

Sentencia T-741/10

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Protección constitucional

FUNCIONARIOS DEL CUERPO DIPLOMATICO DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES-  
Ingreso base de cotización para fijar el monto de la pensión de jubilación debe obedecer al salario realmente devengado y no a su equivalente en la planta interna

ACCION DE TUTELA CONTRA EL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES-Improcedencia por cuanto se debe acudir a la jurisdicción contencioso administrativa para establecer si existe alguna infracción al Sistema de la Seguridad Social

Referencia: expediente T-2.603.141.

Acción de tutela instaurada por Clara Elsa Villalba de Sandoval contra el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C. catorce (14) de septiembre de dos mil diez (2010).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Luís Ernesto Vargas Silva, María Victoria Calle Correa 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 9º de la Constitución Nacional 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 por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la acción de tutela instaurada por Clara Elsa Villalba de Sandoval contra el Ministerio de Relaciones Exteriores.

El pasado diecinueve (19) de junio de dos mil nueve (2009) la ciudadana Clara Elsa Villalba

de Sandoval interpuso acción de tutela ante la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca solicitando el amparo de su derecho fundamental a la seguridad social, el cual, en su opinión, ha sido vulnerado por el Ministerio de relaciones Exteriores.

De acuerdo con la solicitud de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, la accionante sustenta su pretensión en los siguientes

#### Hechos

1.- Clara Elsa Villalba de Sandoval, de 65 años, prestó sus servicios desde el 23 de noviembre de 1998 hasta el 22 de noviembre de 1999, en el cargo de Consejera Grado Ocupacional 4EX en las Embajadas de Colombia ante la Unión Europea, el Reino de Bélgica y el Gran Ducado de Luxemburgo. Posteriormente, fue nombrada como Ministra Plenipotenciaria 6XE de las Embajadas del Reino de Bélgica y el Gran Ducado de Luxemburgo, cargo en el que se desempeñó desde el 22 de noviembre 1999 hasta el 29 de enero de 2003.

2.- El 11 de abril de 2003 elevó solicitud ante el Instituto de Seguros Sociales para el reconocimiento de su pensión de vejez. Dicha entidad mediante Resolución 00228 de 2004, reconoció dicha prestación a favor de la actora por la suma de tres millones cuatrocientos cuarenta y ocho mil cuatrocientos un pesos (\$ 3.448.401).

3.- El 15 de marzo de 2005 la accionante solicitó al Instituto de Seguros Sociales la reliquidación de su pensión de vejez, por cuanto la mencionada prestación había sido liquidada de acuerdo con el artículo 57 del Decreto-Ley 10 de 1992, el cual establece: “Las prestaciones sociales de los funcionarios del servicio exterior, a excepción de los administrativos locales, se liquidarán y se pagarán con base en las asignaciones del cargo equivalente en el servicio interno del Ministerio de Relaciones Exteriores”, y no con el salario real que la demandante devengaba.

Aunado a lo anterior, señala la accionante que el artículo 57 del Decreto-Ley 10 de 1992 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C- 173 de 2004.

4.- La actora presentó demanda ordinaria laboral contra el Instituto de Seguros Sociales con el propósito de que fuera reliquidada su pensión de vejez. El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 16 de mayo de 2008 accedió a las pretensiones

de la accionante.

5.- La Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá mediante sentencia de 16 de mayo de 2009 revocó la decisión del ad-quo, por cuanto la liquidación que realizó el Instituto de Seguros Sociales se hizo de acuerdo con los aportes efectuados por el Ministerio de Relaciones Exteriores, por ello “si el salario reportado al Instituto, fue menor al que devengó, como lo aduce la actora, la responsabilidad recaería sobre el empleador a quien podrá reclamar los eventuales derechos que se deriven de la irregularidad en los aportes al Sistema”.

6.- El 11 de julio de 2007, la demandante solicitó al Ministerio de Relaciones Exteriores que: “se ordene hacer la remisión de aportes de cotización para pensión de vejez con destino al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES teniendo como INGRESO BASE DE COTIZACION LOS SALARIOS REALMENTE DEVENGADOS” y que por tanto “se cancele al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el valor de los aportes de cotización que corresponden”. La mencionada solicitud no recibió respuesta alguna por parte del Ministerio.

Solicitud de Tutela

7.- Con fundamento en los hechos narrados, la ciudadana Clara Elsa Villalba de Sandoval solicitó la protección de su derecho fundamental a la seguridad social que considera vulnerado por la entidad demandada al realizar aportes al Sistema de Seguridad en Pensiones con un salario inferior al realmente devengado.

Respuesta de la entidad demandada

8.- La parte accionada por medio de escrito del 1 de julio de 2009 respondió la acción de tutela de la referencia, y solicitó denegar el recurso de amparo.

9.-Indicó que el Ministerio de Relaciones Exteriores realizó los aportes al Sistema de

Seguridad Social de Pensiones conforme al artículo 57 del Decreto-Ley 10 de 1992, el literal a del artículo 65 del Decreto-Ley 274 de 2000 y el párrafo 1 del artículo 7 de la Ley 797 de 2003, normas que se encontraban vigentes al momento de la realización de las cotizaciones.

10.- Adicionalmente, solicitó que se declarara la improcedencia de la acción en curso por cuanto la actora cuenta con otro mecanismo de defensa judicial.

Decisiones judiciales objeto de revisión

Sentencia de primera instancia

11.- La Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró improcedente el amparo incoado pues consideró que al estar devengando la actora una pensión que asciende a tres millones seiscientos setenta y dos mil doscientos dos pesos (\$3.672.202), en el presente evento no se configura una afectación al mínimo vital que haga procedente la acción.

Impugnación

12.- La accionante impugnó la decisión proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca con el objetivo de que revoque la decisión de primera instancia y en su lugar se le concedan sus pretensiones.

Sentencia de segunda instancia

16. La Sección Segunda del Consejo de Estado revocó la sentencia proferida por el ad quo y

en su lugar ordenó al Ministerio de Relaciones Exteriores diera respuesta a la solicitud elevada por la petente el día 11 de julio de 2007.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 1. Competencia

1.- Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción 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.

### 2. Problema jurídico

2.- En atención a lo expuesto, esta Sala de Revisión debe determinar si el Ministerio de Relaciones Exteriores vulneró el derecho fundamental a la seguridad social de la señora Clara Elsa Villalba de Sandoval al realizar aportes al Sistema de Seguridad en Pensiones con un salario inferior al realmente devengado.

A fin de resolver el asunto, la Sala se pronunciará sobre los siguientes tópicos: (i) la seguridad social como derecho constitucional fundamental y su protección por medio de la acción de tutela; (ii) el ingreso base de cotización de los funcionarios que han prestado sus servicios en el Ministerio de Relaciones Exteriores; (iii) la procedencia de la acción de tutela; y (iv) el caso concreto.

La seguridad social como derecho constitucional fundamental y su protección por medio de la acción de tutela

La seguridad social se erige en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho constitucional a cuyo cumplimiento se compromete el Estado, según se sigue de la lectura del artículo 48 superior, el cual prescribe lo siguiente: “Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social”<sup>1</sup>.

La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho a la seguridad social se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional pues son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la seguridad

social<sup>2</sup>. El artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona afirma que:

“Artículo XVI. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.

Así mismo se encuentra estipulado en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales:

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.

De manera similar, el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prescribe:

“Artículo 9. Derecho a la Seguridad Social. 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes”.

En el mismo sentido el Código Iberoamericano de la Seguridad Social, aprobado por la ley 516 de 1999, en su artículo 1, establece:

“El Código reconoce a la Seguridad Social como un derecho inalienable del ser humano”.

De la lectura de las normas transcritas se deduce que el derecho a la seguridad social protege a las personas que están en imposibilidad física o mental para obtener los medios de subsistencia que le permitan llevar una vida digna a causa de la vejez, del desempleo o de una enfermedad o incapacidad laboral. El derecho a la pensión de vejez es uno de los mecanismos que, en virtud del derecho a la seguridad social, protege a las personas cuando su vejez produce una esperable disminución de la producción laboral lo que les dificulta o impide obtener los recursos para disfrutar de una vida digna<sup>3</sup>.

Como se puede apreciar, el derecho a la seguridad social demanda el diseño de una estructura básica que, en primer lugar, establezca las instituciones encargadas de la prestación del servicio y precise, además, los procedimientos bajo los cuales éste debe ocurrir. En segundo término, debe definir el sistema a tener en cuenta para asegurar la provisión de fondos que garanticen su buen funcionamiento. En este punto cobra especial importancia la labor del Estado, el cual, por medio de asignaciones de sus recursos fiscales, tiene la obligación constitucional de brindar las condiciones necesarias para asegurar el goce del derecho irrenunciable a la seguridad social<sup>4</sup>.

De acuerdo a la clasificación ampliamente difundida en la doctrina que se ha ocupado de los derechos fundamentales, la cual toma como base el proceso histórico de surgimiento de estas garantías como parámetro de consulta para establecer la naturaleza de tales derechos, la seguridad social es un derecho que se inscribe en la categoría de los derechos de segunda generación -igualmente conocidos como derechos sociales o de contenido económico, social y cultural-.

En el ordenamiento jurídico colombiano y, durante un amplio lapso, la doctrina constitucional - incluida la jurisprudencia de la Corte Constitucional -, acogió la distinción teórica entre derechos civiles y políticos, de una parte, y derechos sociales, económicos y culturales, de otra. Los primeros generadores de obligaciones negativas o de abstención y por ello reconocidos en su calidad de derechos fundamentales y susceptibles de protección directa por vía de tutela. Los segundos, desprovistos de carácter fundamental por ser fuente de prestaciones u obligaciones positivas, frente a los cuales, por ésta misma razón, la acción de tutela resultaba, en principio, improcedente.

Sin embargo, desde muy temprano, el Tribunal Constitucional colombiano admitió que los derechos sociales, económicos y culturales, llamados también de segunda generación, podían ser amparados por vía de tutela cuando se lograba demostrar un nexo inescindible entre estos derechos de orden prestacional y un derecho fundamental, lo que se denominó "tesis de la conexidad" <sup>5</sup>.

Otra corriente doctrinal ha mostrado, entretanto, que los derechos civiles y políticos así como los derechos sociales, económicos y culturales son derechos fundamentales que implican obligaciones de carácter negativo como de índole positiva<sup>6</sup>. El Estado ha de abstenerse de

realizar acciones orientadas a desconocer estos derechos (deberes negativos del Estado) y con el fin de lograr la plena realización en la práctica de todos estos derechos - políticos, civiles, sociales, económicos y culturales - es preciso, también, que el Estado adopte un conjunto de medidas y despliegue actividades que implican exigencias de orden prestacional (deberes positivos del Estado).

Según esta óptica, la implementación práctica de todos los derechos constitucionales fundamentales siempre dependerá de una mayor o menor erogación presupuestaria, de forma tal que despojar a los derechos sociales - como el derecho a la salud, a la educación, a la vivienda, al acceso al agua potable entre otros - de su carácter de derechos fundamentales por ésta razón resultaría no sólo confuso sino contradictorio.

Es por ello que en pronunciamientos más recientes esta Corte ha señalado que todos los derechos constitucionales son fundamentales<sup>7</sup> pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención). Significan, de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho, no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios - económicos y educativos - indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar. De ahí el matiz activo del papel del Estado en la consecución de un mayor grado de libertad, en especial, a favor de aquellas personas ubicadas en una situación de desventaja social, económica y educativa. Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter positivo o de acción).

Ahora bien, una cosa es la fundamentalidad de los derechos y otra - muy distinta - la posibilidad de hacerlos efectivos a través de la acción de tutela.

Existen facetas prestacionales de los derechos fundamentales - sean éstos civiles, políticos, económicos, sociales o culturales -, como el derecho a la pensión de vejez, cuya implementación política, legislativa, económica y técnica es más exigente que la de otras y

depende de fuertes erogaciones económicas en un contexto de escasez de recursos. Esto supone que algunas veces sea necesario adoptar políticas legislativas y/o reglamentarias para determinar específicamente las prestaciones exigibles y las condiciones para acceder a las mismas, las instituciones obligadas a brindarlas y su forma de financiación, teniendo en cuenta que se debe atender, de modo prioritario, a quienes más lo necesitan. Sobra decir que, en esta tarea, el legislador y la administración deben respetar los mandatos constitucionales y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad, para lo cual deben tener en cuenta las interpretaciones que los órganos autorizados han hecho sobre el alcance de los derechos que reconocen estas normas<sup>8</sup>.

La necesidad del desarrollo político, reglamentario y técnico no determina que estos derechos pierdan su carácter fundamental, pero sí tiene repercusiones en la posibilidad de protegerlos mediante la acción de tutela pues la indeterminación de algunas de sus facetas prestacionales dificulta establecer con exactitud, en un caso concreto, quién es el sujeto obligado, quien es el titular y cual es el contenido prestacional constitucionalmente determinado.

En este sentido, la Corte ha señalado que sólo una vez adoptadas las medidas de orden legislativo y reglamentario, si se cumplen los requisitos previstos en estos escenarios, las personas pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de estos derechos fundamentales cuando quiera que este se encuentre amenazado de vulneración o haya sido conculcado<sup>9</sup>, previo análisis de los requisitos de procedibilidad de este mecanismo constitucional.

La anterior regla tiene una excepción, pues también ha indicado la Corte que ante la renuencia de las instancias políticas y administrativas competentes en adoptar e implementar medidas orientadas a realizar estos derechos fundamentales en la práctica, los jueces pueden hacer efectivo su ejercicio por vía de tutela cuando la omisión de las autoridades públicas termina por desconocer por entero la conexión existente entre la falta de protección de los derechos fundamentales y la posibilidad de llevar una vida digna y de calidad, especialmente de sujetos de especial protección o, en general, de personas colocadas en situación evidente de indefensión<sup>10</sup>.

De esta forma queda claro que el derecho a la seguridad social – dentro del cual se inscribe el derecho a la pensión de vejez -, es un derecho fundamental y que, cuando se presenten alguno de los dos eventos descritos, la acción de tutela puede ser usada para protegerlo, siempre y cuando se verifiquen, además, los requisitos de procedibilidad de este mecanismo procesal.

El ingreso base de cotización de los funcionarios que han prestado sus servicios en el Ministerio de Relaciones Exteriores debe obedecer al salario realmente devengado y no a su equivalente en la planta interna. -Reiteración de jurisprudencia-.

Con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad presentada contra la expresión “para los cargos equivalentes de la planta interna” contenida en el párrafo 1° del artículo 7° de la Ley 797 de 2003, este Tribunal en sentencia C-173 de 2004<sup>11</sup> retomó en sede de control de constitucionalidad abstracto, los lineamientos desarrollados con anterioridad en decisiones proferidas por diferentes Salas de Revisión<sup>12</sup>, reiterando que “en cuanto a la cotización y liquidación de aportes para pensión de quienes hicieron parte del cuerpo diplomático en el exterior, existe una línea jurisprudencial consolidada, en el sentido de sostener que tal liquidación debe hacerse tomando como base el salario realmente devengado por el ex trabajador y nunca un salario inferior, que además es ficticio, pues no corresponde realmente al cargo desempeñado y a las responsabilidades derivadas del mismo.”

En esa oportunidad, consideró el Tribunal Constitucional que el tratamiento dado por el legislador a los funcionarios que prestan sus servicios en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores es claramente discriminatorio, al permitir que el cálculo de la mesada pensional se realice de manera distinta a la del resto de los servidores públicos sin existir una justificación constitucionalmente razonable que ampare tal distinción. En aquél entonces esta Corporación sostuvo:

“Es indiscutible entonces que la disposición que establece como forma de cotizar y liquidar los aportes para pensión a partir del salario de un cargo equivalente pero sustancialmente menor al devengado, es contraria a la jurisprudencia sobre la materia y violatoria de los principios y derechos de dignidad, igualdad, mínimo vital y seguridad social. Obviamente la norma crea un factor ficticio que intenta excluir el salario real devengado, o una buena parte de éste, del cálculo del monto de la pensión.

(...) Además, esta declaratoria de inconstitucionalidad permite que el monto de cotización y el de liquidación de la pensión sean calculados con base en lo realmente devengado, lo cual garantiza el equilibrio del sistema pensional, pues las cotizaciones y las liquidaciones ya no se realizarán con base en ingresos inferiores a los que estos funcionarios perciben, ya sea que estén en la planta interna o en la externa, pues en cada caso se hará la cotización y la liquidación con base en el salario real.”

La misma línea de argumentación fue reiterada por esta Corte en la sentencia C-535 de 200513, al declarar la inexecutable del artículo 57 del Decreto 0010 de 1992 que disponía que “[l]as prestaciones sociales de los funcionarios del servicio exterior, a excepción de los administrativos locales, se liquidarán y se pagarán con base en las asignaciones del cargo equivalente en el servicio interno del Ministerio de Relaciones Exteriores”, por considerarlo contrario a los principios de igualdad y dignidad humana, y en casos concretos, a la seguridad social y mínimo vital. Al respecto sostuvo:

“[C]omo se ha visto, ese tratamiento no está justificado pues implica un desconocimiento del mandato de igualdad en la formulación del derecho y del principio de primacía de la realidad en las relaciones laborales, principios de acuerdo con los cuales la pensión de jubilación y las prestaciones sociales deben cotizarse y liquidarse con base en lo realmente devengado por el funcionario del servicio exterior y no con base en un salario inferior que no le corresponde. Esta concepción, desde luego, no se opone a que, frente a prestaciones como la pensión de jubilación, la cotización y liquidación se realice respetando los límites máximos impuestos por la ley pues el respeto de tales límites asegura el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones.”

No existe duda de que el precedente constitucional sobre la materia se encuentra afianzado y resulta de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades no sólo por lo establecido en el artículo 243 de la Constitución Política, sino también por lo que implica el valor normativo de la misma. Sin embargo, es necesario precisar que su desconocimiento, prima facie, no habilita automáticamente el ejercicio de la acción de tutela para restablecer los derechos fundamentales en disputa, pues no puede olvidarse el carácter residual y subsidiario del citado mecanismo procesal, a menos de que el afectado se encuentre en presencia de un perjuicio irremediable, logre demostrar la ineptitud del mecanismo principal o que la negativa se haga de manera sistemática como expresión de una política pública

inconstitucional.

La procedencia de la acción de tutela

Esta Corporación en reiterada jurisprudencia ha manifestado que, debido al carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, deben solucionarse por medio de los recursos ordinarios que el legislador tiene previstos para tal fin<sup>14</sup>. Por tanto, la tutela procede sólo en los casos que señale el ordenamiento jurídico, y no es suficiente que se alegue la vulneración o amenaza de un derecho fundamental, para que se legitime automáticamente su procedencia.

Lo anterior se ha sostenido toda vez que el inciso 3° del artículo 86 de la Constitución Política condiciona la procedencia del amparo constitucional a: (i) la inexistencia de otros medios de defensa judicial que resulten eficaces e idóneos para garantizar dicha protección; y (ii) la inminencia de un perjuicio irremediable que justifique su trámite transitorio para la protección de los derechos fundamentales<sup>15</sup>.

Refiriéndose al primero de los requisitos enunciados, la Corte Constitucional, ha expuesto:

“4. La existencia de otro medio judicial de defensa idóneo.

Como dispone el artículo 86 de la Constitución Política la acción de tutela ‘solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable’.

Al respecto, la Corte ha sido enfática en que la procedencia de la tutela está sujeta a la ineficacia del medio de defensa judicial ordinario, ya que este puede ser suficiente para restablecer el derecho atacado, situación que solo podrá determinarse por el juez de tutela, en el caso concreto y frente a los hechos y material probatorio correspondiente.

[...]

Así las cosas la Corte ha de insistir en que ‘el primer llamado a proteger los derechos constitucionales no es el juez de tutela, sino el ordinario. La tutela está reservada para enfrentar la absoluta inoperancia de los distintos mecanismos dispuestos para la protección de los derechos de las personas, no para suplirlos. De otra manera tendría que aceptarse

que, más temprano que tarde, la acción de tutela perdería completamente su eficacia'. Es necesario en efecto evitar así darle a la acción de tutela 'un enfoque y alcance equivocados, particularmente en lo que tiene que ver con los criterios jurídicos de procedibilidad, los cuales atendiendo a lo establecido en los artículos 86 de la Constitución Política y 6º del Decreto 2591 de 1991, determinan el carácter eminentemente subsidiario de este mecanismo de defensa judicial'.<sup>16</sup> (Negrillas fuera del texto).

En cuanto al segundo, esta Corporación ha señalado que la acción de tutela procederá como mecanismo transitorio, a pesar de la existencia de un medio judicial ordinario idóneo y eficaz, cuando es necesaria para evitar un perjuicio irremediable.

Respecto del concepto de perjuicio irremediable ha señalado esta Corporación, que éste debe ser: (i) inminente; (ii) que la afectación al derecho fundamental invocado sea de gran intensidad; (iii) que las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio han de ser urgentes, por lo que ha hay que entrar a actuar de inmediato; y (iv) que la acción de tutela ha de ser impostergable, en tanto necesaria para restablecer el derecho.<sup>17</sup>

Así las cosas, únicamente ante la presencia de alguno de los dos supuestos explicados la acción de tutela es procedente y la autoridad judicial debe estudiar entonces si se existe una violación o amenaza al derecho fundamental.

#### El caso concreto

En el presente asunto, la señora Clara Elsa Villalba de Sandoval considera vulnerado su derecho fundamental a la seguridad social por el Ministerio de Relaciones Exteriores, por cuanto dicha entidad realizó los aportes al Sistema de Seguridad en Pensiones con el salario previsto para los cargos de equivalencia en la planta interna del referido ministerio y no con el salario que realmente devengaba.

La primera verificación que se debe realizar en este caso es aquélla que consiste en determinar si los derechos fundamentales presuntamente vulnerados son susceptibles de protección por medio de la acción de tutela, ya que, como se señaló anteriormente, algunas facetas prestacionales de ciertos derechos fundamentales requieren para ello de desarrollo

legal y/o reglamentario, salvo que se concrete el supuesto de hecho de la excepción ya explicada.

Como se expuso, en el caso del derecho fundamental a la seguridad social, es necesario un desarrollo legal y/o reglamentario que establezca (i) las instituciones encargadas de la prestación del servicio, (ii) las condiciones para acceder a tal prestación y (iii) un sistema que asegure la provisión de fondos, pues la Constitución no determina directamente tales elementos. Este desarrollo ya se ha efectuado por parte del legislador, principalmente mediante la ley 100 de 1993, lo que hace que el derecho a la seguridad social sea susceptible de protección mediante la acción de tutela.

La segunda verificación que se debe llevar a cabo en este caso es la relativa a la procedibilidad de la acción de tutela, pues el artículo 86 de la Constitución prescribe que ésta sólo procederá cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial idóneo, salvo que se interponga de forma transitoria para evitar un perjuicio irremediable.

Esta Sala considera que, en esta oportunidad, el mecanismo ordinario resulta idóneo y eficaz según los factores valorados por la jurisprudencia constitucional, pues la acción ante la jurisdicción contencioso administrativa es capaz de establecer si la conducta desplegada por el Ministerio de Relaciones Exteriores constituye una infracción al Sistema de Seguridad Social y de ser así, puede ordenarle al referido ministerio que haga los aportes de acuerdo con el salario realmente devengado y no con el establecido para un cargo equivalente en la planta interna de dicha entidad y con ello hacer cesar la violación.

Aún en el evento, en que la acción de tutela haya sido interpuesta como mecanismo transitorio ésta tampoco resulta procedente, por cuanto la actora percibe una asignación pensional que asciende a tres millones cuatrocientos cuarenta y ocho mil cuatrocientos un pesos (\$ 3´448.401), por lo que, esta Sala advierte que no hay una afectación de las condiciones mínimas de las cuales una persona requiere para vivir dignamente y de existir

no es de tal magnitud que se pueda configurar un perjuicio irremediable.

En este sentido, esta Corporación en sentencia T-324 de 2005, no accedió al amparo solicitado por la demandante que había prestado sus servicios como funcionaria de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, en condición de Cónsul General de Colombia en la ciudad de San Francisco (Estados Unidos) entre el 9 de julio de 1998 y el 28 de enero de 2003 y a la cual se le reconoció y liquidó la pensión de vejez, no con base en el salario realmente devengado por ella, sino con base en el sueldo de cargos equivalentes en la planta interna del Ministerio. En esta oportunidad la Sala Séptima de Revisión indico: “la percepción de una mesada pensional que supera los once (11) salarios mínimo mensuales legales vigentes, demuestra a todas luces que no existe una afectación al mínimo vital, máxime cuando la misma accionante no sólo no aporta prueba alguna que así lo demuestre, sino que se limita a hacer una ligera apreciación en relación con la limitación que podría producirse en sus hábitos de vida, sin que por ello se puede deducir que su mínimo vital y las condiciones mínimas de vida a que tiene derecho todo ser humano para no ver afectada su dignidad, ni su mínimo vital se vulneren por el monto de la mesada pensional que percibe en la actualidad.”

A la misma conclusión llegó este Tribunal en sentencia T-1150 de 2005, en el caso de él ex-Embajador Extraordinario y Plenipotenciario ante el Gobierno de Irán, al cual también le fue reconocida su pensión de jubilación conforme al salario establecido para la planta interna de los funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores y no con el realmente devengado. En esta providencia se señaló; “del expediente no se advierte que el mínimo de condiciones de vida digna, la alimentación, la educación, la salud, el vestido y la recreación del actor se vean afectados a tal grado, que configuren un perjuicio irremediable y que hagan ineficaz el otro medio de defensa judicial ante la jurisdicción contencioso administrativa con que cuenta el actor para controvertir los actos administrativos que sustentan la negativa de la entidad demandada a reliquidar la pensión de vejez en los términos solicitados por el actor”.

De otra parte, en cuanto a las condiciones materiales que justifican la protección por vía de tutela, no existe duda sobre su condición de persona de la tercera edad (65 años), la cual como lo ha establecido la Corte, no constituye por sí misma razón suficiente para definir la

procedencia de la acción de tutela en estos casos, pues se hace necesario que la actuación sea violatoria de derechos fundamentales como la vida digna, el mínimo vital y la salud u otras garantías superiores, y que el hecho de someterla al trámite de un proceso ordinario hace más gravosa su situación personal.

Respecto a la petición elevada por la demandante al Ministerio de Relaciones Exteriores el 11 de julio de 2007, a la cual no se le ha dado respuesta. Esta Sala concuerda con el juez de segunda instancia que esta omisión por parte de la entidad demandada genera una vulneración al derecho de petición de la actora, por lo que confirmara la decisión adoptada por esta instancia respecto de este asunto.

De acuerdo con lo anterior, la Sala de Revisión confirmara la decisión proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en segunda instancia, en la cual se tuteló el derecho de petición de la parte accionante y declarará improcedente respecto del resto del asunto la acción de tutela incoada por la señora Clara Elsa Villalba de Sandoval contra el Ministerio de Relaciones Exteriores.

### III. DECISION

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.- CONFIRMAR la decisión proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en segunda instancia, en la cual se tuteló el derecho de petición de la parte accionante.

Segundo.- DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela interpuesta por la señora Clara Elsa Villalba de Sandoval contra el Ministerio de Relaciones Exteriores respecto al resto del asunto.

Tercero .- Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

Ausente en comisión

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Sobre el alcance de la seguridad social como derecho protegido a la luz del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en su observación general número XX el Comité hizo las siguientes precisiones: “26. El artículo 9 del Pacto prevé de manera general que los Estados Partes “reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso el seguro social”, sin precisar la índole ni el nivel de la protección que debe garantizarse. Sin embargo, en el término “seguro social” quedan incluidos de forma implícita todos los riesgos que ocasionen la pérdida de los medios de subsistencia por circunstancias ajenas a la voluntad de las personas. 27. De conformidad con el artículo 9 del Pacto y con las disposiciones de aplicación de los Convenios de la OIT sobre seguridad social -Convenio Nº 102, relativo a la norma mínima de la seguridad social (1952) y Convenio Nº 128 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes (1967)- los Estados Partes deben tomar las medidas adecuadas para establecer, con carácter general, sistemas de seguros de vejez obligatorios, a percibir a partir de una edad determinada, prescrita por las legislaciones nacionales” (...) 30. Finalmente, para dar pleno cumplimiento al mandato del artículo 9 del Pacto, como ya se ha señalado en los párrafos 20 y 22, los Estados Partes deberán

establecer, dentro de los recursos disponibles, prestaciones de vejez no contributivas u otras ayudas, para todas las personas mayores que, al cumplir la edad prescrita fijada en la legislación nacional, por no haber trabajado o no tener cubiertos los períodos mínimos de cotización exigidos, no tengan derecho a disfrutar de una pensión de vejez o de otra ayuda o prestación de la seguridad social y carezcan de cualquier otra fuente de ingresos”.

2 (i) artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Artículo 22. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”; (ii) artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “Artículo 9 Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”; (iii) artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona: “Artículo XVI. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”; (iv) artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “Artículo 9. Derecho a la Seguridad Social. 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes”; y (v) el artículo 11, numeral 1, literal “e” de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: Artículo 11 || 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular: e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas;

3 Sentencia T-284-07.

4 Sentencia C-623 de 2004

5 Posición planteada desde la sentencia T-406 de 1992.

6 Víctor Abramovich, Christian Courtis, Los derechos sociales como derechos exigibles, Editorial Trotta, Madrid, 2002.

7 Ver las sentencias T-016-07 sobre el derecho a la salud, T-585-08 sobre el derecho a la vivienda y T-580-07 sobre el derecho a la seguridad social.

8 Al respecto ver las Sentencias C-616 de 2001, C-130 de 2002, C-791 de 2002 y SU-623 de 2001

9 Sentencia T-016-07.

10 Ibídem.

11 La Corte en sentencia C-292 de 2001 acogiendo el mismo criterio jurisprudencial, había declarado la inexecutable de los artículos 65 y 66 del Decreto 274 de 2000 que hacían referencia al salario percibido en la planta interna por los funcionarios de la carrera diplomática y consular para efectos de determinar (i) el ingreso base de cotización para el sistema de pensiones, salud y riesgos profesionales y (ii) la liquidación de las prestaciones sociales.

12 Cfr. T-1016 de 2000, T-534 de 2001, T-1022 de 2002, T-083 de 2003.

13 Esta Corporación concluyó que si bien la previsión normativa había sido derogada por el Decreto 274 de 2000 (Art. 96), continuaba produciendo efectos jurídicos, razón por la cual realizó el estudio de fondo.

14 Ver, entre otras, las sentencias: Corte Constitucional T-001/97, SU-528/93, SU-667/98, T-605/99 y T-335/00.

15 Ver, entre otras, las sentencias, Corte Constitucional T-203 de 1993, C-543 de 1992, T-225 de 1993 y T-1060 de 2000.

16 Corte Constitucional, Sentencia T-069 de 2001.

17 Corte Constitucional, Sentencia C 225 de 1993.