

Sentencia T-729/08

DERECHO A LA PENSION-No se puede negar con fundamento en un requisito que no ha sido establecido en la ley

MINIMO VITAL Y PERSONA DISCAPACITADA-Vulneración

ACCION DE TUTELA-Reconocimiento de derechos pensionales

La regla general sobre improcedencia de la acción de tutela para reconocer derechos pensionales se ha matizado en aquellos casos en los cuales los medios judiciales diseñados resulten ineficaces para la garantía de los derechos fundamentales en riesgo. Así pues, cuando el sujeto se encuentre sometido a la eventualidad de un perjuicio irremediable, de manera excepcional el juez de tutela podrá declarar la procedencia de este derecho. La procedencia de este recurso es excepcional y por tal motivo, se encuentra condicionada a precisos límites sustanciales y probatorios. En primer lugar, debe estar acreditado el perjuicio irremediable que se produciría en el caso en que el juez de tutela no reconozca, así sea de manera provisional, el derecho pensional. La íntima relación que guarda el reconocimiento de las mesadas pensionales con los derechos a la vida, al mínimo vital, al trabajo y a la salud demandan del juez de tutela la más esmerada atención con el objetivo de establecer si en el caso concreto alguno de estos derechos se encuentra amenazado. Igualmente, el juez de tutela debe mostrarse especialmente atento a estas amenazas cuando los beneficiarios de este derecho sean sujetos de especial protección, como miembros de la tercera edad, niños, población desplazada y madres cabeza de familia, pues en estos casos la lesión a sus derechos fundamentales tiene un efecto particularmente severo en la medida en que estos sujetos se encuentran previamente en una especial condición de desamparo, la cual se hace mucho más gravosa ante el no reconocimiento del derecho pensional.

ACCION DE TUTELA-Condición de tipo probatorio en el reconocimiento excepcional de derechos pensionales

El excepcional reconocimiento del derecho pensional por vía de tutela se encuentra sometido, adicionalmente, a una última condición de tipo probatorio, consistente en que en el expediente esté acreditada la procedencia del derecho, a pesar de la cual la entidad encargada de responder no ha hecho el mencionado reconocimiento o simplemente no ha

ofrecido respuesta alguna a la solicitud. Ahora bien, en aquellos casos en los cuales no se encuentre plenamente acreditado el cumplimiento de los requisitos y los derechos fundamentales del solicitante se encuentren amenazados por un perjuicio irremediable, el juez de tutela podrá reconocer de manera transitoria el derecho pensional cuando exista un considerable grado de certeza sobre la procedencia de la solicitud. El mencionado requisito probatorio pretende garantizar dos objetivos: en primer lugar, busca asegurar la eficacia de los derechos fundamentales del sujeto que a pesar de encontrarse en una grave situación originada en el no reconocimiento de su derecho pensional, cuya procedencia está acreditada, no ha visto atendida su solicitud de acuerdo a la normatividad aplicable y a las condiciones fácticas en las que apoya su petición. Y, en segundo lugar, este requisito traza un claro límite a la actuación del juez de tutela, quien sólo puede acudir a esta actuación excepcional en los precisos casos en los cuales esté demostrada la procedencia del reconocimiento. Esta consideración recoge el planteamiento que había sido vertido en sentencia T-996 de 2005, en la cual la Corte señaló que en aquellos casos en los que exista un error evidente en el análisis de los requisitos a satisfacer por el solicitante o en la aplicación de la regulación pertinente, procederá el reconocimiento del derecho pensional en sede de tutela siempre que el juez haya verificado previamente la afectación del mínimo vital.

Es preciso resaltar que la solicitud interpuesta por la accionante encuentra fundamento en la pérdida de capacidad laboral padecida por su hija quien contaba 27 años de edad al momento de solicitar el reconocimiento pensional; la cual fue estimada en un porcentaje del 77% por la unidad de Medicina laboral del Instituto de Seguros Sociales de Bogotá D.C. y Cundinamarca, debido a la "Epilepsia focal" que padece. Como fue indicado en el acápite de antecedentes de esta providencia, mediante sentencia del 14 de diciembre de 2007, el Juzgado concedió amparo al derecho fundamental de petición de la Ciudadana y, en consecuencia, ordenó al Instituto de Seguros Sociales resolver el recurso de reposición y subsidiario de apelación interpuesto por la peticionaria el día 26 de octubre de 2007 contra la resolución 024954 del 19 de enero del mismo año. Ahora bien, con el objetivo de resolver esta controversia, la Sala dará aplicación a las consideraciones desarrolladas en el acápite número 3 de esta providencia a propósito del reconocimiento de derechos pensionales por vía de tutela. En tal sentido, la Corte encuentra acreditada la existencia de un inminente perjuicio irremediable sobre las garantías iusfundamentales de la hija de la accionante, en atención a la notoriedad de su discapacidad, la cual ha concluido en una severa pérdida de

su capacidad laboral, que, además, reclama una esmerada atención médica y el cuidado de su madre de familia. En segundo término, la Sala observa en el caso concreto una particular razón para conceder el amparo judicial que ha sido requerido por vía de tutela, en atención a la protección reforzada a la cual es acreedora la hija en su condición de sujeto de especial protección.

PENSION ANTICIPADA DE VEJEZ-Si se demostró la discapacidad y dependencia económica de la hija y cumplimiento de requisito de cotización mínimo no se puede exigir a la accionante adicionalmente que este cotizando de manera activa al momento de la solicitud

PENSION ANTICIPADA DE VEJEZ-Requisito de cotización mínimo de semanas establecido en el artículo 9° de la ley 797 de 2003, no se puede adicionar con exigir a la accionante que este cotizando de manera activa al momento de interponer la solicitud

La Sala encuentra acreditada la titularidad del derecho pensional consagrado en el parágrafo 4° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, por parte de la accionante pues se demostró la discapacidad y dependencia económica de la hija sumadas al cumplimiento del requisito de cotización mínimo de semanas establecido en el artículo 9° de esa ley. En consecuencia, como medio de amparo de los derechos fundamentales comprometidos en el trámite de la acción, la Sala de Revisión ordenará al Instituto de Seguros Sociales realizar el reconocimiento de la pensión especial de vejez dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia

ACCION DE TUTELA-Fallo de instancia dejó de pronunciarse sobre el reconocimiento del derecho pensional como medio de protección de los derechos fundamentales de la peticionaria

ACCION DE TUTELA-Fallo de instancia no advirtió el verdadero problema jurídico planteado en relación con el reconocimiento del derecho pensional

Cabe resaltar que el fallo de instancia que será revocado en la parte resolutive de esta providencia no advirtió el verdadero problema jurídico planteado por la acción de tutela promovida por la Ciudadana Morales Cadena. De ahí resulta que, a pesar de la claridad de la solicitud de amparo interpuesta, el a quo haya concedido protección judicial al derecho de petición de la accionante y dejó de pronunciarse sobre el reconocimiento del derecho

pensional como medio de protección de los derechos fundamentales de la peticionaria y de la hija. Por consiguiente, la Sala revocará la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá y ordenará la adopción de las medidas indicadas en esta providencia.

PENSION ANTICIPADA DE VEJEZ-Incumplimiento del requisito de cotización y oportunidad real de continuar cotizando al sistema de seguridad social

PENSION ANTICIPADA DE VEJEZ-Inaplicación por la Corte Constitucional de requisitos relacionados con la acreditación de un mínimo de semanas cotizadas

PENSION ANTICIPADA DE VEJEZ-Incumplimiento del requisito de cotización por accionante que tiene los medios necesarios para continuar laborando

La Sala estima que en esta oportunidad, dado el incumplimiento del requisito de cotización, la peticionaria cuenta con los medios necesarios para continuar laborando y culminar las semanas mínimas requeridas por la Ley de seguridad social. Así las cosas, corresponde a la peticionaria continuar cotizando al sistema de seguridad social, bien como independiente o trabajadora subordinada, para acreditar el cumplimiento del requisito establecido en la Ley 797 de 2003. Una vez la accionante satisfaga tal exigencia, será procedente el reconocimiento de la pensión especial de vejez, en la medida en que las exigencias restantes se encuentran plenamente acreditadas.

Referencia: expedientes T-1.856.400 y T-1.847.292

Acciones de tutela instauradas de manera separada por las Ciudadanas Nelly Morales Cadena y Elizabeth Vacca Moreno contra el Instituto de Seguros Sociales.

Magistrado Ponente

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C. veintidós (22) de julio de dos mil ocho (2008).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jaime Araújo Rentería, Clara Inés Vargas Hernández, y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, 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 los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos en los asuntos de la referencia, correspondientes a las solicitudes de amparo promovidas de manera separada por las Ciudadanas Nelly Morales Cadena y Elizabeth Vacca Moreno contra el Instituto de Seguros Sociales.

De manera preliminar, es preciso anotar que, mediante auto del 26 de junio de 2008, el Magistrado Ponente resolvió acumular los citados procesos, con el fin de decidir los problemas jurídicos planteados en las acciones en una única providencia, en atención a que las dos acciones promovidas fueron dirigidas contra la misma entidad y, particularmente, debido a la similitud sustancial que presentan; circunstancias que a la luz del principio de economía procesal justifican la mencionada acumulación.

I. ANTECEDENTES

1.1.- Expediente T-1.856.400

Mediante apoderado judicial, la Ciudadana Nelly Morales Cadena interpuso acción de tutela para reclamar protección judicial a sus derechos fundamentales de petición, a la seguridad social en conexidad con el mínimo vital, la vida, la igualdad, la salud y al debido proceso; los cuales, según el escrito de demanda habrían sido vulnerados por el Instituto de Seguros Sociales debido a la ocurrencia de los hechos que a continuación resume la Sala de Revisión:

1.- La accionante solicitó el reconocimiento de la “pensión anticipada de vejez”¹ con fundamento en la pérdida de capacidad laboral –la cual ascendía a un porcentaje del 67%- que fue declarada a su hija Diana Milena Ardila Morales, quien se encuentra bajo su cuidado debido a la “Epilepsia focal”² que padece.

3.- A propósito del sentido de la anterior decisión, la accionante manifestó lo siguiente en la demanda de tutela: “La Ley es clara cuando dice que la madre trabajadora que tiene una hija discapacitada, se puede pensionar con el número de semanas exigidas por la ley a cualquier

edad, requisito que como ya expresamos, mi prohijada cumple a cabalidad, nótese claramente que el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 parágrafo 4 inciso 2 exige que la madre sea trabajadora, pero en ningún momento habla o requiere que la madre sea cotizante al Sistema de Seguridad social en pensiones”3.

4.- Una vez la Ciudadana interpuso recurso de reposición contra la resolución enunciada, el Instituto confirmó la decisión adoptada mediante oficio 036088 del 16 de agosto de 2007 con fundamento en que la normatividad correspondiente exige, además de la condición de ostentar la calidad de madre trabajadora, el requisito de encontrarse cotizando al momento de elevar la petición de reconocimiento pensional; requisitos que se encuentran consignados en la circular número 539 del 13 de marzo de 2003, proferida por la Dirección Nacional de pensiones de la entidad demandada.

5.- En cuanto al número de semanas cotizadas al sistema de seguridad social, la accionante informa que en la actualidad el historial de cotización arroja una cifra de 1350 semanas. Por su parte, de acuerdo a la resolución número 0035088 del 16 de agosto de 2007, proferida por el Instituto de Seguros Sociales, “la asegurada ha cotizado para los riesgos de I.V.M. un total de 1342 semanas”4.

Con fundamento en los hechos relatados, la accionante solicitó al juez de tutela ordenar al Instituto de Seguros Sociales realizar el reconocimiento de la pensión especial establecida en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, como medio para garantizar amparo a sus derechos fundamentales y a las demás garantías de las cuales es titular su hija Diana Milena Ardila Morales, las cuales habrían sido igualmente vulneradas por la decisión adoptada por la entidad demandada.

1.2.- Expediente T-1.847.292

Mediante apoderado judicial designado por la Defensoría del Pueblo, la Ciudadana Elizabeth Vacca Moreno promovió acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales con el objetivo de obtener amparo judicial a sus derechos fundamentales al mínimo vital, la salud y a recibir protección reforzada en su condición de madre cabeza de familia; garantías que habrían sido infringidas por la entidad demandada debido a la ocurrencia de los hechos que ahora resume la Sala de Revisión:

1.- A la menor Yisella Salamanca Vacca le fue dictaminada una pérdida de capacidad laboral del 56% -debido al padecimiento del síndrome de Down- por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez el día 10 de febrero de 2005.

2.- Con fundamento en la señalada calificación de invalidez, la demandante solicitó al Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento de “la pensión especial de madre cabeza de familia de hija inválida”5.

3.- La entidad demandada resolvió la petición mediante resolución número 0000455, emitida el día en el mes de enero de 2006, en sentido contrario a la solicitud en atención a que al momento de elevar el requerimiento la señora Vacca Moreno había cotizado un total de 997 semanas, cifra que no se ajustaba a la condición establecida en la ley de seguridad social.

4.- Contra la resolución indicada la accionante interpuso recurso de reposición y apelación; el cual fue resuelto por la entidad mediante resolución número 005037, proferida en el mes de febrero de 2007, en la cual confirmó la oposición al reconocimiento del derecho pensional. Empero, en este pronunciamiento el Instituto de Seguros Sociales precisó que el fundamento de la decisión consistía en que la Ciudadana había acumulado un total de 1038 semanas cotizadas, cifra que no se ajustaba al número de 1050 requeridas por la disposición correspondiente.

5.- Mediante resolución número 01197 del 25 de junio de 2007, el Instituto resolvió el recurso de apelación interpuesto por la demandante en el mismo sentido que acaba de indicarse.

Para terminar, la accionante informó que en la actualidad carece de un trabajo que le permita contar con los recursos económicos para asegurar el mantenimiento de su núcleo familiar; a lo cual es necesario agregar que el padre de la menor no ofrece ningún tipo de colaboración pecuniaria, motivo por el cual fue denunciado penalmente ante la Fiscalía.

II. Abstención del Instituto de Seguros Sociales en el trámite de las acciones de tutela

Antes de examinar el contenido de las providencias objeto de revisión, es preciso indicar que la entidad demandada se abstuvo de participar en el trámite de las acciones de tutela promovidas por las accionantes.

III. Sentencias judiciales objeto de revisión

3.1.- Expediente T-1.856.400

Mediante sentencia proferida el día 14 de diciembre de 2007, el Juzgado Trece Laboral del Circuito concedió amparo al derecho fundamental de petición de la Ciudadana Nelly Morales Cadena y, en consecuencia, ordenó al Instituto de Seguros Sociales resolver el recurso de reposición y subsidiario de apelación interpuesto por la peticionaria el día 26 de octubre de 2007 contra la resolución 024954 del 19 de enero del mismo año. Sobre el particular, la providencia emitida por el a quo señala lo siguiente: “[L]a actitud de la demandada de no dar respuesta a los recursos interpuestos el 26 de octubre del (Sic) 2007 viola el derecho de petición, por lo que a juicio del Despacho es viable conceder la tutela interpuesta”.

3.2.- Expediente T-1.847.292

Mediante sentencia proferida el día 24 de enero de 2008 el Juzgado 45 Penal del Circuito de Bogotá negó la solicitud de amparo interpuesta por la Ciudadana Elizabeth Vacca Moreno en atención a que no encontró acreditada la existencia de un perjuicio irremediable que amenazara de manera cierta los derechos fundamentales de la accionante, lo cual se oponía a la prosperidad de la acción de acuerdo al principio de subsidiariedad del recurso de amparo consagrado en el artículo 86 del texto constitucional.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia.

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

Con el objetivo de resolver las controversias que han sido puestas en conocimiento de esta Sala de Revisión, es preciso dar solución a los siguientes problemas jurídicos: ¿Resulta legítima la actuación de las entidades participantes del sistema de seguridad social consistente en negar el reconocimiento de un derecho pensional con fundamento en un requisito que no ha sido establecido en la ley? ¿La negación de la pensión especial de vejez con fundamento en el incumplimiento de los requisitos consignados en la ley de seguridad

social constituye una violación de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la protección reforzada de la población discapacitada? Para abordar estos cuestionamientos la Sala de Revisión abordará los siguientes temas: (i) El reconocimiento de derechos pensionales en sede de tutela; (ii) Pensión especial de vejez consagrada en el inciso 2º del parágrafo 4º del artículo 9º de la ley 797 de 2003

3. El reconocimiento de derechos pensionales en sede de tutela

En abundante jurisprudencia la Corte Constitucional ha indicado que prima facie el reconocimiento de derechos pensionales como pretensión desborda el objeto de la acción de tutela⁶.

En sentencia T-182 de 2004 sostuvo la Corte que las controversias suscitadas por el reconocimiento de derechos pensionales no son competencia del juez de tutela debido a que, no solo el ordenamiento jurídico ha dispuesto medios judiciales específicos para la solución de este tipo de conflictos⁷, diferentes a la acción de tutela, sino que la única labor que está llamado a cumplir el juez de tutela en este contexto se reduce a verificar que la entidad encargada de dar respuesta a la solicitud pensional ofrezca una respuesta oportuna y suficiente.

En el mismo sentido, en sentencia SU-879 de 2000 la Corte señaló que el juez de tutela carece de competencia para tomar decisiones que, por su naturaleza, corresponden a otras autoridades. De tal manera, el juez debe ser respetuoso de las facultades que han sido asignadas a otros funcionarios, exigencia que cobra especial importancia en el asunto bajo revisión pues, por lo general, el juez de tutela desconoce los elementos probatorios necesarios para decidir el reconocimiento del derecho pensional.

No obstante, la Corte ha matizado esta regla general de improcedencia de la acción de tutela para reconocer derechos pensionales en aquellos casos en los cuales los medios judiciales diseñados resulten ineficaces para la garantía de los derechos fundamentales en riesgo. Así pues, cuando el sujeto se encuentre sometido a la eventualidad de un perjuicio irremediable, de manera excepcional el juez de tutela podrá declarar la procedencia de este derecho.

Esta Sala de Revisión señala que la procedencia de este recurso es excepcional y que, por tal motivo, se encuentra condicionada a precisos límites sustanciales y probatorios. En primer

lugar, debe estar acreditado el perjuicio irremediable que se produciría en el caso en que el juez de tutela no reconozca, así sea de manera provisional, el derecho pensional. La íntima relación que guarda el reconocimiento de las mesadas pensionales con los derechos a la vida, al mínimo vital, al trabajo y a la salud demandan del juez de tutela la más esmerada atención con el objetivo de establecer si en el caso concreto alguno de estos derechos se encuentra amenazado.

Igualmente, el juez de tutela debe mostrarse especialmente atento a estas amenazas cuando los beneficiarios de este derecho sean sujetos de especial protección, como miembros de la tercera edad, niños, población desplazada y madres cabeza de familia, pues en estos casos la lesión a sus derechos fundamentales tiene un efecto particularmente severo en la medida en que estos sujetos se encuentran previamente en una especial condición de desamparo, la cual se hace mucho más gravosa ante el no reconocimiento del derecho pensional.

El excepcional reconocimiento del derecho pensional por vía de tutela se encuentra sometido, adicionalmente, a una última condición de tipo probatorio, consistente en que en el expediente esté acreditada la procedencia del derecho, a pesar de la cual la entidad encargada de responder no ha hecho el mencionado reconocimiento o simplemente no ha ofrecido respuesta alguna a la solicitud. Ahora bien, en aquellos casos en los cuales no se encuentre plenamente acreditado el cumplimiento de los requisitos y los derechos fundamentales del solicitante se encuentren amenazados por un perjuicio irremediable, el juez de tutela podrá reconocer de manera transitoria el derecho pensional cuando exista un considerable grado de certeza sobre la procedencia de la solicitud.

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

Es menester resaltar que en estos casos no se está tutelando el derecho de petición del

accionante, pues, como ha sido expuesto, éste se agota en la facultad de exigir una respuesta pronta y suficiente, sino que, en atención al perjuicio irremediable al cual se encuentran abocados, se atienden los derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital, a la salud y al trabajo de quien solicita el reconocimiento de su derecho pensional.

Esta consideración recoge el planteamiento que había sido vertido en sentencia T-996 de 2005, en la cual la Corte señaló que en aquellos casos en los que exista un error evidente en el análisis de los requisitos a satisfacer por el solicitante o en la aplicación de la regulación pertinente, procederá el reconocimiento del derecho pensional en sede de tutela siempre que el juez haya verificado previamente la afectación del mínimo vital⁸.

En el mismo sentido, en sentencia T-235 de 2002 la Corte abordó el tema del alcance del fallo de tutela cuando la acción ha sido iniciada con el propósito de obtener el reconocimiento de un derecho pensional. Después de exponer la regla general de improcedencia de este tipo de solicitudes, la Corte hizo un estudio detallado de las resoluciones por medio de las cuales se deciden tales solicitudes. Así pues, señaló que estas resoluciones son actos administrativos que deben ser emitidos con estricto respeto al derecho al debido proceso; por tal motivo, la decisión que sea expedida sin garantizar este derecho fundamental constituirá una vía de hecho que hace procedente la acción de tutela.

Una de las hipótesis en las cuales puede presentarse una vía de hecho por parte de la entidad encargada de hacer el reconocimiento pensional consiste en que ésta expida la resolución solicitada negando la procedencia del derecho una vez se ha iniciado el proceso de tutela en el cual se demanda el amparo del derecho de petición. De ordinario podría considerarse que en este caso hay carencia material de objeto - de hecho, ésta fue la opinión de los jueces de primera y segunda instancia en el proceso que ahora revisa la Corte- en la medida en que la entidad demandada ha dado una respuesta que aborda en términos de fondo la solicitud planteada. No obstante, como lo ha señalado la Corte Constitucional⁹, en estos casos el juez de tutela está llamado a hacer un análisis que supere la simple constatación formal de la existencia de una respuesta por parte de la entidad demandada¹⁰.

El juez debe hacer en estos casos un examen adicional debido a que, como fue aclarado por la Corte en la sentencia en comento, su labor consiste en garantizar la eficacia de los

derechos fundamentales que de acuerdo al material probatorio se encuentren en peligro. En estos términos, “El juez de tutela no tiene solamente la facultad sino la obligación de proteger todos los derechos que de conformidad con las pruebas aportadas dentro del proceso encuentra vulnerados, de conformidad con lo establecido en los artículo 3 y 14 del decreto 2591 de 1991”¹¹.

Así pues, si el juez de tutela detecta una vía de hecho ocurrida en el escenario de las circunstancias que dieron origen a la interposición de la acción de tutela, tiene el deber constitucional de ordenar de oficio su corrección, en la medida en que la acción de tutela no es un instrumento formal sometido a los estrechos márgenes que ofrezcan las pretensiones de los participantes en litigio, como ocurre en otros procesos judiciales. Al contrario, el juez debe desplegar las conductas que sean necesarias para detener las violaciones de derechos fundamentales que se encuentren probadas en el proceso de tutela puesto que el fin último de la acción de tutela es, precisamente, la salvaguarda de tales derechos.

En tal sentido, el análisis del material probatorio resulta de primera importancia pues es el que permite establecer un contacto directo del juez con las particulares circunstancias del caso examinado.

4. Pensión especial de vejez consagrada en el inciso 2º del párrafo 4º del artículo 9º de la ley 797 de 2003

Antes de desarrollar un examen del desarrollo jurisprudencial que esta Corporación ha ofrecido a esta figura particular del sistema de seguridad social, es menester remitirse al fundamento normativo que establece el derecho pensional cuyo reconocimiento reclaman las accionantes: “PARÁGRAFO 4o. 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. Este beneficio se suspenderá si la trabajadora se reincorpora a la fuerza laboral. Si la madre ha fallecido y el padre tiene la patria potestad del menor inválido, podrá pensionarse con los requisitos y en las condiciones establecidas en este artículo”.

En sentencia T-889 de 2007 la Sala Séptima de esta Corporación analizó la estructura y los

principios sobre los cuales se apoya la pensión especial de vejez consagrada en el parágrafo 4º del artículo 9º de la ley 797 de 2003. En esa oportunidad la Corte volvió sobre los antecedentes de la iniciativa legislativa que luego se convertiría en la Ley 797 de 2003, con el objetivo de resaltar los propósitos constitucionales que inspiraron la creación de una especial reglamentación en materia de pensión de vejez:

Este proyecto de ley fue concebido en beneficio de la madre trabajadora responsable de la manutención de un hijo menor de edad minusválido, con objeto de facilitar la rehabilitación, cuidados y atención que requiere el niño deficiente o discapacitado en orden a proporcionarle una digna calidad de vida en el interior de su núcleo familiar, bajo la efectividad de los derechos contemplados en los artículos 13, 44 y 47 del ordenamiento constitucional, a saber: la protección especial que debe dar el Estado a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta; la protección de los derechos fundamentales de los niños, los cuales tienen prevalencia sobre los derechos de las demás personas; y la atención especializada que debe prestar el Estado para la rehabilitación e integración social de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (Énfasis fuera del texto)

(...)

La iniciativa que se somete a consideración del Congreso de la República tiene por objeto desarrollar lo dispuesto en los art. 13, 44 y 47 de la Constitución Política, a fin de darles un tratamiento diferente en materia de pensiones a aquellas madres de menores minusválidos que hayan cotizado para efectos de pensión un mínimo de 1.000 semanas, con la finalidad de que puedan suplir las deficiencias de sus hijos que se encuentran limitados por carecer de la capacidad física o mental suficiente que les permita desenvolverse íntegramente como sus semejante¹².

Ahora bien, en cuanto a la razón constitucional que fue invocada por el Congreso de la República para justificar la distinción creada por el parágrafo 4º del artículo 9º de la ley 797 de 2003; en virtud de la cual la madre trabajadora sólo debía acreditar el cumplimiento de las semanas obligatorias de cotización para efectos de hacerse acreedora al reconocimiento del derecho pensional, en la Gaceta del Congreso número 428 se encuentra lo siguiente

“En consideración al desgaste personal, físico, psicológico y anímico que le impone el

cuidado de un hijo minusválido a la madre trabajadora, quien de manera ejemplar distribuye su tiempo para atender las obligaciones laborales simultáneamente con la atención y cuidado de su hijo discapacitado, es apenas justo que reciba la pensión una vez cumpla 1000 semanas de trabajo, como legítimo reconocimiento a esta loable labor, además, para que pueda cumplir con el objetivo que motivó este proyecto de ley cual es dedicarse de tiempo completo a velar por las necesidades y rehabilitación de su desvalido hijo, en aras de mejorar la situación personal, familiar y social que con absoluta seguridad los aqueja.

En sentencia C-227 de 2004 la Sala Plena de esta Corporación declaró la inexecutable de la expresión “mayor de 18 años”, originalmente contenida en el parágrafo 4° de la ley bajo examen. Su inclusión en esta disposición establecía una distinción entre la población discapacitada que se encontrara en minoría de edad y aquella que ya hubiese cumplido 18 años. En atención a que esta diferenciación se fundaba en un criterio de edad, la Corte aplicó un juicio de igualdad intermedio, a partir del cual concluyó que la limitación creada vulneraba los derechos fundamentales de la población discapacitada, toda vez que la situación de desprotección y dependencia -que es precisamente aquella que pretende ser conjurada mediante la creación de este régimen especial- no cesa al momento de alcanzar la mayoría de edad. En consecuencia, declaró la inexecutable del aparte demandado y, a su vez, declaró la executable condicionada del resto del parágrafo al entendido según el cual la dependencia a establecer entre la madre trabajadora y la persona discapacitada debía ser de naturaleza económica.

Aunado a lo anterior, en esta providencia la Sala indicó que la discapacidad física o mental que afecta a la persona que se encuentra bajo el amparo de la madre de familia debe ser de tal entidad que le impida valerse por sí mismo, esto es, que le impida subsistir dignamente en forma autónoma, dado que lo hace, como lo dice la norma, inválido. Lo anterior significa que, este beneficio no puede ser otorgado por causa de limitaciones ligeras o que no afecten de manera importante su desarrollo.

Con posterioridad, en sentencia C-989 de 2006 la Corte Constitucional declaró la executable condicionada de las expresiones “madre”, vertidas en esta disposición. En esta oportunidad el cargo planteado censuraba a la norma de crear una injustificada distinción que lesionaba los derechos fundamentales de los discapacitados, pues condicionaba la posibilidad de contar con la atención y el cuidado de la persona responsable de dicha labor a

que ésta fuese madre de familia, lo cual excluía aquellos casos en los cuales la persona discapacitada se encontrara a cargo de un padre de familia. Luego de adelantar un prolijo examen de la jurisprudencia constitucional relativa al principio de la igualdad, la Sala concluyó que el objetivo primordial que animó la creación de esta disposición consiste en brindar amparo a las personas que sufren alguna forma de discapacidad, para quienes resulta indiferente el género de la persona encargada de su cuidado y bienestar. Por consiguiente declaró exequibles estas locuciones bajo el entendido “que el beneficio pensional previsto en dicho artículo se hará extensivo al padre cabeza de familia de hijos discapacitados y que dependan económicamente de él”.

Ahora bien, para efectos de establecer el sentido de los precedentes examinados, la Sala de Revisión concluye que el reconocimiento de la pensión especial de vejez consagrada en el parágrafo 4° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003 se encuentra condicionado al cumplimiento de los siguientes requisitos:

(i) la madre o el padre de familia de cuyo cuidado dependa la persona discapacitada debe haber 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) La discapacidad del hijo del cotizante debe encontrarse debidamente calificada de acuerdo a las normas consignadas en la ley de seguridad social.

(iii) Debe presentarse una dependencia de orden económico entre la persona que sufre la discapacidad y la persona que cotiza al Sistema General de Pensiones.

Adicionalmente, para efectos de asegurar la continuidad en el pago de esta prestación, es preciso (i) que el hijo afectado por la invalidez física o mental permanezca en esa condición - según certificación médica - y continúe como dependiente del cotizante; y, en segundo término, (ii) es menester que ésta no se reincorpore a la fuerza laboral.

Con fundamento en las consideraciones que hasta ahora han sido desarrolladas, procede esta Sala a revisar las providencias judiciales emitidas en los procesos de tutela promovidos por las Ciudadanas Nelly Morales Cadena y Elizabeth Vacca Moreno contra el Instituto de Seguros Sociales.

5. Solución a los casos concretos

5.1.- Expediente T-1.856.400

Mediante apoderado judicial, la Ciudadana Nelly Morales Cadena interpuso acción de tutela para reclamar protección judicial a sus derechos fundamentales de petición, a la seguridad social en conexidad con el mínimo vital, la vida, la igualdad, la salud y al debido proceso; los cuales, según el escrito de demanda, habrían sido vulnerados por el Instituto de Seguros Sociales al oponerse al reconocimiento de la pensión especial de vejez consagrada en el parágrafo 4° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003 con fundamento en el requisito establecido en la circular número 539 de 2002, proferida por la entidad demandada, según la cual tal pretensión está condicionada a que la persona se encuentre cotizando al Sistema de Seguridad Social al momento de elevar la petición.

Es preciso resaltar que la solicitud interpuesta por la accionante encuentra fundamento en la pérdida de capacidad laboral padecida por su hija, Diana Milena Ardila Morales quien contaba 27 años de edad al momento de solicitar el reconocimiento pensional; la cual fue estimada en un porcentaje del 77% por la unidad de Medicina laboral del Instituto de Seguros Sociales de Bogotá D.C. y Cundinamarca, debido a la “Epilepsia focal”¹³ que padece.

Como fue indicado en el acápite de antecedentes de esta providencia, mediante sentencia del 14 de diciembre de 2007, el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá concedió amparo al derecho fundamental de petición de la Ciudadana Nelly Morales Cadena y, en consecuencia, ordenó al Instituto de Seguros Sociales resolver el recurso de reposición y subsidiario de apelación interpuesto por la peticionaria el día 26 de octubre de 2007 contra la resolución 024954 del 19 de enero del mismo año.

Ahora bien, con el objetivo de resolver esta controversia, la Sala dará aplicación a las consideraciones desarrolladas en el acápite número 3 de esta providencia a propósito del reconocimiento de derechos pensionales por vía de tutela. En tal sentido, la Corte encuentra acreditada la existencia de un inminente perjuicio irremediable sobre las garantías iusfundamentales de Diana Milena Ardila Morales, hija de la accionante, en atención a la notoriedad de su discapacidad, la cual ha concluido en una severa pérdida de su capacidad laboral, que, además, reclama una esmerada atención médica y el cuidado de su madre de familia. En segundo término, la Sala observa en el caso concreto una particular razón para

conceder el amparo judicial que ha sido requerido por vía de tutela, en atención a la protección reforzada a la cual es acreedora Diana Milena en su condición de sujeto de especial protección.

Para terminar, en cuanto al elemento probatorio, a partir del examen del expediente construido en el proceso de tutela, la Sala concluye que se encuentra acreditada la procedencia del derecho pensional. Sobre el particular, tal como fue puesto de presente por la entidad demandada en la resolución número 0035088 del 16 de agosto de 2007, mediante la cual el Instituto resolvió el recurso de reposición de la accionante contra el acto administrativo en el que la entidad demandada se opuso al reconocimiento la pensión especial de vejez; “la asegurada ha cotizado para los riesgos de I.V.M. un total de 1342 semanas”¹⁴.

En cuanto al fundamento expuesto por el Instituto de Seguros Sociales para negar el reconocimiento pensional, consistente en que la peticionaria no se encontraba cotizando de manera activa al momento de interponer la solicitud, la Sala estima que dicho argumento no resulta atendible en la medida en que tal condición no encuentra respaldo legal alguno. Al contrario, tal exigencia proviene de la “circular No. 539 del 13 de marzo de 2003, emanada de la Dirección Jurídica Nacional y la Vicepresidencia de Pensiones”¹⁵; lo cual demuestra la ilegitimidad de dicha oposición. Este tipo de reglamentaciones que pueden adoptar las entidades participantes en el sistema de seguridad social sólo pueden estar encaminadas al adecuado funcionamiento del sistema y a lograr la idónea prestación del servicio público de seguridad social. En consecuencia, tal facultad no puede ser aprovechada para oponer a los beneficiarios del sistema requisitos más gravosos que no han sido contemplados en la ley de seguridad social.

Así las cosas, dada la dependencia económica de Diana Milena y a la acreditación de su discapacidad, sumadas al cumplimiento del requisito de cotización mínimo de semanas establecido en el artículo 9° de la Ley 797 de 2003; la Sala encuentra acreditada la titularidad del derecho pensional consagrado en el parágrafo 4° del artículo 9° de esta Ley, por parte de la Ciudadana Nelly Morales Cadena. En consecuencia, como medio de amparo de los derechos fundamentales comprometidos en el trámite de la acción, la Sala de Revisión ordenará al Instituto de Seguros Sociales realizar el reconocimiento de la pensión especial de vejez dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia.

Cabe resaltar que el fallo de instancia que será revocado en la parte resolutive de esta providencia no advirtió el verdadero problema jurídico planteado por la acción de tutela promovida por la Ciudadana Morales Cadena. De ahí resulta que, a pesar de la claridad de la solicitud de amparo interpuesta, el a quo haya concedido protección judicial al derecho de petición de la accionante y dejó de pronunciarse sobre el reconocimiento del derecho pensional como medio de protección de los derechos fundamentales de la peticionaria y de Diana Milena Ardila Morales. Por consiguiente, la Sala revocará la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá y ordenará la adopción de las medidas indicadas en esta providencia.

Mediante apoderado judicial designado por la Defensoría del Pueblo, la Ciudadana Elizabeth Vacca Moreno promovió acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales con el objetivo de obtener amparo judicial a sus derechos fundamentales al mínimo vital, la salud y a recibir protección reforzada en su condición de madre cabeza de familia; garantías que habrían sido infringidas por la entidad demandada debido a la oposición manifestada por la entidad demandada frente a la solicitud de reconocimiento del derecho pensional consignado en el párrafo 4° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003.

Mediante resolución número 0000455 de enero de 2006 el Instituto de Seguros Sociales manifestó que el fundamento por el cual no fue reconocida la solicitud pensional consistía en que la peticionaria no habría cumplido el requisito de semanas de cotización mínima establecido por la Ley de seguridad social.

A partir del examen del expediente que informa las actuaciones desarrolladas durante el trámite de la acción de tutela, la Sala observa que no existe certeza sobre el número de semanas cotizadas al Sistema de Seguridad Social por parte de la Ciudadana Vacca Moreno. Mientras que en la resolución 005037 la entidad demandada le informó que su historial de cotización alcanzaba “un total de 1.037 semanas”¹⁶; en la resolución 01197, emitida por la misma entidad, señala que la accionante cotizó 1.019 semanas.

Si bien dichas imprecisiones en forma alguna resultan imputables a la Ciudadana, la Sala observa que en cualquier caso el número total de semanas cotizadas no es suficiente para lograr el reconocimiento de la pensión especial de vejez solicitado por vía de tutela. Al respecto, es preciso tener en cuenta que en el año 2006 -momento en el cual la señora

Vacca Moreno solicitó al Instituto dicho reconocimiento- de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, la peticionaria debía acreditar un mínimo de 1075 semanas cotizadas. Así las cosas, en atención a que no se encuentra probado el cumplimiento del requisito establecido para el reconocimiento pensional, la Sala habrá de confirmar el fallo de instancia mediante el cual fue negado el amparo judicial a los derechos fundamentales de la accionante.

Es preciso resaltar que en otras ocasiones la Corte Constitucional ha inaplicado este tipo de requisitos relacionados con la acreditación de un mínimo de semanas cotizadas -particularmente en el caso de la solicitud de licencias de maternidad¹⁷ y el reconocimiento de pensión de invalidez¹⁸. Cabe resaltar que en estos supuestos el fundamento acogido por el Tribunal consiste en que los Ciudadanos no cuentan con la oportunidad real de continuar cotizando al Sistema de Seguridad Social -bien porque la gestación ya se ha producido o porque la pérdida de la capacidad laboral se ha estructurado-. Tal es el fundamento fáctico por el cual en estos casos particulares se ha dado aplicación de la excepción de inconstitucionalidad y, en consecuencia, se ha ordenado el reconocimiento y pago de estas prestaciones a pesar del incumplimiento del número de semanas exigidas.

La Sala estima que en esta oportunidad, dado el incumplimiento del requisito de cotización, la peticionaria cuenta con los medios necesarios para continuar laborando y culminar las semanas mínimas requeridas por la Ley de seguridad social. Tal conclusión encuentra asidero en el mismo escrito de demanda, en el cual la accionante informa que en la actualidad realiza “algunos trabajos como independiente, con lo cual a veces supe su alimentación y el de su pequeña hija”¹⁹. Así las cosas, corresponde a la peticionaria continuar cotizando al sistema de seguridad social, bien como independiente o trabajadora subordinada, para acreditar el cumplimiento del requisito establecido en la Ley 797 de 2003. Una vez la accionante satisfaga tal exigencia, será procedente el reconocimiento de la pensión especial de vejez, en la medida en que las exigencias restantes se encuentran plenamente acreditadas.

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá en la acción de tutela promovida por la Ciudadana Nelly Morales Cadena contra el Instituto de Seguros Sociales. En consecuencia, CONCEDER amparo a los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital invocados.

SEGUNDO.- ORDENAR al Gerente General del Instituto de Seguros Sociales reconocer en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir de la notificación de esta sentencia, si a la fecha aún no se ha hecho, la pensión especial de vejez consagrada en el parágrafo 4° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003 a favor de la Ciudadana Nelly Morales Cadena. La pensión se empezará a cancelar a partir del mes siguiente a su reconocimiento y hacia el futuro, dentro de los diez (10) primeros días de cada mes.

TERCERO.- CONFIRMAR el fallo proferido por el Juzgado 45 Penal del Circuito de Bogotá en el proceso de tutela iniciado por la Ciudadana Elizabeth Vacca Moreno contra el Instituto de Seguros Sociales, por las razones anotadas en esta providencia.

CUARTO.- LÍBRENSE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado Ponente

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Cuaderno 2, folio 1

2 Cuaderno 2, folio 2

3 Cuaderno 2, folio 1

4 Cuaderno 2, folio 12

5 Cuaderno 2, folio 1

6 Corte Constitucional, sentencias T-001 de 1997, T-036 de 1997, T-718 de 1998, T-660 de 1999, T-408 de 2000, T-476 de 2001.

7 En el mismo sentido, Corte Constitucional sentencia T-246 de 1996

8 Corte Constitucional sentencias T-671/00, 730/00, T-1565/00, T-775/00, T-1294/00, entre otras.

9 Corte Constitucional, sentencia T-235 de 2002 “Cuando el ISS remite al Juez de tutela una resolución negando la pensión, proferida con posterioridad a la presentación de la acción de tutela. En este evento, el juez de tutela está en la obligación de ir mas allá del simple examen de si hubo o no contestación formal por parte de la administradora de pensiones”

10 En igual sentido, Corte Constitucional, sentencia T-463 de 1996

11 Corte Constitucional, Sentencia T-684/01

12 Gaceta del Congreso N° 428 del 11 de octubre de 2002, pp. 1- 5.

13 Cuaderno 2, folio 2

14 Cuaderno 2, folio 12

15 Idem

16 Cuaderno 2 folio 14

17 Sentencias T-145 de 2007, T-382 de 2007, T-323 de 2007, entre otras.

18 Sentencias T-043 de 2007, T-1291 de 2005 y T-221 de 2006, entre otras.

19 Cuaderno 2, folio2