del empleador Sociedad Andina de los Grandes Almacenes, entre el 13 de marzo de 1972 y el 31 de julio de 1974. Como el ISS no contestó, la peticionaria debió interponer una nueva acción de tutela, la cual fue fallada de manera favorable por el Juzgado Veintitrés (23) Penal del Circuito, el 13 de julio de 2011, señalándose que el ISS había violado el derecho de petición de la actora. En respuesta, el ISS resolvió a través de la Resolución 3224 del 20 de abril de 2012, negar la pensión de vejez de la peticionaria, prevista en la Ley 71 de 1988, porque desde el 28 de febrero de 1982 al 31 de marzo de 1994 no cotizó en una Caja de Previsión Social.

El anterior recuento demuestra que con respecto al caso de la señora Martínez Pacheco, el Instituto de Seguros Sociales fue negligente en el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales, porque desconoció su deber de responder de manera oportuna los derechos de petición interpuestos por la peticionaria, a tal punto que ésta debió acudir en dos ocasiones a la administración de justicia para que la entidad contestara las solicitudes de pensión. Pero además las resolvió negativamente argumentando que pese al tiempo de servicio, no podía reconocer su pensión por no haber cotizado para una Caja de Previsión Social.

Sin embargo, la jurisprudencia uniforme ha sostenido como ya se dijo, que la falta de cotización a una Caja de Previsión Social, no es razón suficiente para no reconocer la pensión, cuando se cumplen los requisitos previstos en la Ley 71 de 1988, como en este caso. Por ello, la protección solicitada debe prosperar para garantizar el derecho a la seguridad social de la peticionaria porque: (i) las acciones previstas en la jurisdicción ordinaria o contenciosa no garantizan la eficacia de la pensión de vejez de la peticionaria; (ii) el asunto planteado tiene relevancia constitucional, porque el ISS ha incurrido en una vía de hecho al desconocer la jurisprudencia de esta Corte y del Consejo de Estado; (iii) la accionante ha probado que cumple con los requisitos de edad y tiempo de servicio para acceder a la pensión; y (iv) ha demostrado que ha adelantado la actividad necesaria para la protección de sus derechos.

### 2.3. Órdenes y conclusiones

En consecuencia, esta Sala revocará los fallos de instancia y le ordenará a

Colpensiones,[100] que garantice el derecho a la seguridad social, reconociendo la pensión de vejez prevista en la Ley 71 de 1988. Teniendo en cuenta que la peticionaria adquirió su derecho el 30 de diciembre de 2007, porque en esa fecha cumplió cincuenta y cinco (55) años, y para ese entonces ya tenía más de mil semanas cotizadas se ordenará a la entidad que le reconozca a la peticionaria el pago de las mesadas desde esa fecha.

Cabe precisar que las mesadas pensionales correspondientes al periodo comprendido entre el 30 de diciembre de 2007 y el 30 de diciembre de 2010 no se encuentran prescritas. Inicialmente podría pensarse que éstas se encuentran prescritas, porque a la fecha se han cumplido más de tres años desde que se adquirió el derecho. Sin embargo la peticionaria, se dirigió desde el veintiséis (26) de enero de 2009 al Instituto de Seguros Sociales, para reclamar su pensión de vejez, con lo cual se interrumpió el término de prescripción de tres años, previsto en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo.[101] En esas circunstancias, la Sala estima que la prescripción se debe considerar interrumpida, desde el momento en que se presentó la solicitud del reconocimiento de la pensión, hasta el veinte (20) de abril de 2012, cuando el ISS profirió la Resolución 3994 de 2010, en la cual se decidió denegar el derecho. De lo contrario, la peticionaria se vería obligada a soportar las consecuencias del tiempo que la administración se demoró para resolver sus solicitudes, desconociendo los principios constitucionales de eficacia y celeridad que deben regir las actuaciones administrativas.

Como la peticionaria trabajó en Telecom entre el 8 de febrero de 1982 y el 31 de marzo de 1994, y durante este tiempo la entidad no realizó aportes para pensión, Colpensiones deberá repetir contra el Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom o quien haga sus veces, para que pague la cuota parte que le corresponde en dicha pensión. Pese a ello, no podrá supeditar el cumplimiento de las órdenes de tutela, al pago de la cuota parte o a la emisión del bono pensional.

### III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR las sentencias proferidas en primera instancia por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bogotá, el 8 de octubre de 2012, y en segunda instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el 13 de diciembre de 2012, las cuales declararon improcedentes la acción. En su lugar conceder el amparo para proteger el derecho a la seguridad social y al debido proceso administrativo de María del Socorro Martínez Pacheco.

Segundo.- ORDENAR a COLPENSIONES que en el término de ocho (8) días contados a partir de la notificación de este fallo, reconozca la pensión de jubilación por aportes de la Ley 71 de 1988 a que tiene derecho María del Socorro Martínez Pacheco, y proceda a liquidarla y pagarla, desde el 30 de diciembre de 2007, en un término no superior a un (1) mes calendario.

Tercero.- Solicitar a la Defensoría del Pueblo, y a la Procuraduría General de la Nación apoyar, acompañar y vigilar el pleno cumplimiento de lo determinado en el presente fallo, de ser necesario, con el fin de garantizar la efectividad de los derechos aquí protegidos.

Cuarto.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO A

LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ

A LA SENTENCIA T-477/13

Referencia: Expediente T-3843397

Asunto: Acción de tutela instaurada por María del Socorro Martínez Pacheco contra Colpensiones

Magistrada Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte, en esta ocasión me permito aclarar el voto en torno a las consideraciones sobre la relación entre derechos fundamentales y derechos sociales, económicos y culturales (DESC), presentes en la sentencia.

Con base en respetables precedentes de la Corte Constitucional, la providencia toma partido en la discusión nacional e internacional sobre la equivalencia entre derechos fundamentales y DESC, para advertir que todos los derechos son fundamentales, por lo que no es necesario distinguirlos en categorías. Así, en este caso, en la sentencia se afirma que:

“la caracterización de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos exclusivamente prestacionales también ha sido superada por la jurisprudencia de esta Corte, entre otras razones, porque las obligaciones son similares en ambas categorías.”

De esta manera, no es posible ignorar que, desde hace varios años[102], existe una fuerte posición respecto de que la histórica categorización de los derechos en civiles y políticos, por un lado, y económicos, sociales y culturales, por otro, es obsoleta y ha sido superada.

Es más, la Corte ha construido una importante línea jurisprudencial basada en la ampliación de la fundamentalidad de los derechos constitucionales con el fin de procurar su amparo por vía de la acción de tutela -premisa que considero acertada-, sin embargo, aunado a lo anterior y como consecuencia de lo mismo, se ha precisado que no es razonable clasificar en tipos distintos a los DESC y a los derechos fundamentales, dado que ambos se conciben como garantías especialmente protegidas por la Constitución, y por ende todos los derechos que se hallen en esta Norma Superior se deben identificar como fundamentales, sin necesidad de realizar otro tipo de distinciones entre ellos[103]

En mi criterio, esta última parte de la tesis es falaz, ya que ciertamente existen elementos distintivos y característicos propios de cada una de estas categorías, que hacen esencial su diferenciación, sin llegar a negar el carácter fundamental en todos ellos. Aunque no se pretende agotar la discusión en este espacio, si me gustaría dejar de presente ciertos puntos que permitan evidenciar que no se trata de un debate superado.

Por un lado, es dable resaltar que fue la Constitución Política de 1991 la que instituyó en Colombia la referida clasificación, no sólo con fines puramente académicos sino que le otorgó claramente efectos jurídicos, y las diferencias estructurales y funcionales que dieron lugar a dicha decisión del Constituyente, no han desaparecido.

En una parte de la doctrina se ha considerado imperativo conservar el concepto de derechos sociales, sin negar que en ciertos casos ellos puedan ser concebidos, bajo circunstancias específicas, como fundamentales. Víctor Abramovich y Christian Courtis, son autores que aunque reconocen la fundamentalidad de todos los derechos, explican la necesidad de conservar la distinción entre los DESC y los derechos civiles y políticos, diferencia que, consideran, debe ser concebida como “relativa”, en la medida en que se identifican niveles de las obligaciones del Estado que son comunes en ambas categorías[104].

Fundamentalmente, la argumentación se centrará en una cuestión cardinal para dejar en evidencia las incompatibilidades propias de la estructura de los dos tipos de derechos, sin dejar de reconocer que son coincidentes en ciertas situaciones. Así, se pasa a explicar el tipo de obligaciones que se derivan, en la mayoría de los casos, de cada uno de ellos y la manera de hacerlos exigibles.

En este orden de ideas, es imperativo denotar que, por regla general, en la protección de los derechos fundamentales se generan obligaciones negativas en cabeza del Estado, mientras que para el caso de los DESC, su garantía implica prestaciones positivas -que generan un despliegue del presupuesto estatal-. Así, los derechos fundamentales no requieren desarrollo posterior al mismo mandato superior que los consagra para ser exigibles por un ciudadano, mientras que los DESC son justiciables siempre que sean desarrollados por vía legislativa, pues es por medio de la ley que se reconocen las acciones positivas que se derivan de la garantía prevista en un precepto constitucional, y que se ponen en cabeza de una persona, las prestaciones específicas que puede exigir al aparato estatal.[105]

A modo de ejemplo de lo previamente expuesto, se procede a comparar las actuaciones requeridas por el Estado para el amparo del derecho a la libertad frente a las necesarias para proteger el derecho a la seguridad social. En el primer caso se genera para el aparato estatal, entre otras, la obligación de abstenerse de detener arbitrariamente a un ciudadano. Por el otro lado, el amparo del derecho a la seguridad social requiere un desarrollo legislativo que precise las obligaciones que tiene el Estado colombiano en relación con el mismo y, en esta medida, el ciudadano podrá reclamar su derecho siempre y cuando se trate de prestaciones a las que el aparato estatal ha quedado con el deber de reconocer - la pensión de vejez-.

Para terminar, es igualmente importante resaltar el hecho que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales hace referencia al principio de progresividad que es propio de los derechos prestacionales, que -por lo general - no se predica de los derechos civiles y políticos o fundamentales.

De este modo, la previa configuración legislativa y el desarrollo progresivo son notas distintivas que implican una diferente aproximación de los operadores jurídicos en el momento de decidir sobre la justiciabilidad de los DESC.

Por consiguiente, más allá de compartir el sentido de la decisión, me aparto de la tesis sostenida en el fallo, referente a la asimilación conceptual entre los DESC y los derechos fundamentales, pues, en mi criterio, según lo expuesto, aunque la Corte haya ampliado la fundamentalidad de los derechos a los DESC, esto no puede implicar que las claras



diferencias operativas y funcionales entre las categorías de derechos dejen de existir.

Fecha ut supra,

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

[1] El expediente de la referencia fue escogido para revisión por medio del Auto del quince (15) de abril de dos mil trece (2013), proferido por la Sala de Selección Número Cuatro.

[2] Para demostrar su edad la peticionaria presentó copia de su cédula de ciudadanía que encuentra en el folio 11 del expediente.

[3] Al respecto el Juzgado Primero de Familia señaló en una acción de tutela interpuesta por la accionante “Constata el despacho que la señora María del Socorro Martínez Pacheco el día 26 de enero de 2009, elevó ante el Instituto de Seguros Sociales, Seccional Valle del Cauca, una solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez, que según su criterio tiene derecho al llenar las exigencias legales, pero ha transcurrido más de cuatro meses sin que el Instituto de los Seguros Sociales, Seccional Valle del Cauca se haya pronunciado al respecto”. Juzgado Primero de Familia, sentencia de tutela, 27 de abril de 2012. (Cuaderno 1 folio 21).

[4] Instituto de Seguros Sociales, Resolución 3994 de 2010, folios 25 a 27.

[5] La peticionaria afirmó que tiene hematuria, una enfermedad de la vesícula biliar, hernia umbilical e hipotiroidismo. Folios 3 y 4.

[6] Para elaborar esta sección del fallo se ha seguido en lo pertinente la sentencia T-414/09 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

[8] Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, abril de 1948.

[9] Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Éste tratado fue ratificado por Colombia a través de la Ley 74 de 1968 “Por la cual se aprueban los “Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y

Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación Unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966”.

[10]Aprobada por medio de la ley 1 de 1951, “por medio de la cual se aprueba la Carta de la Organización de Estados Americanos, suscrita en Bogotá en 1948” Reformada por el Protocolo de Buenos Aires de 1967, aprobada por medio de la ley 15 de 1969, “por la cual se aprueba el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de Estados Americanos, suscrita en Buenos Aires el 27 de febrero de 1967”.

[11] Después de citar las normas ya referidas de la Carta de la OEA y la Convención Americana, la Comisión Interamericana señaló en el caso Asociación Nacional de ex servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y Otras: “En ese sentido, la Comisión concluye que el derecho a la seguridad social constituye una de las normas económicas y sociales mencionadas en el artículo 26 de la Convención Americana y, en ese sentido, los Estados partes se encuentran en la obligación de procurar el desarrollo progresivo de ese derecho”. CIDH, Informe No. 38/09, Asociación Nacional de ex servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y Otras, caso 12.670, admisibilidad y fondo, Perú, 27 de marzo de 2009, párr. 133.

[12] Suscrito en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988.Ratificado por Colombia a través de la ley 319 de 1996.

[13] Ver entre otras la sentencia T-270 de 2007 en la que la Corte se refirió al contenido del derecho al agua tal como se encuentra previsto en la Observación General 15 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. M.P.: Jaime Araujo Rentería, fundamento jurídico 4. En sentido similar ver la sentencias: T-546/09 (MP. María Victoria Calle Correa, T-614/10 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

[14] Ver entre otras la Sentencia T-986 de 2012 en la que ésta Corte se refiere a las Observaciones Generales número 4 y 7 sobre el derecho a la vivienda del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, fundamentos jurídicos, 2.3.3 y 2.3.4. En sentido similar ver las sentencias: T-657/10 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio) y T-191/11 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

[15] Así por ejemplo en la sentencia T-760/08, se hace referencia a la Observación General No 14 sobre el derecho a la salud dictada por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, para establecer cuáles son las obligaciones que se desprenden del derecho a la salud. (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), fundamento jurídico 3.4

[16] Ver entre otras sentencias: T- 293 de 2011 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva); T-414/09 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

[17] Ver entre otras la sentencia T-427 de 2012 (MP. María Victoria Calle Correa) en la que la Corte se refiere a la Observación General Número 5 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas.

[18] Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General No 19 El derecho a la seguridad social (artículo 19) aprobada el 23 de noviembre de 2007, en el 39º periodo de sesiones. Al respecto ver entre otras las sentencias: T-414/09 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva), T-651/09 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva), T-658/12 (MP. Humberto Sierra Porto).

[19] Ibídem, Observación General No 19, párr. 9.

[20] Ibídem, párr. 44.

[21] Ibídem, párr. 45.

[22] Ibídem, párr. 47.

[23] Ibídem, párr. 37.

[24] Cfr. Sentencia SU-819/99 (MP. Álvaro Tafur Galvis), fundamento jurídico 3.1.1. Sentencia T-662 de 2006 (MP. Rodrigo Escobar Gil).

[25] Sentencia SU-819/99 (MP. Álvaro Tafur Galvis), fundamento jurídico 3.1.1.

[26] Así por ejemplo, en la sentencia T-516 de 1993 (MP. Hernando Herrera Vergara) la Corte señaló: “el derecho a la seguridad social no está consagrado expresamente en la Constitución como un derecho fundamental Sin embargo, este derecho establecido en forma genérica en el artículo 48 de la Constitución, y de manera específica respecto de las

personas de la tercera edad (CP. art. 46, inciso 2o.), adquiere el carácter fundamental cuando, según las circunstancias del caso, su no reconocimiento tiene la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida, la dignidad humana, la integridad física o moral o el libre desarrollo de la personalidad de las personas de la tercera edad”.

[27] Al respecto la Corte advirtió en la sentencia T-662 de 2006 (MP. Rodrigo Escobar Gil): “En relación con la transmutación del derecho prestacional en derecho subjetivo, esta Corporación ha sostenido que, en principio, tales derechos [prestacionales] 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 le 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”. Acerca de éste criterio se pueden ver las sentencias: T-207/95 (MP. Alejandro Martínez Caballero), T-042/96 (MP. Carlos Gaviria Díaz), SU-819/99 (MP. Álvaro Tafur Galvis).

[28] Al respecto la Corte señaló en la sentencia T-292/95 (MP. Fabio Morón Díaz): “Para la Corte es necesario reiterar que la pensión de invalidez y su equivalente, la sustitución pensional, son medidas de justicia social a favor de personas que se encuentran en situaciones de involuntaria e insufrible necesidad o, que por circunstancias de debilidad manifiesta, de carácter económico, físico o mental, requieren un tratamiento diferencial positivo y protector, con el fin de recibir un trato digno e igualitario en la comunidad (inciso 2 y 3 del artículo 13 C.N.)”. En igual sentido se pueden ver, entre otras, las sentencias: T-076/03 (MP. Rodrigo Escobar Gil), T-487/05 (MP. Álvaro Tafur Galvis).

[29] Sentencia T-016/07 (MP. Humberto Sierra Porto).

[30] Ibídem.

[31] Ibídem. Criterio reiterado entre otras en las sentencias: T-933/10 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva), T-943/11 (MP. Humberto Sierra Porto), C-288 de 2012 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva, AV. Mauricio González Cuervo y Nilson Pinilla Pinilla, SV. Humberto Sierra Porto).

[32] Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General No 19 El derecho a la seguridad social (artículo 19) aprobada el 23 de noviembre de 2007, en el 39º periodo de sesiones, párr. 44.

[33] *Ibídem*, párr. 45.

[34] MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

[36] Corte IDH. Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198.

[37] Cfr. *Ibídem*, párrs. 99 y 100.

[38] *Ibídem*. 101.

[39] CIDH, Informe No. 38/09, Asociación Nacional de ex servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y Otras, caso 12.670, admisibilidad y fondo, Perú, 27 de marzo de 2009, párr. 133. En sentido similar en el caso Ivanildo Amaro Da Silva y otros la CIDH señaló: “la Comisión Interamericana subraya que ninguna disposición de la Convención Americana y tampoco ningún otro instrumento aplicable le impide examinar peticiones que alegan la violación de cualquier derecho consagrado en la Convención Americana. Con esta petición en particular, la Comisión Interamericana declara, con respecto a la supuesta violación del derecho a una vivienda adecuada, que es uno de los derechos incluidos en las normas económicas, sociales, educativas, científicas y culturales consagradas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos y enmendada por el artículo 34.K del Protocolo de Buenos Aires. CIDH, Informe No. 38/10, admisibilidad, Ivanildo Amaro Da Silva y otros, 17 de marzo de 2010, párr. 26.

[40] En ese caso la CIDH examinó si la restricción legal del derecho a la pensión de las presuntas víctimas era proporcional.

[41] CIDH, Informe No. 38/09, Asociación Nacional de ex servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y Otras, caso 12.670, admisibilidad y fondo, Perú, 27 de marzo de 2009, párrs 130-147.

[42] Al respecto la citada norma constitucional establece que la acción de tutela “sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. Esta regla es reiterada en el artículo 6 numeral 1 del Decreto 2591 de 1991.

[43] En este sentido se pueden consultar entre otras las siguientes sentencias: SU-879/00 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa) T-414/09 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva), T-011/2011 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio), SU-130/13 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, SV. Nilson Pinilla Pinilla).

[44] Ver entre otras: Sentencia T-043/07 (MP. Jaime Córdoba Triviño), T-229/09 (MP. Cristina Pardo Schlesinger), T-011/2011 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio).

[45] Sentencia T-414 de 2009 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

[46] Sentencias T-414 de 2009 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva), T-093/11 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva), T-293/11 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

[47] Sentencias T-651/09 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva), T-849/11 (MP. Mauricio González Cuervo; T-362/11 (MP. Mauricio González Cuervo).

[48] Sentencias T-223/12 (MP. Mauricio González Cuervo), T-414 de 2009 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

[49] 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).”

[50] 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.

[51] 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”.

[52] Cfr. Observación General No. 19 del CDESC: “De conformidad con el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto, los Estados Partes deben tomar medidas efectivas y revisarlas en caso necesario, hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para realizar plenamente el derecho de todas las personas, sin ningún tipo de discriminación, a la seguridad social, incluido el seguro social. La formulación del artículo 9 del Pacto indica que las medidas que se utilicen para proporcionar las prestaciones de seguridad social no pueden definirse de manera restrictiva y, en todo caso, deben garantizar a toda persona un disfrute mínimo de este derecho humano.”

[53] Véanse las sentencias T-019 de 2009, T-524 de 2008 y T-920 de 2006.

[54] Sentencia T-414/09 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva), fundamento jurídico 4.2.3.

[55] Ver entre otras las sentencias T-521/02 (MP. Jaime Córdoba Triviño), T-414/09 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

[56] T-521/02 (MP. Jaime Córdoba Triviño). Fundamento jurídico 3. En éste fallo también se estableció que la acción de tutela resulta procedente “cando en el acto administrativo por medio del cual se define el reconocimiento de una pensión de jubilación se declara que el petitionario 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”.

[57] T-621 de 2006 (MP. Jaime Córdoba Triviño).

[58] Ibídem.

[59] Ibídem.

[60] MP. Álvaro Tafur Galvis.

[61] Ibídem Fundamento jurídico 6.

[62] Ibídem.

[63] Ibídem.

[64] MP. Mauricio González Cuervo.

[65] Fundamento jurídico 6.1.

[66] Ibídem. Fundamento jurídico 6.5.1.

[67] “por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público”.

[68] Al respecto ver entre otras las sentencias T-414/09 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva), T-450/10 (MP. Humberto Sierra Porto), T-011/12 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio).

[69] MP. Humberto Sierra Porto.

[70] MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

[71] Al respecto ver entre otras las sentencias T-729/08 (MP. Humberto Sierra Porto), fundamento jurídico 3; T-752/08 (MP. Humberto Sierra Porto), T-414/09 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva), T-316/11 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio).

[72] T-729/08 (MP. Humberto Sierra Porto), fundamento jurídico 3.

[73] Instituto de Seguros Sociales, Resolución 3224 del 20 de abril de 2012 “por la cual se resuelve una solicitud de prestaciones económicas en el Sistema General de Pensiones – Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida”.

[74] Al respecto la resolución.

[75] Al respecto la jurisprudencia de éste Tribunal Constitucional ha sostenido: “para los efectos de establecer cuándo cabe y cuándo no la instauración de una acción de tutela, el



juez está obligado a examinar los hechos que ante él se exponen así como las pretensiones del actor, y a verificar si, por sus características, el caso materia de estudio puede ser resuelto, en relación con los derechos fundamentales posiblemente afectados o amenazados, y con la efectividad indispensable para su salvaguarda, por los procedimientos judiciales ordinarios, o si, a la inversa, la falta de respuesta eficiente de los medios respectivos, hace de la tutela la única posibilidad de alcanzar en el caso concreto los objetivos constitucionales". Este criterio ha sido sostenido en la sentencia T-093/97 (MP. José Gregorio Hernández Galindo), T-400/02 (MP. Jaime Araujo Rentería), T-800/02 (MP. Jaime Araujo Rentería).

[76] Catalina Botero Marino, La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano, Consejo Superior de la Judicatura, 2006, p.108.

[77] Cuaderno 1 folios 53 a 139.

[78] Al respecto el inciso segundo del artículo 36 de la ley 100 de 1993 establece: "La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o mas años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley".

[79] En este sentido, el párrafo transitorio 4° del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005 consagra: "El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".

"Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen".

[80] “Por la cual se resuelve una solicitud de prestaciones económicas en el Sistema General de Pensiones – Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida”, folios 44 a 46.

[81] “Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones”.

[82] MP: Hernando Herrera Vergara.

[83] Resolución No 3224 del 20 de abril de 2012.

[84] Al respecto se pueden ver los siguientes fallos del Consejo de Estado: Sentencia del 4 de agosto de 2010, Sección Segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejera Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez; Sentencia del 9 de junio de 2011, Sección Segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve; Consejo de Estado, sentencia del 28 de febrero de 2013, Sección Segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

[86] Consejo de Estado, Sección Segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del primero de marzo de 2001, Consejero Ponente: Alberto Arango Mantilla.

[87] Consejo de Estado, sentencia del 28 de febrero de 2013, Sección Segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

[88] Sentencia del 4 de agosto de 2010, Sección Segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejera Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez.

[89] Sentencia T-365 de 2010 (MP. María Victoria Calle Correa, AV. Mauricio González Cuervo). El Magistrado Mauricio González aclaró su voto porque consideró que el accionante que tenía sesenta y seis (66) años no era una persona de la tercera edad, porque no superaba la expectativa de vida de los colombianos que es setenta un (71) años .

[90] MP. Humberto Sierra Porto, unánime, fundamento jurídico 54.

[91] Ibídem.

[92] MP. María Victoria Calle Correa.

[93] MP. Rodrigo Escobar Gil. AV Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra, SPV Clara Inés Vargas Hernández, SV Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra y Álvaro Tafur Galvis.

[94] MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[95] MP. María Victoria Calle Correa.

[96] MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[97] En aquella oportunidad la Corte determinó: “en el presente caso, a pesar de que el actor continúa trabajando, procede la tutela para la protección de su derecho a la seguridad social, por conexidad con el mínimo vital, pues resultaría absurdo que para efectos de la protección del derecho a la seguridad social ante omisiones de la administración a través de la acción de tutela, tuviera el actor que desvincularse, sustraerse de toda fuente económica para garantizar su subsistencia y la de su familia, y entonces sí, solicitar el amparo constitucional. Si bien no es clara una vulneración de estos derechos en las circunstancias del caso, sí lo es la existencia de una amenaza directa y presente”.

[98] MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[99] MP. Jaime Córdoba Triviño.

[100] El Decreto 2011 de 2012 del Ministerio de Salud y Protección Social del 28 de septiembre de 2012 reglamentó la entrada en operación de la Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES, la cual se encuentra encargada, de conformidad con el artículo 3.3 de dicho acto administrativo, de “titular de todas las obligaciones con los afiliados y pensionados del Régimen de Prima Media con Prestación Definida del Instituto de Seguros Sociales ISS y de los afiliados de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones –Caprecom”.

[101] Decreto Ley 2148 de 1948, “Sobre los procedimientos en los juicios del trabajo”. De acuerdo con el artículo citado “Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso

igual”.

[102] “La puesta en cuestión de la dicotomía entre los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos civiles y políticos se inició poco tiempo después de la adopción en 1966 de los dos Pactos de las Naciones Unidas (...)” Antonio Augusto Caneado Trindade. La Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En: Estudios de Derechos Humanos. Tomo I. ([http://70.38.54.133/Repositorio/MCSH/MCSH-01/Unidad 2/Lecturas/I .pdf](http://70.38.54.133/Repositorio/MCSH/MCSH-01/Unidad%202/Lecturas/I.pdf))

[103] En el mismo sentido en que lo deja claro el actual fallo, esta posición de la Corte Constitucional es resaltada de manera muy especial en la sentencia T-016 de 2007.

[104] Víctor Abramovich y Christian Courtis. Los derechos sociales como derechos exigibles. Editorial Trotta. 2004. Pág. 20.

[105] Vale la pena recordar que Miguel Carbonell ha sido enfático en afirmar que: “Cualquier análisis sobre los derechos sociales debe tomar en cuenta o partir de la base de que, para poder ser realizados en la práctica, tales derechos requieren un cierto modelo de organización estatal” (Subrayado fuera del texto original) Miguel Carbonell. Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas. En Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría (Ed.). La protección judicial de los derechos sociales. Serie de Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y sociedad. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador, 2009. Pág, 56