

Sentencia T-651-09

PENSION ESPECIAL DE VEJEZ DE MADRE O PADRE CON HIJO DISCAPACITADO-Finalidad

PENSION ESPECIAL DE VEJEZ DE MADRE O PADRE CON HIJO DISCAPACITADO-Invalidez física o mental del niño y dependencia con respeto a la madre o al padre como requisito de acceso a la prestación

PRINCIPIO DE IGUALDAD EN PENSION ESPECIAL DE VEJEZ DE MADRE O PADRE CON HIJO DISCAPACITADO-Inconstitucionalidad de expresión "menor de dieciocho años" como límite para obtener el beneficio

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE VEJEZ-Requisitos

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION ESPECIAL DE VEJEZ-El Seguro Social deberá expedir la resolución correspondiente al reconocimiento de la pensión especial de vejez con fundamento a su derecho a la aplicación del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 y las disposiciones contenidas en el Decreto 758 de 1990

Referencia: expediente T-2303380

Acción de tutela instaurada por María del Carmen Herrera Carvajal contra el Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguro Social.

Magistrado Ponente:

Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de septiembre de dos mil nueve (2009).

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

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por el Juzgado Treinta y Nueve Penal del Circuito de Bogotá y la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, que resolvieron la acción de tutela promovida por María del Carmen Herrera Carvajal en nombre propio y en representación de Heider Alexander Herrera Carvajal, contra el Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguro Social.

I. ANTECEDENTES

El 22 de enero de 2009, María del Carmen Herrera Carvajal, actuando en nombre propio y en representación de Heider Alexander Herrera Carvajal, interpuso acción de tutela ante el Juzgado Treinta y Nueve Penal del Circuito de Bogotá contra el Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguro Social, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, vida digna, debido proceso, seguridad social y mínimo vital.

Fundamentó su acción en los siguientes:

1. Hechos

1. La accionante sostiene que la Junta Regional de Invalidez dictaminó que su hijo Heider Alexander Herrera Carvajal padece una pérdida de su capacidad laboral del 87.40%, con fecha de estructuración del 28 de enero de 1991.

1. Indica que en virtud de lo anterior y en consideración de lo dispuesto en el inciso 2 del parágrafo 4 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 según el cual, “La madre trabajadora cuyo hijo padezca invalidez física o mental, debidamente calificada y hasta tanto permanezca en este estado y continúe como dependiente de la madre, tendrá derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez”, el 23 de febrero

de 2006 solicitó ante el Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguro Social el reconocimiento y pago de dicha pensión especial.

1. Afirma que a pesar de satisfacer los requisitos señalados, mediante las resoluciones 014322 del 19 de abril de 2006, 37962 del 22 de septiembre de 2006 y 12919 del 26 de marzo de 2008, el Instituto de Seguro Social negó su solicitud.

Señala que para fundamentar su decisión, en la Resolución 12919 del 26 de marzo de 2008, el Instituto le manifestó que no cumple con el requisito del número de semanas cotizadas al Sistema, toda vez que "...verificada la historia laboral (...), se tiene que cotizó para los riesgos de I.V.M. un total de 1.060 semanas, teniendo como fecha de retiro el 30 de septiembre de 2004. Que para el año 2006 (año en que radicó la solicitud), el número de semanas requerido para acceder a la pensión de vejez era de 1.075 semanas, para el año 2007 fue de 1.100 semanas, y para el 2008 se necesita mínimo 1.125 semanas, de lo cual se concluye que a la fecha de solicitud de reconocimiento de la "Pensión de Vejez Madre de Hijo Inválido", la asegurada no cumplía con el requisito de semanas cotizadas."

1.4 Por último, la accionante advirtió: "(...) soy una persona desempleada en la actualidad, que no cuenta con recursos económicos para sustentar la invalidez de mi hijo, quien no puede mantenerse de pie, ni llevar a cabo tarea alguna y tan sólo cuento con una pequeña caseta donde vendo tintos, dulces, cigarrillos, con lo cual subsistimos los dos, agravándose cada día más nuestra situación (...)."

2. Solicitud de tutela

Por lo anterior, María del Carmen Herrera Carvajal, actuando en nombre propio y en representación de Heider Alexander Herrera Carvajal, solicitó ante el juez de tutela ordenar al Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguro Social, el reconocimiento y pago a su favor de la pensión de especial de vejez prevista en el inciso 2 del parágrafo 4 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

3. Trámite de instancia

3.1 La acción de tutela fue tramitada ante el Juzgado Treinta y Nueve Penal del Circuito de

Bogotá, el cual mediante auto del día 26 de enero de 2009 ordenó su notificación a la entidad accionada.

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

4. Pruebas relevantes que obran en el expediente

* Copia del recurso de reposición y en subsidio apelación interpuesto el 27 de junio de 2008 por María del Carmen Herrera Carvajal contra la Resolución 12919 del 26 de marzo de 2008 “Por la cual se resuelve una solicitud de Pensión de Vejez en el seguro de Invalidez, Vejez y Muerte (I.V.M)”, expedida por la Asesora I Vicepresidencia de Pensiones del Instituto de Seguro Social, Nivel Nacional, Cundinamarca y Distrito Capital, señora Martha Elvia Cortés Rincón (folios 6 y 7, cuaderno 2).

* Copia de la Resolución 12919 del 26 de marzo de 2008 “Por la cual se resuelve una solicitud de Pensión de Vejez en el seguro de Invalidez, Vejez y Muerte (I.V.M)”, expedida por la Asesora I Vicepresidencia de Pensiones del Instituto de Seguro Social, Nivel Nacional, Cundinamarca y Distrito Capital, señora Martha Elvia Cortés Rincón (folios 8 y 9, cuaderno 2).

* Copia del “Reporte de semanas cotizadas en pensiones” por María del Carmen Herrera Carvajal, expedido por el Instituto de Seguro Social el 19 de febrero de 2009 (folios 26 y 27, cuaderno 2).

5. Pruebas practicadas por la Corte Constitucional

5.1 Por encontrar necesario practicar algunas pruebas con el fin de contar con mayores elementos de juicio para proferir el fallo, mediante auto del 18 de agosto de 2009, el

magistrado sustanciador dispuso que la Secretaría General de esta Corporación solicitara al Instituto de Seguro Social información sobre el recurso de reposición interpuesto el 27 de junio de 2008 por la accionante contra la Resolución No. 12919 del 26 de marzo de 2008. Adicionalmente, solicitó que la entidad accionada indicara las razones que justifican su negativa frente a la solicitud de reconocimiento y pago de una pensión especial de vejez a favor de la actora.

5.2 Sin embargo, el Instituto de Seguro Social guardó silencio sobre la solicitud de información remitida por esta Corporación.

II. LAS SENTENCIAS QUE SE REVISAN

1. Sentencia de primera instancia

1.1 En sentencia del 9 de febrero de 2009, el Juzgado Treinta y Nueve Penal del Circuito de Bogotá declaró la improcedencia de la acción de tutela interpuesta.

1. Para fundamentar su decisión, el juez de instancia sostuvo que en virtud del numeral 1° del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, la presente acción de tutela no satisface el requisito de subsidiariedad, pues existen otros medios de defensa judicial para obtener el amparo de la pretensión de reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez solicitada por la actora.

1. Sin embargo, ordenó al Instituto de Seguro Social proferir “el acto administrativo que resuelva de fondo sobre los recursos interpuestos contra la resolución No. 12919 del veintiséis (26) de marzo de dos mil ocho (2008)”.

1. Impugnación de María del Carmen Herrera Carvajal

Mediante escrito del 25 de febrero de 2009, la accionante solicitó ante el juez de instancia revocar el fallo adoptado, y en su lugar, conceder la tutela interpuesta. Al sustentar la impugnación, la actora reiteró los hechos y consideraciones expuestas en su escrito de tutela.

3. Sentencia de segunda instancia

3.1 En sentencia del 6 de mayo de 2009, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó la decisión adoptada el 9 de febrero de 2009 por el Juzgado Treinta y Nueve Penal del Circuito de la misma ciudad, mediante la cual se declaró la improcedencia de la presente acción de tutela.

3.3 Adicionalmente, la Sala advirtió que la accionante no satisface los requisitos exigidos para obtener el reconocimiento de la pensión reclamada, como quiera que no tiene el número de semanas de cotización al Sistema de Pensiones requeridas para el efecto.

Al respecto, el juez resaltó: "...el artículo 33, num. 2° de la Ley 100/93 dispone que para acceder a la pensión de vejez se requiere un mínimo de 1000 semanas de cotización en cualquier tiempo, las cuales, a partir del 1° de enero de 2005 se incrementarán en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se aumentarán en 25 cada año hasta llegar a las 1300 semanas en el año 2015. En este orden de ideas, al momento de solicitar el nuevo estudio de su caso, valga precisar, el 14 de junio de 2007, la demandante debió acreditar, como mínimo 1100 semanas de cotización. Empero, advierte la Sala, para dicha época, según consta en el reporte de semanas cotizadas, expedido por la Vicepresidencia del I.S.S. (fls. 26 y 27), la señora María del Carmen Herrera Carvajal había cotizado 1044, 3 semanas."

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE

1. Competencia

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

2. Problema jurídico

2.1 De acuerdo con los hechos expuestos, corresponde a la Corte determinar si la presente acción de tutela es procedente para ordenar al Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguro Social que reconozca y pague a favor de la accionante la pensión especial de vejez prevista en el inciso 2 del parágrafo 4 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993. En este sentido, de manera específica, la Corte deberá determinar si de conformidad con los hechos expuestos, los medios ordinarios de defensa judicial son idóneos y eficaces para garantizar la protección constitucional invocada.

2.2 Para dar solución al problema jurídico planteado, la Sala indicará los fundamentos normativos de la pensión especial de vejez y la procedencia de la acción de tutela para garantizar la protección de los derechos fundamentales, cuando su afectación se deriva de la negativa frente al reconocimiento del derecho a una pensión.

2.3 Con base en lo anterior, esta Sala de Revisión estimará si se debe conceder la acción de tutela interpuesta por María del Carmen Herrera Carvajal en nombre propio y en representación de Heider Alexander Herrera Carvajal y, en consecuencia, revocar las sentencias de tutela proferidas el 9 de febrero de 2009 por el Juzgado Treinta y Nueve Penal del Circuito de Bogotá y el 6 de mayo de 2009 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad, dentro del presente trámite.

3. Fundamentos normativos de la pensión especial de vejez consagrada en el inciso 2 del parágrafo 4 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993

3.1 De conformidad con el texto de la Constitución Política de 1991, la seguridad social como bien jurídico objeto de protección en el ordenamiento colombiano, tiene una doble configuración. En primer lugar, de acuerdo con su artículo 48, es un servicio público “de carácter obligatorio” que se presta con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, bajo la dirección, coordinación y vigilancia del Estado¹. En segundo lugar, en concordancia con el inciso segundo del artículo en cita, es un “derecho irrenunciable” en cabeza de todos los habitantes del territorio nacional².

3.2 Con fundamento en lo dispuesto en la Carta para el efecto, mediante la Ley 100 de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral”, el legislador dispuso “el

conjunto de instituciones, normas y procedimientos” orientados a garantizar “la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica de los habitantes del territorio nacional³”. En este sentido, el inciso 2° del artículo 4 de dicha ley prevé que la seguridad social en su condición de derecho irrenunciable y servicio público, “es esencial en lo relacionado con el Sistema General de Seguridad Social en Salud” y “en aquellas actividades directamente vinculadas con el reconocimiento y pago de las pensiones.”

3.3 En correspondencia con lo anterior, el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 “Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales”, establece los siguientes requisitos para obtener el reconocimiento del derecho a la pensión de vejez: (i) haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si el afiliado al Sistema de Pensiones es mujer o sesenta (60) años si es hombre, edades que, en aplicación de la reforma incorporada mediante la 797 de 2003, se deben entender incrementadas en dos años a partir del 1° de enero del año 2014; y (ii) haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo, número de semanas que, también por expreso mandato de esa norma, se amplió en 50 semanas a partir del 1° de enero del año 2005 y “a partir del 1° de enero de 2006 (...) en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.”

3.4 En este contexto, mediante el parágrafo 4 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 -hoy parágrafo 4 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993-, el legislador dispuso la creación de la denominada pensión especial de vejez a favor de “La madre trabajadora cuyo hijo padezca invalidez física o mental, debidamente calificada”. En aplicación de la norma en comento, quien reúna los fundamentos fácticos señalados y demuestre que la dependencia económica de la persona con discapacidad, tiene derecho a recibir una pensión “a cualquier edad, siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez”; beneficio que deberá suspenderse si “la trabajadora se reincorpora a la fuerza laboral.”

3.5 Ahora bien, en varias oportunidades esta Corporación se ha pronunciado sobre la

constitucionalidad y propósitos de la pensión especial de vejez⁴. En dichas oportunidades, la Corte se ha referido sobre los aspectos sustanciales de esa prestación económica y ha precisado sus límites y alcances, así como la interpretación del párrafo 4 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que más se ajusta a la Constitución.

En efecto, en la sentencia C-227 de 2004, la Corte recordó que de conformidad con la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, la pensión especial de vejez prevista en el inciso 2 del párrafo 4 del artículo 9 de esa Ley, tiene por objeto “facilitar la rehabilitación, cuidados y atención que requiere el niño deficiente o discapacitado en orden a proporcionarle una digna calidad de vida al interior de su núcleo familiar.⁵”

En esa sentencia, esta Corporación analizó la constitucionalidad de la previsión contenida en la norma en comento según la cual, el beneficio de la pensión especial de vejez sólo era otorgable a la madre trabajadora con un hijo discapacitado “menor de 18 años”. Luego de aplicar el “juicio o test de igualdad intermedio” a fin de determinar si resulta constitucional que los discapacitados que ya son mayores de edad no puedan favorecerse con esta prestación y que aquéllos que la reciben pierdan el beneficio en el momento en que alcancen la mayoría de edad, la Corte concluyó:

“Puesto que una de las metas esenciales del beneficio es la de facilitar la rehabilitación de los niños no es razonable que este proceso de recuperación se traumatice por el simple hecho de que el hijo llegue a la mayoría de edad. Si el fin de la norma es precisamente facilitar la rehabilitación del niño discapacitado, lo propio es que ese proceso de rehabilitación pueda continuar en el tiempo, sin considerar la edad del hijo, hasta que éste pueda culminar su proceso e integrarse a la sociedad. En este punto es, entonces, claro que la diferenciación establecida en la norma alrededor de la edad no es efectivamente conducente para el alcanzar el fin buscado. Interrumpir el apoyo maternal en el proceso de rehabilitación cuando el hijo cumpla 18 años puede incluso demorar o frustrar el cabal logro del fin al cual apunta la norma parcialmente acusada.” (Subraya fuera del texto original).

Adicionalmente, la Corporación determinó:

“Como se ha manifestado, la intención de la norma es facilitar que la madre trabajadora pueda dedicarse al cuidado de su hijo, cuando éste dependa económicamente de ella y

sufra una invalidez que no le permita valerse por sí mismo. Desde esta perspectiva es claro que la limitación que establece la expresión “menor de 18 años” no es efectivamente conducente para obtener el fin perseguido por la disposición. La situación de los hijos inválidos que se encuentran en situaciones extremas de minusvalía no cambia necesariamente por el hecho de alcanzar una edad determinada, incluso cuando se trata de aquella que, convencional y constitucionalmente, es considerada como el comienzo de la madurez. En los casos extremos mencionados, la dependencia económica de la madre y la incapacidad para valerse por sí mismo no se modifican por el simple paso de los años.” (Subraya fuera del texto original).

Así las cosas, la Corte declaró la inexecutable de la expresión “menor de 18 años”, como quiera que “constituye una diferenciación que no permite que la norma estudiada sea efectivamente conducente para el fin para el que fue creada, pues obliga a la interrupción de los procesos de rehabilitación y no cubre a un sector de hijos afectados por invalidez y dependientes económicamente de su madre.” En este sentido, entonces, la Corte estimó que la disposición estudiada debe ser entendida bajo las siguientes consideraciones: (i) la pensión especial de vejez debe ser otorgada a madres trabajadoras cuyo hijo tenga una discapacidad física o mental que le impida valerse por sí mismo, es decir, que no le permita subsistir dignamente de forma autónoma; de ahí que “este beneficio no pued[a] ser otorgado por causa de limitaciones ligeras o que no afecten de manera importante su desarrollo⁶”; (ii) la dependencia de la madre debe ser de tipo económico, es decir, no es equiparable “con la simple necesidad afectiva o psicológica (...) de contar con la presencia, el cariño y el acompañamiento⁷” de su progenitora; y (iii) la aplicación de la norma en comento debe observar de manera rigurosa los supuestos fácticos requeridos para acceder a esa prestación económica, toda vez que en el grupo de sus beneficiarios no se entienden incluidas, por ejemplo, “las personas que no cuentan con su madre ni con su padre y dependen económicamente de su esposa, de un hermano, de un hijo o de cualquier otra persona” o quienes “dependen económicamente de sus madres, pero ellas no han cotizado el número mínimo de semanas necesario para poder acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media.⁸”

En consecuencia, dijo la Corte, ese beneficio económico no es susceptible de reclamación cuando el dependiente padezca una discapacidad que le permita obtener los medios

económicos requeridos para su subsistencia o cuando “tenga bienes o rentas propios para mantenerse”⁹, pues en estos casos la dependencia de la madre no es de carácter económico, situación que es ajena al fin que persigue la pensión especial de vejez, esto es, “permitirle a la madre asegurar unos ingresos económicos que le posibiliten dejar su trabajo para poder dedicarse a su hijo, con el objeto de acompañarlo en su proceso de rehabilitación o de suplir sus insuficiencias.”

De otro lado, en la sentencia C-989 de 2006, la Sala Plena de la Corte Constitucional analizó la exequibilidad de la expresión “madre” contenida en el inciso 2 del párrafo 4 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003. En esa oportunidad, la Corte se pronunció sobre la presunta vulneración del derecho fundamental a la igualdad de los padres que tienen hijos con una grave discapacidad física o mental, como consecuencia de la imposibilidad para acceder al beneficio de la pensión especial de vejez.

Al respecto, esta Corporación señaló que si se tiene que la pensión especial de vejez constituye una “acción afirmativa” a favor del hijo con discapacidad que depende económicamente de un tercero, cuyo objetivo es garantizar su rehabilitación e integración social y materializar la protección constitucional que el Estado debe brindar en todos los casos a las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, necesariamente se debe concluir que “al reconocerse el beneficio pensional previsto en la disposición legal acusada exclusivamente a la madre cabeza de familia, se produce una violación del derecho a la igualdad del hijo discapacitado que depende económicamente del padre cabeza de familia, por el simple hecho de ser el hombre y no la mujer quien responde económicamente por su manutención”.

En consecuencia, en la citada sentencia la Corte concluyó:

“(…) en el caso concreto del inciso 2º del párrafo 4º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 -modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003-, la protección que allí se establece está encaminada en forma directa a beneficiar al niño o adulto discapacitado que por sus condiciones físicas o mentales no puede valerse por sí mismo, razón por la cual se torna en un sujeto de protección especialísima al cual Estado le debe brindar todas las garantías necesarias para el goce efectivo de sus derechos, de allí la necesidad de que indistintamente de que se trate de la madre o el padre, siempre

que i) como lo dispone la norma la discapacidad del menor esté debidamente calificada y que ii) se hayan cotizado al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones el mínimo de semanas requeridas en el régimen de prima media para obtener la pensión de vejez, se deba conceder el beneficio pensional allí previsto, de forma tal que, se pueda dar efectivo cumplimiento al propósito de la disposición legal ibídem, que no es otro que otorgarle de manera anticipada recursos económicos al progenitor a cuyo cargo se encuentre el niño o el adulto incapaz, con el fin de permitirle dedicar su tiempo a la adecuada rehabilitación de éste.” (Subraya fuera del texto original).

En este orden de ideas, el Tribunal Constitucional declaró la exequibilidad condicionada de la expresión en comentario, en el entendido que la pensión especial de vejez también debe ser otorgada al padre cuyo hijo padezca invalidez física o mental, siempre y cuando permanezca en ese estado y dependa económicamente de él.

3.6 En suma, la pensión especial de vejez contemplada en el inciso 2 del párrafo 4 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, debe ser otorgada si se satisfacen los siguientes requisitos: (i) que la madre o padre de familia de cuyo cuidado dependa el hijo discapacitado (menor o adulto), haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuanto menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez; (ii) que la discapacidad mental o física del hijo haya sido debidamente calificada; y (iii) que exista dependencia económica entre quien sufre la discapacidad y el afiliado al Sistema. En este sentido, dicha discapacidad debe ser considerable, en la medida en que le impida al hijo del afiliado obtener los medios requeridos para su subsistencia. A su vez, la continuidad de este beneficio depende de la satisfacción de tres requisitos: (i) que el hijo del cotizante conserve su estado de discapacidad; (ii) que, en consecuencia, mantenga la relación de dependencia económica con la madre o padre de familia; y (iii) que el pensionado no se reincorpore a la fuerza laboral.

4. Procedencia de la acción de tutela para obtener el reconocimiento de una pensión. Reiteración de jurisprudencia

4.1 Ahora bien, esta Corporación ha precisado que de conformidad con el artículo 86 de la Constitución y el numeral 1° del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, en virtud del principio de subsidiariedad¹⁰, por regla general, la acción de tutela es

improcedente para obtener el reconocimiento de derechos pensionales¹¹. Bajo este criterio, la jurisprudencia ha entendido que la acción de tutela no puede ser tramitada para decidir conflictos sobre el reconocimiento de una pensión¹², pues con ese propósito el legislador dispuso los medios y recursos judiciales adecuados, así como las autoridades y jueces competentes. De ahí que -ha dicho la Corte-, ante la existencia de medios ordinarios de defensa judicial para obtener el amparo de esa pretensión, prima facie se debe concluir que no resulta imperiosa la intervención del juez constitucional.

En efecto, al abordar el tema de la procedibilidad de la acción de tutela para reconocer prestaciones relacionadas con el derecho fundamental a la seguridad social¹³, en la sentencia T-658 de 2008, la Corte explicó:

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

4.2 Sin embargo, desde sus primeras sentencias, en estos casos la Corte ha estimado que dada la necesidad de garantizar la prevalencia de los derechos fundamentales, se deben considerar excepciones a la subregla de la improcedencia¹⁴. En este punto es pertinente advertir que aunque teóricamente tales excepciones se han enmarcado en el estudio de procedibilidad de la acción de tutela, en la práctica también han permitido analizar la prosperidad del amparo invocado y, en consecuencia, ordenar el reconocimiento de la pensión de que se trate¹⁵.

Las excepciones referidas pueden ser resumidas de acuerdo con el tipo de protección que se concede -definitiva o transitoria- y con otros aspectos más próximos al

análisis de la prosperidad de la acción:

4.2.1 En primer lugar, la acción de tutela es procedente si no existe otro medio judicial de protección. Como se indicó anteriormente, en principio, respecto de las prestaciones que se derivan de Sistema General de Pensiones, el legislador dispuso los medios y recursos judiciales adecuados, así como las autoridades y jueces competentes. Sin embargo, puede ocurrir que aunque dicho medio exista, luego de analizar las circunstancias especiales que fundamentan el caso concreto, se concluya que éste no es idóneo o eficaz para garantizar la protección constitucional reclamada; comprobación que da lugar a que la acción de tutela sea concedida como mecanismo definitivo¹⁶.

En relación con este requisito, de manera reiterada, la Corte ha considerado que la condición de sujeto de especial protección constitucional -especialmente en el caso de las personas de la tercera edad (Art. 46 C.P.), los discapacitados (Art. 47 C.P.) y las mujeres cabeza de familia (Art. 43 C.P.)-, así como la circunstancia de debilidad manifiesta en la que se encuentre el accionante, permiten presumir que los medios ordinarios de defensa judicial no son idóneos¹⁷. En este sentido, en reciente jurisprudencia, esta Corporación precisó que “en concordancia con el carácter fundamental del derecho a la seguridad social, se debe indicar que la condición de sujeto de especial protección constitucional refuerza la necesidad de conceder la protección invocada de manera definitiva y de ordenar las medidas requeridas para la efectividad del derecho, pero no constituye un criterio para examinar la procedibilidad de la acción de tutela.¹⁸”

4.2.2 En segundo lugar, la jurisprudencia ha sostenido que la acción de tutela es procedente cuando a pesar de existir un medio ordinario de protección idóneo y eficaz, se hace necesario evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales del actor. En estos casos, ha dicho la Corte, esa comprobación da lugar a que la acción de tutela sea concedida como mecanismo transitorio hasta tanto la jurisdicción competente resuelva el litigio¹⁹. En todo caso, se debe tener en cuenta que “la Corte ha señalado que no existe la obligación de iniciar el proceso ordinario antes de acudir a la acción de tutela, basta que dicha posibilidad esté abierta al interponer la demanda de tutela, pues si el accionante ha dejado vencer la oportunidad para iniciar el trámite del proceso ordinario, la tutela no procede como mecanismo

transitorio.20"21.

Al respecto, es menester considerar que las circunstancias especiales que dan lugar a la configuración de un perjuicio irremediable deben ser analizadas por el juez de tutela a la luz de las especificidades del caso concreto. Sin embargo, en concordancia con la jurisprudencia, el perjuicio irremediable debe reunir las siguientes características:

A) El perjuicio ha de ser inminente: "que amenaza o está por suceder prontamente". Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. (...).

B) Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud dan señal a la oportunidad de la urgencia.

C) No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por

cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

D) La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. (...).22”

4.2.4 En cuarto lugar, esta Corporación ha afirmado que la acción de tutela procede cuando se encuentra debidamente probado que el accionante tiene derecho al reconocimiento de la pensión y, sin embargo, la entidad encargada, luego de la solicitud respectiva, no ha actuado en consecuencia³³. Así, para admitir la procedibilidad de la acción de tutela en estos casos, quien alega la vulneración de sus derechos fundamentales como consecuencia de la falta de reconocimiento de una pensión, debe acompañar su afirmación de alguna prueba, al menos sumaria, de la titularidad del derecho exigido y de que ha desplegado cierta actividad administrativa o judicial tendiente a obtener la protección de sus derechos -salvo que haya resultado imposible hacerlo por motivos ajenos a su voluntad-³⁴. En este sentido, se debe tener en cuenta que “en aquellos eventos en los cuales la situación fáctica que rodea la acción no resulte del todo clara, el juez de amparo debe emplear las facultades probatorias conferidas por el Decreto 2591 de 1991, en la medida en que la eventual indeterminación probatoria dentro del proceso de tutela no puede emplearse de manera legítima como justificación para dar respaldo a decisiones judiciales contrarias a los accionantes. Antes bien, dicha oscuridad probatoria debe ser remediada de manera perentoria por parte del juez de amparo en su calidad de garante de los derechos fundamentales que se vean comprometidos en la controversia.³⁵”

4.3 En síntesis, en virtud del principio de subsidiariedad, de manera general, la acción de tutela es improcedente para obtener el reconocimiento de derechos pensionales. Sin embargo, la Corte ha estimado que dada la necesidad de garantizar la prevalencia de los derechos fundamentales, se deben considerar las siguientes excepciones a la subregla de la improcedencia: (i) cuando no existe otro medio judicial de protección o si, de acuerdo con las circunstancias especiales que fundamentan el caso concreto, se concluye que éste

no es idóneo o eficaz para garantizar la protección constitucional reclamada porque, por ejemplo, el beneficiario de la prestación económica es un sujeto de especial protección constitucional o se encuentra en circunstancia de debilidad manifiesta; (ii) a pesar de existir un medio ordinario de protección idóneo y eficaz, se hace necesario evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales del actor; (iii) el asunto puesto a consideración del juez de tutela supone un problema de relevancia constitucional; y (iv) existe prueba, al menos sumaria, de la titularidad del derecho exigido y de que se ha desplegado cierta actividad administrativa o judicial tendiente a obtener la protección invocada.

5. Estudio del caso concreto

5.1 Con base en las consideraciones y fundamentos expuestos, esta Sala de Revisión determinará si la presente acción de tutela es procedente para ordenar al Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguro Social que reconozca y pague a favor de la accionante la pensión especial de vejez prevista en el inciso 2 del parágrafo 4 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993. En este sentido, de manera específica, la Corte deberá determinar si de conformidad con los hechos expuestos, los medios ordinarios de defensa judicial son idóneos y eficaces para garantizar la protección constitucional invocada.

5.2 Para resolver el presente caso, en las consideraciones generales de esta sentencia la Sala concluyó que la pensión especial de vejez debe ser otorgada si se satisfacen los siguientes requisitos: que la madre o padre de familia de cuyo cuidado dependa el hijo discapacitado (menor o adulto), haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuanto menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez; que la discapacidad de que se trate haya sido debidamente calificada; y que exista dependencia económica entre quien sufre la discapacidad y el afiliado al Sistema.

Igualmente, la Sala sostuvo que aunque en principio la acción de tutela es improcedente para obtener el reconocimiento de derechos pensionales, la jurisprudencia constitucional ha considerado las siguientes excepciones a esa regla: cuando no existe otro medio judicial de protección o si, de acuerdo con las circunstancias especiales que fundamentan

el caso concreto, se concluye que éste no es idóneo o eficaz para garantizar la protección constitucional reclamada porque, por ejemplo, el beneficiario de la prestación económica es un sujeto de especial protección constitucional o se encuentra en circunstancia de debilidad manifiesta; a pesar de existir un medio ordinario de protección idóneo y eficaz, se hace necesario evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales del actor; el asunto puesto a consideración del juez de tutela supone un problema de relevancia constitucional; y 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 el reconocimiento de la pensión.

5.3 En aplicación del criterio jurisprudencial expuesto, esta Sala considera que se debe conceder la acción de tutela interpuesta por María del Carmen Herrera Carvajal en nombre propio y en representación de Heider Alexander Herrera Carvajal y, en consecuencia, revocar las sentencias de tutela proferidas el 9 de febrero de 2009 por el Juzgado Treinta y Nueve Penal del Circuito de Bogotá y el 6 de mayo de 2009 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad, dentro del presente trámite.

5.3.1 En primer lugar, está probado que María del Carmen Herrera tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez prevista en el inciso 2 del parágrafo 4 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993. Esto por cuanto: (i) se encuentra acreditado que es madre de Heider Alexander Herrera Carvajal, quien tiene una discapacidad debidamente calificada del 87.40%³⁶; (ii) de acuerdo con lo sostenido en el escrito de tutela, se encuentra demostrado que existe una relación de dependencia económica entre Heider Alexander Herrera y María del Carmen Herrera, como quiera que de su actividad como vendedora de “tintos, dulces y cigarrillos”, se deriva su sustento económico y el de su hijo discapacitado; (iii) dada la gravedad de su invalidez, resulta razonable presumir que Heider Alexander Herrera se encuentra seriamente limitado para desempeñar una actividad productiva que le permita subsistir dignamente de forma autónoma; (iv) en este sentido, no existe prueba de que Heider Alexander tenga bienes o rentas propios que garanticen su manutención; y (v) está demostrado que María del Carmen Herrera Carvajal cotizó al Sistema General de Pensiones el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez³⁷.

En efecto, esta Sala estima que a diferencia de lo sostenido por el Instituto de Seguro Social en las resoluciones 014322 del 19 de abril de 2006, 37962 del 22 de septiembre de 2006 y 12919 del 26 de marzo de 2008, en aplicación de los artículos 33 y 36 de la Ley 100 de 1993 y 12 del Decreto 758 de 1990, la accionante sí reúne el número de semanas exigido para acceder al reconocimiento de la pensión especial de vejez.

Esto en razón a que, como se explicó anteriormente, de conformidad con la redacción original del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, los requisitos para obtener el reconocimiento del derecho a la pensión de vejez son dos: haber cumplido 55 años de edad si el afiliado al Sistema de Pensiones es mujer o 60 años si es hombre, y haber cotizado un mínimo de 1000 semanas en cualquier tiempo. En este sentido, el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 introdujo dos modificaciones al artículo 33: las edades señaladas se deben entender incrementadas en dos años a partir del 1° de enero del año 2014 y el número de semanas exigido se amplió en 50 semanas a partir del 1° de enero del año 2005 y “a partir del 1° de enero de 2006 (...) en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.”

Ahora bien, de acuerdo con el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 previsto en su artículo 36, los requisitos relativos a la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio y el monto de la pensión de las personas que para el 1° de abril de 1994 - fecha en que entró en vigencia el Sistema de Pensiones- tenían 35 o más años de edad en el caso de las mujeres, o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, serán los establecidos en el régimen anterior al previsto en la Ley 100 al cual se encuentren afiliados³⁸.

En este contexto, a juicio de la Corte, dado que se encuentra demostrado que la accionante nació el 13 de junio de 1957³⁹, resulta necesario concluir que tiene derecho a la aplicación del régimen de transición en comento, toda vez que para el 1° de abril de 1994 tenía más de 36 años de edad y, en concordancia con el “Reporte de semanas cotizadas en pensiones” expedido por el Instituto de Seguro Social el 19 de febrero de 2009, al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 se encontraba afiliada a ese Instituto⁴⁰ debido a su vinculación laboral a la sociedad Vassarette de Colombia Ltda.⁴¹

De modo que, resta establecer cuál es el régimen pensional al que se encontraba afiliada

la accionante al 1° de abril de 1994. En este sentido, la Sala encuentra que de conformidad con el artículo 12 del Decreto 758 de 1990 “Por el cual se aprueba el acuerdo numero 049 de febrero 1 de 1990 emanado del consejo nacional de seguros sociales obligatorios”, los trabajadores que al 1° de abril de 1994 se encontraban afiliados al Instituto de Seguro Social -como es el caso de la accionante-, tienen derecho al reconocimiento de la pensión de vejez, siempre y cuando satisfagan los siguientes requisitos: “a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y, || b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo⁴²”.

Así las cosas, esta Sala concluye que en virtud del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y dada su afiliación al Instituto de Seguro Social al momento de entrar en vigencia esa ley, la accionante tiene derecho a la aplicación de los requisitos relativos a la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio y el monto de la prestación dispuestos en los artículos 12, 1343 y 2044 del Decreto 758 de 1990, disposiciones que constituyen el régimen pensional al cual se encontraba afiliada la actora antes de la expedición de la Ley 100 de 1993.

De ahí que, en sentir de la Sala, a diferencia de lo sostenido por el Instituto de Seguro Social en las resoluciones 014322 del 19 de abril de 2006, 37962 del 22 de septiembre de 2006 y 12919 del 26 de marzo de 2008, en virtud de la prevalencia de los derechos fundamentales a la seguridad social y al debido proceso y en consideración del principio de favorabilidad en la aplicación e interpretación de la ley laboral⁴⁵, resulta contrario a derecho exigirle a la accionante el cumplimiento del requisito sobre el número de semanas previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 -modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003- esto es, 1.075 semanas, y no el número de semanas exigido en el régimen pensional anterior al cual se encontraba afiliada, toda vez que, como se indicó, tiene derecho a la aplicación del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, con relación a los requisitos de edad y tiempo de servicios o semanas de cotización al Sistema, el parágrafo 4 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 establece que

quien reúna los fundamentos fácticos allí señalados tiene derecho a recibir una pensión especial de vejez “a cualquier edad, siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez.” En este sentido, dada la previsión relativa a la edad, en criterio de la Corte sólo queda definir si en atención a su derecho a la aplicación del régimen de transición y, en consecuencia, al Decreto 758 de 1990, la accionante ha cotizado al Sistema el número de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez.

Al respecto, como se señaló, el artículo 12 del Decreto 758 de 1990 dispone que quien haya cotizado al Sistema un mínimo de 500 semanas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o mil 1000 semanas en cualquier tiempo, tendrá derecho al reconocimiento de la pensión de vejez. En este contexto, la Sala encuentra que en concordancia con el “Reporte de semanas cotizadas en pensiones” expedido el 19 de febrero de 2009 por el Instituto de Seguro Social⁴⁶, se encuentra probado que desde el 20 de abril de 1976 hasta el 30 de abril de 2007, la accionante ha cotizado 1044,3 semanas al Sistema de Pensiones.

Entonces, en aplicación de los artículos 33 (inciso 2 del párrafo 4) y 36 de la Ley 100 de 1993 y 12 del Decreto 758 de 1990, esta Sala concluye que María del Carmen Herrera Carvajal sí satisface el requisito relativo al número de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión especial de vejez, toda vez que: (i) dado que para el 1° de abril de 1994 tenía más de 36 años de edad, tiene derecho a la aplicación del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 en materia pensional; y (ii) ha cotizado al Instituto de Seguro Social 1044,3 semanas, es decir, más de las 1000 semanas de cotización que exige el régimen pensional al cual se encontraba afiliada con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993, para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en el régimen de prima media.

Así las cosas, de conformidad con el análisis de las pruebas que obran en el expediente de tutela y la lectura armónica de las normas aplicables al presente caso, la Sala encuentra demostrado que María del Carmen Herrera Carvajal satisface los supuestos fácticos y jurídicos para obtener el reconocimiento de la pensión especial de vejez prevista en el inciso 2 del párrafo 4 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

5.3.2 En segundo lugar, la Sala encuentra que en consideración de los fundamentos normativos de esta sentencia, la presente acción de tutela es procedente para proteger los derechos fundamentales invocados por María del Carmen Herrera Carvajal y ordenar al Instituto de Seguro Social que reconozca y pague a su favor la prestación económica en comento.

En efecto, aunque en principio la accionante cuenta con las acciones judiciales ordinarias para solicitar el reconocimiento de la pensión especial de vejez, en criterio de la Sala, a la luz de los hechos que fundamentan la presente acción de tutela, dichos medios no son idóneos y eficaces para garantizar la protección constitucional invocada. Esto por cuanto: (i) la condición de mujer cabeza de familia de la actora y la grave discapacidad que padece su hijo, permiten concluir que requieren un tratamiento acorde con su situación de vulnerabilidad, como quiera que por expreso mandato superior son sujetos de especial protección constitucional (Art. 43 y 47 de la C.P.); y (ii) la difícil situación económica de la accionante y su hijo, en tanto derivan su sustento diario de la venta informal de “tintos, dulces y cigarrillos”, también permite concluir que María del Carmen Herrera Carvajal y Heider Alexander Herrera Carvajal se encuentran en una considerable circunstancia de debilidad manifiesta que implica que resulte desproporcionado y contrario a la Constitución Política y a la jurisprudencia de esta Corporación, su sometimiento a un proceso ordinario a fin de establecer si tienen o no derecho al reconocimiento de la prestación económica en cuestión.

De igual forma, la Sala considera que el presente caso plantea un problema de relevancia constitucional, toda vez que, como se indicó, la actora y su hijo se encuentran en una precaria situación económica debido a que derivan sus ingresos de una actividad productiva informal. Así las cosas, es razonable concluir que la decisión del Instituto de Seguro Social frente a la solicitud de reconocimiento de la pensión especial de vejez elevada por la accionante, no sólo afecta su derecho fundamental a la seguridad social, sino también sus derechos fundamentales a la vida digna y al mínimo vital.

Finalmente, se encuentra acreditado que la accionante adelantó las actuaciones pertinentes para obtener la protección de sus derechos, dado que el 23 de febrero de 2006 solicitó ante el Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguro Social, el

reconocimiento y pago a su favor de la pensión prevista en el inciso 2 del párrafo 4 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993. Así mismo, está demostrado que ante la negativa de la entidad frente a dicha solicitud, el 14 de junio de 2007 pidió “un nuevo estudio de su caso⁴⁸”, petición que fue resuelta de manera contraria a sus intereses mediante la resolución 12919 del 26 de marzo de 2008⁴⁹. Por último, se encuentra probado que el 27 de junio de 2008, la accionante interpuso “recurso de reposición y en subsidio apelación contra la resolución 12919 del 26 de marzo de 2008⁵⁰”, recurso que a la fecha de interposición de la presente acción, aún no ha sido resuelto por el Instituto de Seguro Social.

5.4 En virtud de lo expuesto, esta Sala encuentra demostrado que el Instituto de Seguro Social vulneró los derechos fundamentales de la accionante y de su hijo discapacitado a la seguridad social, al debido proceso, al mínimo vital y a la vida digna, pues mediante las resoluciones 014322 del 19 de abril de 2006, 37962 del 22 de septiembre de 2006 y 12919 del 26 de marzo de 2008, negó la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez prevista en el inciso 2 del párrafo 4 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993. Igualmente, que la presente acción de tutela satisface los requisitos de procedibilidad establecidos por la jurisprudencia para el efecto, dado que en consideración de los supuestos fácticos del caso, los medios ordinarios de defensa judicial no son idóneos y eficaces para garantizar la protección constitucional invocada.

En consecuencia, esta Corporación dejará sin efectos las resoluciones indicadas y ordenará al Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguro Social, que dentro las 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, expida la resolución correspondiente al reconocimiento de la pensión especial de vejez de María del Carmen Herrera Carvajal, con fundamento en su derecho a la aplicación del régimen de transición previsto la Ley 100 de 1993 y, en concordancia con los requisitos establecidos en el inciso 2 del párrafo 4 del artículo 33 de esa ley y las disposiciones aplicables contenidas en el Decreto 758 de 1990.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional,

administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política,

Primero.- REVOCAR las decisiones adoptadas el nueve (9) de febrero de 2009 por el Juzgado Treinta y Nueve Penal del Circuito de Bogotá y el seis (6) de mayo de 2009 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante las cuales se declaró la improcedencia de la acción de tutela instaurada por María del Carmen Herrera Carvajal en nombre propio y en representación de Heider Alexander Herrera Carvajal, contra el Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguro Social y, en su lugar, CONCEDER la tutela de sus derechos fundamentales a la seguridad social, al debido proceso, al mínimo vital y a la vida digna.

Segundo.- DEJAR SIN EFECTOS las resoluciones 014322 del 19 de abril de 2006, 37962 del 22 de septiembre de 2006 y 12919 del 26 de marzo de 2008 y demás resoluciones expedidas por el Instituto de Seguro Social, mediante las cuales negó la solicitud de reconocimiento de una pensión especial de vejez a favor de María del Carmen Herrera Carvajal.

Tercero.- ORDENAR al Instituto de Seguro Social que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, expida la resolución correspondiente al reconocimiento de la pensión especial de vejez de María del Carmen Herrera Carvajal, con fundamento en su derecho a la aplicación del régimen de transición previsto la Ley 100 de 1993, y en concordancia con los requisitos establecidos en el inciso 2 del parágrafo 4 del artículo 33 de esa ley y las disposiciones aplicables contenidas en el Decreto 758 de 1990.

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

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

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado Ponente

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

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

3 Preámbulo de la Ley 100 de 1993.

4 Sentencias C-294 de 2007, C-989 de 2006, C-1024 de 2004, C-227 de 2004 y C-073 de 2004.

5 Gaceta del Congreso Nº 508 del 15 de noviembre de 2002, p. 5.

6 Al respecto, la Corte indicó: “En relación con la primera condición, la Corte considera que la discapacidad física o mental que afecta al niño debe ser de tal entidad que le impida valerse por sí mismo, es decir que no le permita subsistir dignamente en forma autónoma, dado que lo hace, como lo dice la norma, inválido. Es decir, este beneficio no puede ser otorgado por causa de limitaciones ligeras o que no afecten de manera importante el desarrollo del niño. La norma bajo examen contempla una excepción al régimen general de pensiones, puesto que elimina el requisito de la edad para poder acceder a la pensión de vejez, y ello significa que la concesión de esta prestación especial debe fundarse en motivos de gravedad.”

7 Adicionalmente, en esa oportunidad la Corporación precisó: “No le cabe ninguna

duda a esta Corporación que el apoyo de la madre es fundamental para los niños afectados por una discapacidad, pero para efectos de obtener el derecho a acceder a la pensión especial de vejez esta dependencia no es suficiente. En la misma exposición de motivos transcrita en algunos apartes se expresa que el objetivo de la norma era concederle el beneficio a las madres trabajadoras que eran responsables de la manutención del hijo afectado por una invalidez física o mental, lo que indica que de lo que se trata es de facilitarle a la madre que acompañe a su hijo, para lo cual se la releva del esfuerzo diario por obtener medios para la subsistencia. Y, ciertamente, la garantía de la pensión especial de vejez que confiere la norma le permite a la madre asegurar unos ingresos económicos que le posibilitan dejar su trabajo para poder dedicarse a su hijo, con el objeto de acompañarlo en su proceso de rehabilitación o de suplir sus insuficiencias.”

8 Al respecto, este Tribunal agregó: “(...) el beneficio de la pensión especial de vejez no cobija todas las hipótesis de personas con invalidez que dependen económicamente de alguien y no están cobijados por el Sistema de Seguridad Social. Al respecto cabe recordar lo señalado acerca de que esta prestación constituye un elemento más del Sistema de Seguridad Social en materia de atención a las personas afectadas por una invalidez, razón por la cual en muchos casos se podrá observar que otras disposiciones del sistema cubren las necesidades de personas discapacitadas. Sin embargo, es claro que aún quedan muchos vacíos de protección para las personas discapacitadas. Por ello, debe señalarse que si bien la norma examinada constituye un avance dentro del sistema de protección a las personas discapacitadas, el Estado colombiano no ha terminado de ampliar progresivamente la red de protección a estas personas. Resta por decir que no le corresponde a la Corte llenar todos los vacíos ni extender el beneficio a todas las hipótesis de desprotección de los discapacitados. Ello le compete al Legislador. La Corte sí debe, empero, impedir que se viole el principio de igualdad mediante una clasificación basada en la edad que no es efectivamente conducente para alcanzar los fines que orientan la medida adoptada por el propio Legislador.” (Subraya fuera del texto original).

9 Sobre el particular, la Corte anotó: “(...) el beneficio de la pensión especial de vejez no podrá ser reclamado por las madres trabajadoras, cuando sus niños afectados por una invalidez física o mental tengan bienes o rentas propios para mantenerse. En este

caso, estos niños no dependerían económicamente de la madre, requisito que debe cumplirse para poder acceder a la pensión especial de vejez. Tampoco sería aplicable la norma cuando estos niños reciban un beneficio del Sistema de Seguridad Social que los provea de los medios para subsistir.”

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

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

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

13 Sobre el carácter fundamental del derecho a la seguridad social, véanse entre otras, las sentencias T-414 de 2009, reiterada en la sentencia T-457 de 2009. Al respecto, en las citadas sentencias, la Corte señaló: “(...) el derecho a la seguridad es un verdadero derecho fundamental cuya efectividad y garantía se deriva de (i) su carácter

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

14 Así por ejemplo, en la sentencia T-249 de 2006, la Corte estimó: “(...) con relación a la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de acreencias laborales, particularmente cuando estas corresponden a pensiones de jubilación, el juez constitucional, de manera previa deberá verificar que en el caso concreto concurren ciertos requisitos a saber: (i) que se trate de una persona de la tercera edad, para ser considerado sujeto especial de protección; (ii) que la falta de pago de la prestación o su disminución, genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital; (iii) que se haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial por el interesado tendiente a obtener la protección de sus derechos; y (iv) que se acredite siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados. De este modo, deberá analizarse en cada caso concreto si se verifican estos requerimientos a fin de declarar la procedencia del amparo.”

Igualmente, en la sentencia T-610 de 2008, esta Corporación concluyó: “[L]a Corte Constitucional ha avanzado en el reconocimiento de la procedencia de la acción de tutela en relación con pretensiones de naturaleza prestacional en materia de pensiones, en los casos en que: i) El mecanismo judicial ordinario de que dispone el interesado resulta ineficaz, por cuanto no resuelve el conflicto planteado de manera integral o no es lo

suficientemente expedito frente a la exigencia de protección inmediata de los derechos amenazados (Sentencia T-851 de 2006); ii) el desconocimiento del derecho a la seguridad social en pensiones amenaza por conexidad derechos fundamentales como el mínimo vital y la vida digna; iii) la acción de tutela resulta necesaria para evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable; y iv) la falta de reconocimiento y pago de la pensión se origina en actuaciones que, prima facie, desvirtúan la presunción de legalidad que recae sobre las actuaciones de la administración pública (Sentencia T-851 de 2006).”

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

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

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

18 Sentencia T-414 de 2009.

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

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

21 Sentencia T-007 de 2009.

22 Sentencia T-225 de 1993, reiterada, entre otras, en las sentencias T-401 de 2009, T-269 de 2009, T-913 de 2008, T-422 de 2008, T-757 de 2007, T-373 de 2007, T-1034 de 2006 y T-595 de 2006.

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

24 En la sentencia T-335 de 2000 la Corte destacó: “[L]a definición de asuntos meramente legales o reglamentarios que no tengan una relación directa con los derechos fundamentales de las partes o que no revistan un interés constitucional

claro, no puede ser planteada ante la jurisdicción constitucional.”

25 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).”

26 Al respecto, en la sentencia T-1206 de 2005, esta Corporación 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.

27 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.”

28 Cfr. Observación General No. 19 “El derecho a la seguridad social (artículo 9)” del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Aprobada el 23 de noviembre de 2007, en el 39° periodo de sesiones): “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.”

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

30 Este criterio jurisprudencial fue reiterado en las sentencias T-457 de 2009 y T-414 de 2009.

31 Sentencia T-016 de 2007.

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

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

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

35 Sentencia T-1213 de 2008.

36 Cfr. Folio 8, cuaderno 2.

37 Cfr. Folios 26 y 27, cuaderno 2.

38 La constitucionalidad de esta norma ha sido estudiada por la Corte Constitucional en las sentencias C-754 de 2004, C-1056 de 2003, C-596 de 1997, C-168 de 1995 y C-410 de 1994.

39 Cfr. Folio 8, cuaderno 2.

40 En la sentencia C-596 de 1997, la Sala Plena de la Corte resolvió una demanda de inconstitucionalidad presentada contra la expresión “al cual se encuentren afiliados”, contenida en el inciso 2 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En esa

oportunidad, la Corte señaló que el derecho a la aplicación del régimen de transición no sólo depende del cumplimiento del requisito relativo a la edad o al tiempo de servicios establecido en dicha norma, sino también de la afiliación del interesado a un régimen pensional al momento de entrar en vigencia la Ley 100. Al respecto, esta Corporación precisó: “Obviamente, la Ley 100 [de 1993], justamente en la expresión demandada, exigió que los acreedores a tal beneficio estuvieran afiliados a algún régimen pensional. No podía ser de otra forma, porque de lo contrario, se pregunta la Corte: ¿Cuáles serían los requisitos o condiciones más favorables que se harían prevalecer frente a las exigencias de la nueva ley? Si la persona no estaba vinculada a ningún régimen pensional, no existía ni siquiera la expectativa de derecho a pensionarse según determinados requisitos, que por simple sustracción de materia eran imposibles de precisar. || Luego, por elementales razones de lógica jurídica, era necesario establecer el condicionamiento de estar afiliado a algún régimen pensional para efectos de ser acreedor al beneficio derivado del régimen de transición, consistente en poder pensionarse de conformidad con los requisitos y condiciones previstos para el régimen anterior.” (Subraya fuera del texto original).

42 Sobre la aplicación del Decreto 758 de 1990, en la sentencia T-086 de 2000 la Corte explicó: “La Sala estima importante antes de entrar en el análisis del análisis del caso, resaltar que el Decreto 758 de 1990 aprobó el acuerdo No. 049 de febrero 1º de 1990, emanado del Consejo Nacional de los Seguros Sociales Obligatorios, pero que a partir del 1º de abril de 1994, el reglamento de invalidez, vejez y muerte (IVM), fue modificado sustancialmente por el sistema general de pensiones creado a partir de la ley 100 de 1993, no obstante lo anterior también es importante advertir que las disposiciones del Decreto 758 de 1990, en cuanto a las pensiones de vejez continúa aplicándose a los trabajadores afiliados al régimen de la seguridad social, que de acuerdo con la propia Ley 100, tienen derecho a recibir las prestaciones contempladas en los reglamentos del ISS, siempre y cuando, claro está, cumplan con los requisitos de fondo y de forma para beneficiarse del régimen de transición previsto en la ley; (...). || De otro lado es importante resaltar también que de tiempo atrás la ley y la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, han establecido que las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes a cargo del Seguro Social, se causan cuando se reúnan los requisitos de edad y el mínimo de cotizaciones, o cuando se configuren los supuestos de hecho contemplados en los reglamentos del ISS. Sin embargo, debe esta Corporación recordar también que

debido a los constantes cambios normativos sobre este particular, cuando se pretenda establecer el derecho a este tipo de prestaciones sociales es necesario determinar en cada caso concreto la norma vigente en el momento en que se reunieron o causaron los derechos, o se configuraron los supuesto normativos tales como los requisitos de edad o los períodos de cotizaciones que contempla la ley sobre nivelaciones, incrementos o mejoras de esas prestaciones sociales.” (Subraya fuera del texto).

43 Artículo 13 del Decreto 758 de 1990: “CAUSACION Y DISFRUTE DE LA PENSION POR VEJEZ. La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.”

44 Artículo 20 del Decreto 758 de 1990: “INTEGRACION DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMUN Y DE VEJEZ. Las pensiones de invalidez por riesgo común y por vejez, se integrarán así: (...) PENSIÓN DE VEJEZ || a) Con una cuantía básica igual al cuarenta y cinco por ciento (45%) del salario mensual de base y, || b) Con aumentos equivalentes al tres por ciento (3%) del mismo salario mensual de base por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el asegurado tuviere acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización. El valor total de la pensión no podrá superar el 90% del salario mensual de base ni ser inferior al salario mínimo legal mensual ni superior a quince veces este mismo salario. (...)”

45 Al respecto, en la sentencia T-997 de 2007, la Corte Constitucional concluyó: “(...) existe vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y seguridad social, cuando, en perjuicio del principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, en un caso de reconocimiento de pensión de jubilación se desconocen, inaplican o se aplican parcialmente las normas del régimen que ampara a un trabajador que se encuentra cobijado por los supuestos de hecho que dispone el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.” (Subraya fuera del texto original). Igualmente, en la sentencia T-414 de 2009, esta Corporación anotó: “Ahora bien, con base en lo anterior, en reiteradas oportunidades, la Corte Constitucional ha concedido la tutela de los derechos fundamentales a la seguridad social y al debido proceso (sentencia T-008 de 2009), cuando constata que la

entidad encargada del reconocimiento de la pensión de vejez ha desconocido las normas del régimen aplicable a quien satisface los supuestos de hecho previstos en el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. || En este sentido, la jurisprudencia ha considerado que dicho desconocimiento no sólo resulta contrario al principio de favorabilidad (sentencia T-090 de 2009), sino también constituye una vía de hecho administrativa por defecto sustantivo (sentencias T-524 de 2008 y T-806 de 2004). En estos eventos, ha dicho la Corte, se entiende que se configura una vía de hecho, pues sin un sustento objetivo y jurídico razonable, se adopta una decisión que no tiene en cuenta las normas aplicables al caso.” (Subraya fuera del texto original).

46 Cfr. Folios 26 y 27, cuaderno 2.

47 Cfr. Folio 8, cuaderno 2.

48 Ibídem.

49 Cfr. Folios 8 y 9, cuaderno 2.

50 Cfr. Folios 6 y 7, cuaderno 2.