

Sentencia T-652-09

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional pago de acreencias pensionales

LEY DE SEGURIDAD SOCIAL-Beneficiarios fondo de pensiones de empresas de metales preciosos y Empocor

DERECHO AL MINIMO VITAL-Presunción de afectación por suspensión en el pago de mesadas pensionales

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para el pago de mesadas pensionales fundamentada en la presunción de vulneración del mínimo vital y en la interpretación literal del artículo 149 de la Ley 100 de 1993

ACCION DE TUTELA-Inclusión en nómina de pensionado de Empocor

Referencia: expediente T-2.276.462

Acción de tutela de José Francisco Ortega Fuentes contra Empocor S.A. -en liquidación- y el Instituto de Seguros Sociales.

Magistrado Ponente:

Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

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

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Mauricio González Cuervo, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del trámite de revisión de los fallos dictados por el Juzgado Penal del Circuito de Cereté, Córdoba, el veintiocho (28) de enero de dos mil nueve (2009) en primera

instancia, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Córdoba, el dieciocho (18) de marzo de dos mil nueve (2009) en segunda instancia.

De los hechos y la demanda.

El señor José Francisco Ortega Fuentes interpuso acción de tutela contra Empocor S.A. (Empresas de Obras Sanitarias de Córdoba) -en liquidación-, y el Instituto de Seguros Sociales con el fin de obtener protección constitucional a sus derechos fundamentales a la seguridad social, el mínimo vital, la vida digna, la igualdad y el debido proceso que considera vulnerados por las accionadas. A continuación se presentan los fundamentos fácticos de la demanda:

1. Empocor S.A. -en liquidación- (en adelante Empocor) decidió reconocer “pensión restringida de jubilación” al peticionario mediante resolución No. 0052 de 2007, considerando que cumplía con los requisitos de tiempo de servicio y edad requeridos por la normatividad legal aplicable¹.

2. El Instituto de Seguros Sociales (en adelante el ISS) es la entidad encargada del pago de la nómina de los pensionados de Empocor, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 149 de la Ley 100 de 1993. Sin embargo, se ha negado a efectuar la inclusión en nómina del peticionario por considerar que el acto administrativo de reconocimiento pensional emitido por Empocor no cumple con los requisitos exigidos por la Ley.

Como consecuencia de lo expuesto, el ISS solicitó a Empocor corregir el acto administrativo considerando que la situación pensional del señor Ortega Fuentes debía ser analizada a partir del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 y no del artículo 37 de la Ley 50 de 1990 como lo hizo Empocor.

3. Empocor, ante los reparos expuestos por el ISS, profirió la Resolución 0059 de 2008 en la que modificó algunos aspectos de la resolución de reconocimiento inicial (Resolución 0052 de 2007), pero mantuvo como fundamento normativo el artículo 37 de la Ley 50 de 1990.

4. El peticionario solicitó al Gerente Liquidador de Empocor modificar nuevamente el segundo acto administrativo, de acuerdo con las condiciones impuestas por el ISS para

efectuar la inclusión en nómina y el pago de las mesadas pensionales; la entidad decidió, empero, confirmar en todas sus partes la resolución 0059 de 20082.

5. El accionante expresa, además, que el ISS efectuó reparos similares a los actos administrativos por medio de los cuales se reconoció el derecho pensional a algunos de sus compañeros y Empocor aceptó modificar esas resoluciones. En su caso, debido a un cambio de Gerente Liquidador, la entidad se negó a efectuar las modificaciones solicitadas por el ISS, vulnerando de esta forma su derecho fundamental a la igualdad.

6. La controversia que existe entre Empocor y el ISS ha tenido como consecuencia la transgresión de los derechos constitucionales del peticionario a la seguridad social, el mínimo vital, el debido proceso, la especial protección a las personas de la tercera edad y la igualdad.

2. INTERVENCIONES

2.1. Del Gerente Liquidador de Empocor S.A.

El señor Francisco Burgos Echenique, en calidad de Gerente Liquidador de Empocor, intervino en el trámite de la primera instancia solicitando denegar el amparo invocado, con base en los siguientes argumentos: (i) el pago de las pensiones de la nómina de Empocor corresponde al ISS y no existe prueba de que la entidad se haya negado a incluir en nómina al peticionario; (ii) Empocor respondió el recurso de reposición del peticionario señalando las razones legales por las que no son procedentes las modificaciones exigidas por el ISS. En consecuencia, (iii) la entidad no ha vulnerado ningún derecho fundamental del peticionario. (iv) Finalmente, señala el señor Burgos Echenique que si el ISS no ha efectuado la inclusión en nómina es responsabilidad exclusiva de esa entidad.

Del Instituto de Seguros Sociales

Del fallo de primera instancia.

El Juzgado Penal del Circuito de Cereté, Córdoba, en sentencia de primera instancia proferida el veintiocho (28) de enero de dos mil nueve (2009), decidió conceder el amparo a los derechos constitucionales del señor Ortega Fuentes y, en consecuencia,

ordenar a Empocor modificar el acto administrativo de reconocimiento del derecho pensional de acuerdo con las exigencias del Instituto de Seguros Sociales. El Juez consideró que la existencia de un reconocimiento pensional efectuado por Empocor y la condición de persona de la tercera edad del actor constituían motivos suficientes para conceder el amparo.

Impugnación.

El Gerente Liquidador de Empocor impugnó el fallo referido con base en las siguientes consideraciones: (i) Empocor no violó ningún derecho fundamental sino que, por el contrario, reconoció el derecho pensional del señor José Francisco Ortega Fuentes con el fin de garantizar sus derechos constitucionales al mínimo vital y a la seguridad social, de conformidad con las prescripciones legales pertinentes para el efecto; (ii) la modificación de la resolución no es viable jurídicamente pues la prestación reconocida por Empocor es la “pensión restringida” prevista por el artículo 37 de la Ley 50 de 1990 y no aquella que establece el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 como considera el ISS.

Del fallo de segunda instancia.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Córdoba, en fallo de segunda instancia, de dieciocho (18) de marzo de dos mil nueve (2009), decidió revocar la decisión del a quo y denegar el amparo invocado por el peticionario considerando, por una parte, que la tutela es improcedente para dirimir controversias sobre prestaciones sociales, y de otra parte, que el peticionario no aportó ninguna prueba para acreditar la supuesta violación al derecho a la igualdad. A juicio del ad quem no hay elementos que permitan determinar si el actor se encontraba en la misma situación de hecho de otros trabajadores a quienes -según el peticionario- Empocor les modificó sus respectivas resoluciones de reconocimiento pensional siguiendo las observaciones del ISS.

II. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

Competencia.

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo determinado en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y, en cumplimiento del auto de once (11) de junio de dos mil nueve (2009), expedido por la Sala de Selección Número seis de esta Corporación, que seleccionó este asunto para revisión.

a. Problema jurídico planteado.

Corresponde a la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional determinar si en el presente caso se desconocieron los derechos fundamentales del peticionario a la vida digna, el mínimo vital, la seguridad social, la especial protección debida por el Estado a las personas de la tercera edad y el debido proceso a raíz de: (i) la negativa del ISS de incluirlo en nómina de pensionados pese a que su derecho pensional fue reconocido por Empocor; y (ii), la negativa de Empocor de acatar o acoger las instrucciones del ISS sobre la necesidad de analizar la situación pensional del peticionario, a partir de lo dispuesto por el artículo 8º de la Ley 171 de 1961.

Para dar respuesta al problema jurídico, la Sala se referirá, en primer término, a la procedencia excepcional de la acción de tutela para obtener el pago de derechos pensionales previamente reconocidos; y, en segundo término, a la forma en que la Corporación ha resuelto casos similares al del peticionario, en los cuales existe una intervención de las Empresas Públicas de Obras Sanitarias (empos) y el ISS en el reconocimiento y pago del derecho pensional. Finalmente, la Sala analizará el caso concreto.

b. Solución al problema jurídico.

1. Esta Corporación ha señalado en jurisprudencia constante, uniforme y reiterada que la acción de tutela no procede, por regla general, para resolver controversias relacionadas con el reconocimiento y pago de prestaciones económicas³, salvo cuando se demuestre que de ello depende la eficacia del derecho fundamental al mínimo vital o cuando la protección es solicitada por personas en condición vulnerable o sujetos de especial protección constitucional⁴.

2. En cuanto a la procedencia de la acción para el reconocimiento y pago de derechos

pensionales, la Corte Constitucional ha establecido las siguientes subreglas⁵:

2.1. El derecho a la seguridad social se torna fundamental “cuando su incumplimiento vulnera o amenaza los derechos a la vida o a la salud del pensionado”⁶.

2.2. El procedimiento idóneo para el pago de mesadas es el ejecutivo laboral. Sin embargo, excepcionalmente, la tutela procede para proteger el mínimo vital del afectado, cuya vulneración debe ser analizada de acuerdo con la situación específica del accionante y en relación con el concepto de dignidad humana⁷.

2.3. La cesación prolongada en el pago de la mesada pensional, es decir, aquella que se extiende por más de dos períodos, permite presumir la vulneración del mínimo vital del pensionado y su grupo familiar⁸. En tales eventos corresponde a la administración la carga de demostrar que con el desconocimiento del derecho pensional no se ha vulnerado el mínimo vital del afectado.

2.4. Por último, el amparo por vía de tutela sólo puede hacerse extensivo al pago oportuno de mesadas ciertas e indiscutibles, es decir, aquellas que han sido efectivamente reconocidas⁹, puesto que el juez constitucional no tiene competencia para reconocer derechos sobre los que existe controversia legal.

3. Ahora bien, el caso de los ex funcionarios de las empos es un caso especial en el que debe tenerse en cuenta un aspecto de relevancia para la aplicación de las subreglas mencionadas, como a continuación se expone:

3.1. El Legislador previó en el artículo 149 de la Ley 100 una distribución de competencias entre el ISS y las empos para el reconocimiento y pago de prestaciones pensionales. La disposición citada establece:

Artículo 149, ley 100 de 1993. Beneficiarios del fondo de pensiones de las empresas productoras de metales preciosos y empos. Las pensiones de los beneficiarios del Fondo de Pensionados de las Empresas Productoras de Metales Preciosos creado mediante la Ley 50 de 1990, y las de las Empresas de Obras Sanitarias liquidadas serán pagadas en adelante por el Instituto de Seguros Sociales, el cual también asumirá la prestación del servicio médico asistencial siempre y cuando el pensionado cotice para salud.

El Gobierno Nacional apropiará anualmente en el presupuesto las partidas necesarias para el cumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo, y hará las correspondientes transferencias al Instituto de Seguros Sociales¹⁰.

3.2. Al proferir el fallo T-323 de 1998, la Sala Primera de Revisión de esta Corporación consideró que para resolver el problema relativo a la procedencia de la acción de tutela para obtener el pago de una prestación pensional en aquellos casos en que el reconocimiento y el pago están a cargo de distintas entidades, era necesario establecer el alcance de la disposición referida.

3.3. Por ello, concluyó la Sala Primera de Revisión en la citada sentencia T-323 de 1998, que la intervención del ISS va más allá del simple pago de las mesadas pensionales y tiene incidencia directa en el perfeccionamiento del acto jurídico de reconocimiento pensional de los ex trabajadores de empos. En tales casos, el reconocimiento pensional se produce por un acto administrativo sui géneris, asimilable a los actos administrativos complejos.¹¹

3.4. De las consideraciones recién efectuadas se desprende una conclusión relevante: dado que no basta con el reconocimiento pensional efectuado por las empos para la consolidación de una situación jurídica particular y concreta, mientras subsista una controversia entre una Empo y el ISS, el derecho no se encuentra consolidado, lo que hace improcedente la acción de tutela para el reclamo del derecho prestacional pues de acuerdo con las subreglas reiteradas en párrafos precedentes (ver, supra 2.4) el juez constitucional solo puede ordenar el pago de mesadas derivadas de derechos reconocidos.

3.5. En los fallos citados, la Corte expresó, así mismo, que la acción de tutela resultaba improcedente por no haberse acreditado la vulneración al mínimo vital ni la amenaza de un perjuicio irremediable por parte de los peticionarios.

4. Por último, cabe mencionar que un aspecto relevante en el estudio de aquellos casos, fue el hecho de que la discusión sobre la legalidad de los actos administrativos emitidos por las empresas públicas de obras sanitarias vinculadas a tales procesos se extendía a la existencia de investigaciones solicitadas por el ISS por presuntas irregularidades en el reconocimiento de los derechos pensionales.

A partir del marco jurisprudencial expuesto, procede la Sala al estudio del caso concreto.

III. DEL CASO CONCRETO.

5. Como se expuso en los fundamentos del fallo, la Corte Constitucional en ejercicio de su función de revisión de sentencias de tutela ha conocido casos similares al que se analiza en esta oportunidad en los años 1998 y 1999.

En los casos mencionados y particularmente en la sentencia T-323 de 1998, la Corte denegó el amparo invocado por ex trabajadores de distintas empos con base en los siguientes argumentos: (i) los peticionarios no demostraron que la no inclusión en nómina implicara una violación o amenaza a su derecho constitucional al mínimo vital, ni la inminencia de un perjuicio iusfundamental irremediable; (ii) la controversia legal que se generó entre el ISS, los Consejos Regionales de Planeación - Corpes y el ISS debía resolverse mediante la interpretación y aplicación de los diversos regímenes pensionales establecidos por la Ley, tarea reservada a los jueces naturales de cada proceso y no al juez constitucional.

Sobre el segundo aspecto mencionado, consideraron las distintas salas de revisión, que a partir de un análisis histórico y teleológico del artículo 149 de la Ley 100 de 1993, que establece la obligación del ISS de asumir el pago de las pensiones reconocidas por las empos, se infiere que el acto de reconocimiento de tales prestaciones es equivalente a un acto administrativo complejo que no se perfecciona con la expedición de la resolución por parte de las empresas públicas de obras sanitarias sino que requiere la expresión de conformidad del ISS sobre la legalidad del acto.

La Sala constata que existe una similitud fáctica entre los casos estudiados por la Corporación en los años 1998 y 1999, relativos al reconocimiento y pago de pensiones de ex trabajadores de las empos, por lo que la jurisprudencia cuyo sentido (o ratio decidendi) ha sido brevemente reseñado en los dos párrafos precedentes debería servir de guía para la solución del problema jurídico que se estudia. La Sala Tercera, empero, considera que existen serios motivos para apartarse de esas decisiones y, en su lugar, conceder el amparo a los derechos constitucionales al mínimo vital, la seguridad social y el debido proceso del actor.

Esta Corporación ha enfatizado en un amplio número de pronunciamientos¹³ la importancia de mantener decisiones uniformes por parte de los jueces, apreciación que sin duda se extiende a esta Corporación. La uniformidad en las decisiones es una garantía esencial para la concreción del principio de igualdad, la seguridad jurídica, la supremacía de la constitución y la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico¹⁴;

Sin embargo, en consideración al carácter dinámico intrínseco al derecho jurisprudencial y a la ausencia de una estructura jerárquica al interior de la Corte, la Corporación también ha expresado que existe una autonomía interpretativa en cabeza de cada sala de revisión y que, en caso de existir posiciones no coincidentes sobre un escenario constitucional determinado en ciertos momentos históricos, lo que procede es la unificación por parte de la Sala Plena.

En ese sentido, las distintas salas de revisión se encuentran vinculadas a lo decidido por la Sala Plena y, de forma relativa, a la *ratio decidendi*¹⁵ de las sentencias de revisión de tutela proferidas por las distintas salas de este Tribunal pues, si bien una sala de revisión puede adoptar posiciones diferentes a las previamente establecidas por las demás salas, debe expresar con total claridad y transparencia las razones por las que resulta constitucionalmente legítimo apartarse del rumbo marcado por las sentencias arriba citadas.

Dicho de otra forma, la defensa del principio de igualdad de trato en la aplicación de la ley, la certeza en el contenido de los derechos fundamentales, y la plenitud del orden jurídico exigen: (i) mantener las soluciones previamente establecidas por las diferentes salas de revisión de la Corte; o (ii), que, en caso de optar por una decisión diferente, la Sala de Revisión exponga las razones por las que se aparta de una solución previamente acogida por otras salas de la Corporación¹⁶.

Con el fin de llenar esa exigencia argumentativa, la Sala adelantará la exposición sobre los motivos que justifican adoptar una decisión divergente a la adoptada en las sentencias T-323 de 1998, y en las sentencias de reiteración T-546 de 1998 y T-204 de 1999, en los siguientes términos: (i) la consolidación de la regla jurisprudencial sobre la presunción de vulneración al mínimo vital por el no pago de mesadas pensionales tuvo lugar con posterioridad a la emisión de las sentencias ampliamente referidas; (ii) el

contexto histórico en el que se dieron los fallos citados es diferente al contexto actual; (iii) es posible establecer una distinción fáctica relativa entre tales casos y el presente a partir de la intervención del ISS en cada proceso; (iv) la interpretación establecida por la Sala Primera de Revisión sobre el artículo 149 de la Ley 100 de 1990 debe ser revisada a la luz del principio pro hómine, lo que incide en la certeza del derecho pensional reclamado y la consecuente procedencia de la acción de tutela.

A continuación se desarrollará cada uno de estos criterios de interpretación en el contexto del caso concreto.

Los puntos (i) y (ii) tienen incidencia directa en la procedibilidad de la acción, así que serán tratados conjuntamente: consolidación jurisprudencial de la presunción de afectación al mínimo vital por no pago de mesadas pensionales y cambio del contexto histórico de la decisión con trascendencia en los hechos del caso.

En la sentencia citada (T-140 de 200017) se expresa que esa presunción tiene como antecedentes jurisprudenciales las sentencias T-308 de 1999, T-259 de 1999 y T-554 de 199818. Es decir, se trata de una subregla jurisprudencial que apenas se encontraba en su etapa inicial de desarrollo al momento de producirse los fallos relativos a la inclusión en nómina de funcionarios de las empos.

Actualmente, la sentencia T-140 de 2000 ha sido constantemente reiterada¹⁹, incluso en fallos recientes así que se halla consolidada la posición de la Corte en cuanto a que la omisión en el pago de mesadas que se extiende por más de dos meses, en ausencia de controversia y mediante prueba sumaria del actor (que puede ser incluso la manifestación del actor en la demanda de tutela), es posible presumir la vulneración al derecho fundamental al mínimo vital.

En tales términos, en el caso que ocupa a esta Sala, la amenaza al mínimo vital se encuentra acreditada debido a que el peticionario aportó una declaración ante notario en la que expresa: “En la actualidad no trabajo, no recibo sueldo ni pensión alguna, no recibo renta de ninguna clase, no tengo pensión de jubilación como tampoco servicio de salud” (Fl. 25, cuaderno de tutela), declaración no controvertida que permite dar aplicación a la presunción de vulneración del derecho fundamental al mínimo vital.

Se entiende que la situación de no-pago de mesadas comenzó dos meses después de la ejecutoria de la resolución de reconocimiento pensional que es el tiempo que normalmente tarda la inclusión en nómina, así que la cesación de pagos, en esta oportunidad se extiende, por lo menos, por diez meses²⁰.

En cuanto al contexto histórico (ii), es posible inferir razonablemente que el proceso de liquidación de las empos, iniciado en 1987 debe encontrarse, 20 años después, en su fase final. Como se sabe, la sana crítica permite acudir a las máximas de la experiencia y es claro que los procesos liquidatorios no deben extenderse indefinidamente en el tiempo pues perderían así su razón de ser (modificar la estructura del estado).

En el presente caso, además, en el expediente se encuentra una comunicación informal entre el ISS y Empocor en la que se hace referencia a la inminente liquidación de la entidad²¹. Este factor incide directamente en la eficacia de los medios judiciales de defensa ordinarios pues resulta necesario que el juez constitucional intervenga con el fin de evitar que la disolución definitiva de la entidad resulte un obstáculo para la eficacia de sus derechos constitucionales, en caso de mantenerse sus controversias con el ISS.

Dado que el peticionario es un adulto mayor (cuenta con 61 años de edad), sujeto de especial protección constitucional, que la inminente (o actual) liquidación de Empocor le resta eficacia a las acciones judiciales ordinarias, y que se presume la vulneración a su derecho fundamental al mínimo vital, la Sala estima que los requisitos de procedibilidad del amparo se encuentran acreditados.

(iii) Es posible establecer una distinción fáctica relativa entre los casos fallados en 1998 y 1999 y el que actualmente ocupa a la Sala Tercera de Revisión de la Corte.

A juicio de la Sala es posible distinguir la premisa fáctica de los casos estudiados en 1998 y 1999 del que actualmente se estudia a partir de un sencillo análisis sobre la intervención del ISS en cada uno de los procesos. En los casos anteriores, el ISS controversió la legalidad de los actos administrativos de reconocimiento pensional señalando que fueron producto de corrupción, razón por la cual instauró denuncias ante los órganos de control.

En este proceso, el ISS guardó silencio por lo que, en principio, no es viable suponer que hubo actos ilegales, delictivos o irregulares al momento de emitirse los actos administrativos de reconocimiento pensional por parte de Empocor, pues los principios constitucionales de buena fe y la presunción de inocencia prohíben a cualquier autoridad pública, incluida esta Sala, presumir la existencia de tales irregularidades mientras no sean declaradas judicialmente o hasta que los órganos competentes (de control o jurisdiccionales) adopten medidas cautelares para restar eficacia a tales actos.

De la observación de algunos documentos contenidos en el expediente²², es posible constatar que entre el ISS y Empocor actualmente existe una especie de costumbre jurídica para dar trámite a las objeciones del ISS. Se trata de oficios en los que el Instituto solicita correcciones específicas a la empresa de obras sanitarias.

Esa práctica no equivale a la existencia de un derecho del peticionario a la corrección de su resolución (ese derecho no tiene fundamento legal ni constitucional) ni una violación al derecho a la igualdad como se argumenta en el escrito de tutela pues no está acreditado que la situación de hecho del señor Ortega Fuentes sea igual o por lo menos semejante a la de los empleados cuyas resoluciones de reconocimiento fueron corregidas por Empocor.

Lo que sí puede inferirse razonablemente de esa forma de actuar del ISS es que las denuncias o las sospechas del ISS sobre la ocurrencia de actos de corrupción detrás del reconocimiento de las pensiones de las empos hoy en día no se mantienen, al menos en lo que toca a Empocor. De no ser así, el Instituto de Seguros Sociales, como lo hizo en el pasado, denunciaría ante las autoridades competentes la ocurrencia de hechos ilícitos y no se limitaría a solicitar modificaciones concretas de los actos administrativos señalados.

(iv) Sobre la interpretación del artículo 149 de la Ley 100 de 1993.

En primer lugar, debe señalarse que no corresponde a esta Corte fijar la interpretación más plausible de las normas legales, función que atañe a todos los jueces en el ámbito de su competencia y, muy especialmente, a los órganos de cierre del sistema jurídico de las jurisdicciones ordinaria y contencioso-administrativa.

A pesar de ello, en algunas ocasiones resulta imprescindible determinar si una interpretación de una disposición jurídica determinada se opone a la vigencia de las normas constitucionales pues, de ser así, la Corte Constitucional se encuentra en la obligación de garantizar la supremacía de la Carta Política, bien sea inaplicando la disposición, bien sea interpretando la ley de conformidad con la Constitución, en caso de que sea posible.

Al proferir la sentencia T-323 de 1998²³, la Sala Primera de Revisión consideró que debía interpretarse el alcance del artículo 149 de la Ley 100 de 1993 con el fin de establecer si la reclamación se ejercía sobre un derecho cierto, pues en caso de controversia legal, la decisión estaría vetada al juez constitucional.

En tales fallos, distintas salas de revisión consideraron que la disposición citada admitía dos interpretaciones: (i) la independencia de los actos de reconocimiento y pago de la pensión; o (ii) la relación intrínseca entre los dos actos. En caso de aceptarse la independencia de estos, el derecho se encontraría consolidado desde que la Empo emite el acto de reconocimiento. De no ser así, el perfeccionamiento estaría condicionado a la expresión de conformidad del ISS, como se explicó ampliamente en los fundamentos del fallo. (Supra, considerando 3).

La Sala Primera de la Corte, en la sentencia T-323 de 1998 consideró que la norma debía interpretarse en el segundo sentido pues el papel del ISS trascendía la simple ejecución del acto proferido por la Empo desde un punto de vista teleológico e histórico el Instituto debía ejercer un papel activo para la efectiva liquidación de las Empos y el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el pasivo pensional de estas entidades públicas.

La razón es que en materia de derechos pensionales debe aplicarse la interpretación que más favorezca la vigencia de los derechos humanos, de conformidad con el principio pro hómine²⁴ y el principio de condición más favorable en la interpretación y aplicación de las leyes laborales, norma específica y relativa a derechos laborales, elevada al rango de principio mínimo del derecho al trabajo por el constituyente en el artículo 53 Superior.

En casos como el que se estudia no cabe duda de que la interpretación más favorable

del artículo 149 de la Ley 100 de 1993 es aquella que mantiene la separación entre las funciones de las empos (reconocimiento del derecho) y el ISS (pago), pues exige menos condiciones para la consolidación del derecho pensional.

Pero, además de ello, considera esta Sala que la interpretación según la cual el ISS interviene en el perfeccionamiento del acto administrativo de reconocimiento pensional de los extrabajadores de las empos al ser aplicada a un caso como el que actualmente se estudia, en el que Empocor se ha pronunciado en dos oportunidades sobre las objeciones del ISS y a pesar de ello se mantienen algunas diferencias entre las dos entidades, ubica al peticionario en una situación de indefensión desproporcionada si se compara con la situación de quienes obtienen el reconocimiento y pago por una misma entidad (reconocimiento ordinario).

La diferencia, en esencia, se encuentra en que para los trabajadores cuyo reconocimiento sigue el curso ordinario, una vez se produce el acto administrativo que reconoce su derecho pensional, se consolida a su favor una situación jurídica particular y concreta que solo puede ser desvirtuada mediante (i) la revocatoria directa que, en relación con actos particulares y concretos como los de reconocimiento pensional, supone el cumplimiento de un procedimiento legal particularmente exigente²⁵; o, (ii) mediante pronunciamiento judicial emitido por los jueces competentes.

Para los ex trabajadores de las empos, por otra parte, debido a un mecanismo previsto por el legislador para evitar traumatismos en el pago del pasivo pensional de tales entidades, una vez se consolide su liquidación, la situación resulta por completo diferente, pues el ISS puede, mediante la emisión de actos administrativos informales como los oficios de objeciones, quitarle por completo la eficacia al reconocimiento pensional. La solución de problemas administrativos no es, en opinión de esta Sala, una razón constitucionalmente relevante y legítima para mantener una diferenciación de trato entre los ex trabajadores de las Empos y aquellos que se ven beneficiados por un reconocimiento pensional "ordinario" en materia del goce efectivo de sus derechos constitucionales al mínimo vital y la seguridad social.

Podría argumentarse que la revisión de legalidad del acto administrativo de reconocimiento por parte del ISS es necesaria para solicitar, con apego al orden

legal, la apropiación presupuestal para el pago de las prestaciones pensionales. Esta posición, empero, no es aceptable debido a que los actos administrativos se presumen válidos mientras no se surtan los trámites y procedimientos previstos por el legislador para desvirtuar esa presunción, de manera que el ISS sí cuenta con un fundamento normativo para solicitar la apropiación presupuestal que es, precisamente, el acto administrativo de reconocimiento pensional emitido por la Empo mientras no se desvirtúe la presunción de legalidad que lo ampara.

Por lo tanto, si el ISS considera que existen serios motivos para controvertir la legalidad del acto administrativo de reconocimiento pensional emitido por la Empo debe seguir los trámites y procedimientos que consagra el sistema jurídico (acciones contenciosas, solicitud de revisión de legalidad, o el que las entidades consideren pertinente) para desvirtuar la legalidad de este.

La legítima finalidad de proteger el erario expresada por el ISS no puede perseguirse mediante actuaciones que desconozcan las formas propias de cada juicio por mandato imperativo del artículo 29 constitucional, de obligatoria aplicación en todas las actuaciones administrativas y judiciales.

(iv) La certeza sobre el derecho pensional del señor Ortega Fuentes.

La certeza del derecho se deriva de las consideraciones expresadas en el acápite inmediatamente anterior.

Síntesis de la decisión.

La Sala Tercera de Revisión revocará el fallo de segunda instancia y confirmará el primero únicamente en lo que concierne a la decisión de proteger los derechos del peticionario al mínimo vital, la seguridad social y la protección de los adultos mayores del señor José Francisco Ortega Fuentes, modificando el resto de la decisión del a-quo.

El fundamento de este fallo se encuentra en las subreglas previstas por la Corte para la procedencia excepcional de la acción de tutela para el pago de mesadas pensionales (ver, supra, II/2), especialmente, en la presunción de vulneración al mínimo vital

cuando tal situación se extiende por más de dos períodos (ver, supra, II/2.3) y en una interpretación literal del artículo 149 de la Ley 100 de 1993 que permite considerar que la reclamación del peticionario pretende la eficacia de derechos ciertos, tal como lo exige la subregla reiterada en el fundamento 2.4.

En virtud de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional otorgará la protección constitucional invocada por el peticionario a sus derechos fundamentales al mínimo vital y la seguridad social ordenando que sea incluido en nómina y que se efectúe el pago de las mesadas pensionales dejadas de percibir desde que el reconocimiento se encuentra en firme. El amparo se concreta únicamente en el aspecto mencionado pues no corresponde a la Corte solucionar las controversias sobre la legalidad del reconocimiento que aún subsisten entre el ISS y el Empocor.

Esa controversia debe ser resuelta en el ámbito de la justicia ordinaria y corresponde a la entidad que actualmente discute su legalidad acudir ante los jueces, los órganos de control, o utilizar los mecanismos que estime apropiados para discutir la legalidad del reconocimiento pensional efectuado por Empocor.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida dentro del presente trámite en segunda instancia por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Montería, Córdoba, el dieciocho (18) de marzo de dos mil nueve (2009), y CONFIRMAR el fallo emitido en primera instancia por el Juzgado Penal del Circuito de Cereté, Córdoba, el veintiocho (28) de enero de dos mil nueve (2009), únicamente en lo relativo a la protección que otorgó a los derechos constitucionales del peticionario a la seguridad social, el mínimo vital y la protección especial a los adultos mayores.

SEGUNDO.- ORDENAR al ISS que, en el término de ocho (8) días contados a partir de la

notificación de esta sentencia proceda a efectuar la inclusión en nómina de pensionados de Empocor del señor José Francisco Ortega Fuentes, en los términos establecidos por la Entidad en la resolución 0059 de 2007, y a cancelar las mesadas dejadas de percibir en virtud de su omisión.

TERCERO.- LIBRESE, por Secretaría, la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado Ponente

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Aclaración de voto

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria

Aclaración de voto a la Sentencia T-652-09

JUEZ DE TUTELA-Debe individualizar la situación de cada demandante por falta de pago de mesadas pensionales (Aclaración de voto)

DERECHO AL MINIMO VITAL DEL PENSIONADO-Derecho al pago oportuno de mesadas a persona que no es de la tercera edad (Aclaración de voto)

PERSONA DE LA TERCERA EDAD Y VIA EXCEPCIONAL DE LA ACCION DE TUTELA PARA RECLAMAR PENSION DE VEJEZ-Sólo los ciudadanos hombres mayores de 72 años pueden

acudir a esta acción (Aclaración de voto)

Referencia: expediente T-2.276.462

Acción de tutela de José Francisco Ortega Fuentes contra Empocor S.A. -en liquidación- y el Instituto de Seguros Sociales.

Magistrado Ponente:

Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Aclaro mi voto frente a la sentencia de tutela aprobada por la Sala Tercera de Revisión en sesión del 17 de septiembre de 2009, por las razones que a continuación expongo:

Uno de los sustentos de la Sala para conceder la tutela fue la pertenencia del accionante, de 61 años, a la tercera edad, un grupo que por expresa disposición constitucional goza de protección especial²⁶. Al respecto, y si bien es claro que “[l]a tercera edad exige el respeto y la consideración de la sociedad y la gestión efectiva del Estado Social de Derecho, que no pueden eludir sus responsabilidades en la preservación de una vida digna de personas cuya debilidad es manifiesta”²⁷, la Constitución no definió la edad en la que se inicia esta fase de la vida y por ende, empieza la protección especial. Como consecuencia de esta indeterminación, esta Corporación estableció como criterio útil²⁸ para delimitar la pertenencia a la tercera edad, el hecho de sobrepasar la edad de expectativa de vida para los colombianos, que se fijó en 71 años²⁹.

Al respecto cabe recordar que si bien la procedencia de la acción de tutela para resolver controversias relacionadas con el reconocimiento y pago de prestaciones económicas procede excepcionalmente en situaciones que involucren a personas de la tercera edad, no es menos cierto que no se excluye de manera alguna a aquellos individuos que no pertenecen a ella³⁰, pues esta Corporación ha reconocido que la acción de tutela opera igualmente cuando se verifique la afectación al mínimo vital, siendo deber del juez “el individualizar la situación particular de cada peticionario a fin de comprobar si se dan las circunstancias materiales que impliquen la vulneración del mínimo vital, v. gr. Que la pensión sea el único medio material de subsistencia y que la

omisión en su pago derive en una situación crítica al demandante”³¹. Sobre esto cabe recordar que:

“[e]n relación con el pago de las mesadas pensionales la Corte considera que ellas constituyen, por regla general, la única fuente de ingresos del pensionado y de su núcleo familiar, que le posibilita el desarrollo autónomo de su personalidad y el reconocimiento dentro del entorno social al que pertenece. Verse privado de la única fuente de ingresos, sin expectativas ciertas sobre la fecha en que ésta se haga efectiva, implica el deterioro progresivo de las condiciones materiales, sociales y psíquicas de su existencia, con lo cual se vulneran principios y derechos fundamentales que legítimamente le asisten al pensionado en el Estado social de derecho. Esta circunstancia se agrava significativamente en las personas de la tercera edad, razón por la cual el pago tardío de las pensiones atentan contra la subsistencia misma tanto del pensionado como de las personas a cargo”³²

Desde esta perspectiva, la procedencia del amparo en el presente caso se sustentaba simplemente en la afectación que la negativa de incluirlo en nómina implicaba para el mínimo vital del accionante, situación que además de haber sido establecida con precisión y rigor en la sentencia que se aclara, debía presumirse por la demora de la entidad en realizar los pagos que sobrepasaba los dos periodos³³.

Fecha ut supra,

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

1 En la resolución 0052 de 2007, la entidad consideró que el petitionario acreditaba 5.156 días de tiempo de servicio y que cumplía con el requisito de edad previsto por la Ley 50 de 1990 para acceder al derecho a la “pensión sanción”; Empocor fundamentó su decisión en la Ley 50 de 1990, la Ley 100 de 1993, artículos 149, 272, 288 y 289 y “normas favorables del CST”-

Posteriormente, en la Resolución 0059 de 2008, la entidad citada consideró que la pensión a la que tiene derecho el petitionario “es la denominada Pensión de Jubilación

Restringida, al tenor de lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 50 de 1990” debido a que su despido fue legal. Sin embargo, afirmó que se estableció “en forma errónea la fecha en la cual obtiene el derecho de su pensión, así mismo la fecha en que se ordena el reconocimiento de la misma”. Por ello decidió aclarar la resolución inicial, pero sin modificar el fundamento normativo, es decir, la Ley 50 de 1990.

2 Cfr. Resolución 0064 de 15 de julio de 2008, Fl. 15 del cuaderno de tutela.

3 Ver, entre otras, las sentencias T-511 de 2003, T-007 de 2006, T-886 de 2000 y T-600 de 2007.

4 En relación específica con los derechos pensionales, ver particularmente la sentencia T-140 de 2000, reiterada en los fallos T-1500/00, T-181/01, T-236 de 2001, T-463 de 2002, T-242/01, T-250/05, T-807/05, T-600 de 2007, T-1205/08.

5 La Corte reitera en esta oportunidad lo establecido por la sentencia T-140 de 2000, posteriormente reiterada, entre otros, en los fallos T-1500 de 2000, T-181 de 2001, T-236 de 2001 T-463 de 2002, T-242 de 2001, T-250 de 2005, T-807 de 205, T-600 de 2007, T-1205 de 2008.

6 Sentencia T-140 de 2000.

7 Sentencia T-140 de 2000.

8 Ibid. Ver también, sentencias T-246 de 1996, T-011 de 1998, T-544 de 1998, T-025 de 2000, SU-090 de 2000, T-908 de 2002, T-814 de 2004, T-133 de 2005, T-1129 de 2005, T-567 de 2005, T-241 de 2007 y T-460 de 2007.

9 Sentencia T-140 de 2000.

10 Ley 100 de 1993 Publicada en el Diario Oficial No. 41.148, de 23 de diciembre de 1993. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

11 Por acto administrativo complejo se hace referencia a actuaciones de la administración, en las que el perfeccionamiento de la norma jurídica contenida en

un acto administrativo determinado depende de la concurrencia de más de una voluntad de la Administración, bien sea de varias voluntades en un solo órgano estatal o en órganos diversos. Por su importancia, se citan in extenso los apartes pertinentes de la sentencia T-323 de 1998: "... habría que preguntarse [en relación con los actos que reconocieron los derechos prestacionales:] ¿estas resoluciones proferidas por Empomarta son actos administrativos definitivos? || Se advierte que una respuesta en este sentido, no corresponde al juez de tutela, sino a otras autoridades judiciales. Pero, en principio, resulta claro que estas resoluciones, que reconocieron los derechos pensionales de los demandantes, son unos actos administrativos sui generis, o complejos, por estar sometidos antes de su ejecución a dos clases de actos posteriores a su expedición. El primero, corresponde al Corpes C.A., entidad a la que, por un procedimiento interno, el Departamento Nacional de Planeación le encomendó otorgar una conformidad sobre el cumplimiento de los requisitos en cada caso concreto, antes de remitir la documentación respectiva al ISS. El segundo, corresponde al ISS, que es el responsable del pago de las mesadas, según dispone el artículo 149 de la ley 100 de 1993.|| Al respecto, es pertinente transcribir el artículo 149 de la ley 100 de 1993 :

"Artículo 149. Beneficiarios del fondo de pensiones de las empresas productoras de metales preciosos y EMPOS. Las pensiones de los beneficiarios del Fondo de Pensionados de las Empresas Productoras de Metales Preciosos creado mediante la Ley 50 de 1990, y las Empresas de Obras Sanitarias liquidadas serán pagadas en adelante por el Instituto de Seguros Sociales, el cual también asumirá la prestación del servicio médico asistencial siempre y cuando el pensionado cotice para salud.

"El Gobierno nacional apropiará anualmente en el presupuesto las partidas necesarias para el cumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo, y hará las correspondientes transferencias al Instituto de Seguros Sociales." (...)

"Es decir, que en relación con las resoluciones expedidas por Empomarta, se está frente a una clase de actos administrativos en los que una entidad reconoce los derechos pensionales, no obstante lo cual, el pago de las mesadas se realiza por el ISS, entidad que asumirá también las prestaciones médico - asistenciales, en aquellos casos particulares en que el pensionado "cotice para salud" (artículo 149. Ley 100 de 1993).|| Por consiguiente, no se puede concluir que las resoluciones de Empomarta,

reconociendo pensiones a sus extrabajadores sean exactamente iguales a las que para pensionar a un trabajador de otra entidad profiera el ISS, pues, tanto el procedimiento como la competencia para adoptar la decisión, son diferentes por disposición legal, así como también, revisten como característica especial, que una es la entidad que reconoce el derecho y la cuantía de la pensión (Empomarta), y otra, la entidad que tiene a su cargo el pago (ISS), según lo establece el artículo 149 de la ley 100 de 1993”.

12 Las ya recordadas sentencias T-323 de 1998, T-546 de 1999 y T-204 de 1999.

14 Cfr. Sentencia T-292 de 2006. Sobre la obligación de que un cambio de la jurisprudencia vertida por la Sala Plena de la Corte sea llevado a cabo por parte de la misma Sala Plena y sobre la autonomía interpretativa de las distintas salas de revisión ver, por todos, el Auto A-032 A de 2002.

15 Sobre los conceptos de ratio decidendi (razón de la decisión), obiter dicta (dicho al pasar o apreciaciones incidentales) y decisum (decisión), la Sala remite a la sentencia SU-047 de 1999.

16 La doctrina relativa a la obligación de mantener la jurisprudencia de la Corporación y la diferencia entre el grado de obligatoriedad de aquella sentada por la Sala Plena y la que elaboran las Salas de revisión ha sido constantemente resaltada en los autos que resuelven las solicitudes de nulidad presentadas por los ciudadanos. Dado que la doctrina sobre nulidad es pacífica, basta con citar, por todos, el Auto A-031 A de 2002. Sobre los apartes que componen una decisión judicial y su fuerza específica, ver las sentencias SU-047 de 1999 y T-292 de 2006.

17 La sentencia citada, puede ser analizada de forma conjunta con los fallos SU-090 de 2000 relativa a la declaratoria de Estado de Cosas Inconstitucional por el no pago de pensiones y SU-955 de 1999 que establece la misma presunción para el caso de no-pago de salarios

18 Puede considerarse que la presunción mencionada fue establecida por primera vez en la sentencia T -259 de 1999 pues al revisar el aparte en el que se construye a partir de diversos fundamentos normativos no se encuentra ningún referencia jurisprudencial

anterior. La remisión al fallo T-554 de 1998 no es pertinente pues la sentencia se ocupa del derecho de propiedad así que puede tratarse de un error de digitación en la sentencia T-140 de 2000. El aparte pertinente de la providencia T-259 de 1999, dice: “3.6. Es fácil comprender que cuando el cese de pagos salariales se prolonga en el tiempo, el empleador pone no sólo al empleado sino a la familia que depende de él en una situación de indefensión de tal magnitud que hace necesaria la intervención rápida y eficaz del Estado, pues otros derechos del propio trabajador como de quienes dependen de él empiezan a verse afectados - la educación, la salud, incluso el derecho al buen nombre, en este último caso, por ejemplo, cuando el trabajador incurre en cesación de sus pagos, hecho que puede generar el reporte de su nombre a las centrales de riesgo como deudor moroso-. En estos casos, ha de presumirse la vulneración de ese mínimo vital, dado que privar a un trabajador de su remuneración por un lapso indefinido, lo somete a él y a su familia a una situación que justifica la procedencia de la acción de tutela a efectos de ordenar al empleador el restablecimiento de los pagos. || Dadas las condiciones de nuestro país, donde las tasas de desempleo son altas; el nivel de vida de un alto porcentaje de la población no es el mejor y el ingreso del colombiano medio alcanza para cubrir escasamente sus necesidades básicas, no se requiere de mayores y complicados análisis para entender las vicisitudes a las que puede quedar sometido un empleado cuando no recibe en tiempo su salario y esta situación se prolonga en el tiempo. La política estatal debería lograr que el trabajador no sólo recibiera un salario proporcional a la calidad y cantidad de trabajo, que le asegure un nivel de vida aceptable, digna (artículo 53), sino proveerle mecanismos ágiles que le permitan, en caso de retardo o cese en el pago de emolumentos, obtener la cancelación de éstos sin mayores dilaciones. Es claro que mientras no se implementen acciones rápidas, o se abrevien los términos y el procedimiento en las existentes, recursos como la acción de tutela seguirán siendo los llamados a ser utilizados para que el derecho del trabajador a recibir en tiempo su asignación salarial, pueda ser realizable”.

19 Algunos de los fallos en los que se reitera la doctrina fijada en la T-140 de 2000, son: T-1500 de 2000, T-181 de 2001, T-236 de 2001, T-463 de 2002, T-242 de 2001, T-250 de 2005, T-807 de 2005, T-600 de 2007 y T-1205 de 2008.

20 Podría haber discusión sobre el momento en que ello ocurrió dado que existen tres resoluciones diferentes, de 16 de noviembre de 2007, 14 de abril de 2008 y 22 de julio de

2008. Aún tomando la última como referencia, el no pago de mesadas actualmente se habría extendido por aproximadamente 10 meses.

21 Fl. 20 del cuaderno de tutela. Se trata de una comunicación en la que, por vía electrónica, el ISS solicita la remisión de la información sobre la nómina de personal para terminar con el reconocimiento y pago de las pensiones de la Entidad.

22 Folios 19 a 32 del cuaderno de tutela. Se trata de oficios y comunicaciones dirigidas del ISS a Empocor en las que solicita corregir algunos aspectos de las resoluciones de reconocimiento pensional.

23 Y, posteriormente, en los fallos de reiteración T-546 de 1998 y T-204 de 1999

24 Sobre el alcance del principio y su aplicación en el ámbito interno, ver, entre otros, los fallos C-551 de 2003, C-148 de 2005, T-187 de 2006, T-284 de 2006, T-945 de 2006, T-697 de 2007, T-109 de 2008, C-408 de 1996, C-251 de 1997, C-251 de 2002.

25 Cfr. Código Contencioso Administrativo, artículos 73 y 28; Ley 797 de 2003, artículo 19, sentencia C-853 de 2003.

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

27 Sentencia T-489 de 1999

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

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

30 Ver sentencia T-522 de 2006

31 Ibid.

32 Sentencia Su.1023 de 2001

33 Al respecto ver, entre otras, las sentencias T-1129 de 2005, T-567 de 2005, T-241 de 2007 y T-460 de 2007