

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para ordenar pago de mesadas pensionales

ACCION DE TUTELA-Improcedencia para obtener reajuste pensional

Referencia: expediente T-1627269

Acción de tutela incoada por Belssy Consuelo Ocampo de Ferrer, contra el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

Procedencia: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A.

Magistrado Ponente:

Dr. NILSON PINILLA PINILLA.

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil siete (2007).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Humberto Antonio Sierra Porto y Catalina Botero Marino, en ejercicio de sus competencias legales y constitucionales ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

en la revisión del fallo adoptado por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, dentro de la acción de tutela promovida por Belssy Consuelo Ocampo de Ferrer, contra el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

El expediente llegó a la Corte Constitucional por remisión del mencionado despacho, en virtud de lo ordenado por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección N° 6 de la Corte, el 15 de junio de 2007 eligió, para efectos de su revisión, el asunto de la referencia.

### I. ANTECEDENTES.

Belssy Consuelo Ocampo de Ferrer, actuando por medio de apoderada, interpuso acción de tutela contra el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, el 27 de febrero de 2007, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, solicitando el amparo de los

derechos al trabajo, seguridad social y mínimo vital, por los hechos que a continuación son resumidos.

#### A. Hechos y relato contenido en la demanda.

1. Mediante resolución N° 129 de diciembre 28 de 1995, el Ministerio de Desarrollo Económico (hoy Ministerio de Comercio, Industria y Turismo), reconoció a Belssy Consuelo Ocampo de Ferrer pensión de jubilación a partir del 2 de julio de 1993, en cuantía de \$81.622.

2. Por resolución N° 114 de noviembre 20 de 1998 fue revisada la anterior, al considerar que las vacaciones no constituyen factor salarial, actualizándose la pensión frente al salario mínimo, para quedar la mesada en \$216.485.

3. El 3 de marzo de 2006 solicitó al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo la indexación de la primera mesada pensional, ya que en la actualidad se encuentra recibiendo el “equivalente a un salario mínimo legal mensual”, por lo que cree se le están vulnerando sus derechos, en razón a que al momento de retirarse (diciembre 30 de 1984) su salario equivalía a 6.82 salarios mínimos legales mensuales de la época, lo cual no tiene correspondencia con la pensión que está recibiendo.

4. En razón de la respuesta negativa a su solicitud, la señora Belssy Consuelo Ocampo de Ferrer presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca contra el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo “para lograr la indexación de la primera mesada pensional y hasta la fecha la demanda no ha sido admitida” (f. 2 cd. inicial).

#### B. La demanda de tutela.

Por esta vía, la parte actora solicita la protección de los derechos al trabajo, la seguridad social y el mínimo vital, al considerar que le están siendo vulnerados por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, en razón a que es una persona de 63 años de edad que se halla en “situación económica deplorable”.

#### C. Pruebas relevantes que en copia obran dentro del expediente.

\* Resolución N° 129 de diciembre 28 de 1995, por medio de la cual el Ministerio de Desarrollo Económico, Corporación Nacional de Turismo, le reconoce a Belssy Consuelo Ocampo de Ferrer la pensión de jubilación en un monto total de \$81.622 más los reajustes de ley (fs. 11 a 14 cd. inicial).

\* Resolución N° 114 de 20 de noviembre 20 de 1998, mediante la cual se modifica el monto de la mesada pensional de la accionante, a \$216.485 (fs. 6 a 10 ib.).

\* Petición de reajuste pensional de la demandante, al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (fs. 15 a 17 ib.).

\* Respuesta negativa a la anterior solicitud (abril 3 de 2006, f. 18 ib.).

\* Original del comprobante de pago de la mesada pensional, correspondiente a febrero de 2007, por valor de \$433.700 (“neto a pagar \$379.400”, f. 19 ib.).

\* Constancias médicas, en relación con el estado de salud de la peticionaria (fs. 30 a 34 ib.).

#### D. Respuesta de la entidad accionada.

Mediante oficio remitido el 5 de marzo de 2007, el jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo contestó el escrito de tutela, afirmando que la entidad demandada en ningún momento ha vulnerado derecho fundamental alguno a Belssy Consuelo Ocampo de Ferrer y que es clara la improcedencia de la acción de tutela interpuesta por la accionante, por cuanto existe otro medio de defensa judicial, como lo es la demanda instaurada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con las mismas

pretensiones invocadas en la presente acción de tutela (fs. 41 a 43 ib.).

#### E. Fallo de primera instancia.

Mediante providencia de marzo 8 de 2007, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, negó la tutela solicitada, al considerar que en el presente caso no se encuentra acreditada la vulneración de los derechos fundamentales invocados en la demanda, teniendo en cuenta las resoluciones números 129 de diciembre 28 de 1995 y 114 de noviembre 20 de 1998, la primera reconociendo la pensión de jubilación, en cuantía de \$81.622, a partir del 2 de julio de 1993 y la segunda, actualizándola con base en concepto actuarial, elevándose a \$216.485.

Acota que “según las resoluciones citadas, a partir del 1º de julio de 1998, la pensión de la demandante debía ser asumida” por el Instituto de Seguros Sociales, “quedando la Corporación o el Ministerio con el pago del resto del mayor valor que le resultare”, y no aparece acreditado que el ISS se haya sustraído al reconocimiento y pago de la pensión que está su cargo.

#### F. Impugnación.

En escrito presentado el 21 de marzo de 2007, la apoderada de la interesada impugnó el fallo del a quo, al no estar de acuerdo con la decisión adoptada, anotando que aunque “la vía ordinaria ya se encuentra en curso... no tiene la misma eficacia de la tutela”, ante la “situación económica y de salud por la que está pasando mi mandante”. Insiste en que no ha habido indexación y niega que la señora Ocampo de Ferrer reciba cuota del ISS, ya que “pese a que a partir de 1998 la pensión debía ser pagada por el Seguro Social”, aún continúa a cargo del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

La Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, mediante sentencia de abril 19 de 2007 revocó el fallo de primera instancia, pero para rechazar la acción “por improcedente” al estimar que la acción de tutela es un mecanismo subsidiario que sólo procede cuando el afectado no cuenta con otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, “que no se alega ni se evidencia” y en este caso ese otro medio judicial para la defensa de los derechos invocados ya está en curso, al incoarse ante el Tribunal

Administrativo de Cundinamarca dentro del término dispuesto.

Además, “en el presente caso existen cuestiones legales que deben ser definidas por el juez contencioso administrativo y no por el juez de tutela”.

## II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primero. Competencia.

Es competente la Corte Constitucional para analizar, en Sala de Revisión, la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segundo. El asunto objeto de discusión.

La Sala determinará si existe conculcación de los derechos fundamentales aquí solicitados en amparo, pues la accionante actualmente goza de su pensión por vejez y no ha acudido a los respectivos medios de defensa judicial, para pedir la esperada retroactividad de su pensión por indexación.

Tercero. Frente a la subsidiaridad de la acción de tutela, la afectación al mínimo vital debe ser demostrada, al menos sumariamente.

La Corte Constitucional ha asumido con firmeza la protección de las personas que reclaman la seguridad social como derecho constitucional, con ciertas premisas que deben ser cumplidas a cabalidad, recordando que la tutela no fue concebida para reclamar sumas de dinero. Pero cuando se trata de la protección de derechos donde, por conexidad, se afecten otros fundamentales, la Corte ha convalidado la procedencia de la acción de tutela para el cobro de mesadas pensionales, como es el caso de atentados contra el mínimo vital.

Impetrado este tipo de acciones en procura del reconocimiento de reajuste pensional, se debe probar al menos sumariamente la existencia de un perjuicio irremediable, como la afectación al mínimo vital, como reiteradamente ha expresado esta corporación, por ejemplo en sentencia T-686 de julio 24 de 2004, M. P. Clara Inés Vargas Hernández:

“Debe hacerse hincapié que en esta hipótesis el actor de todas formas está en el deber de

demostrar, al menos sumariamente, la grave afectación de su mínimo vital o de su vida digna como consecuencia del no reconocimiento y pago del reajuste pensional, pues de lo contrario la acción de tutela no prosperará.

... ..

Sin embargo, debe aclarar la Sala que para que prospere la acción de tutela como mecanismo transitorio tratándose de solicitudes de reajuste o reliquidación pensional, no basta que el actor sea una persona de la tercera edad que se encuentre frente a un perjuicio irremediable, sino que también es menester que el derecho cuyo reconocimiento reclama por esta vía sea procedente a la luz del ordenamiento jurídico, pues de otra forma no podría hablarse de la omisión o desconocimiento de un deber legal por parte de la autoridad pública. ”

En sentencia T-302 de abril 27 de 2007, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, reiteró que para poder obtener el reconocimiento del reajuste pensional por vía de tutela, “se debe probar la existencia de una afectación irremediable, como sería la conculcación del mínimo vital. Como estatuye el artículo 86 de la Constitución: ‘Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.’ Es decir, si existen otros medios de defensa judicial y no un daño irreparable, se debe acudir a ellos” y de no ser así, la acción será declarada improcedente.

En ese orden de ideas, cuando se desee proteger el derecho mediante tutela, se debe observar que no exista otro medio de defensa judicial; sólo de esa manera procedería amparar el reajuste pensional, probablemente como mecanismo transitorio. Lo contrario implicaría que el juez de tutela invada indiscriminadamente áreas frente a las cuales existe otra vía judicial, legítimamente establecida para debatir esa clase de asuntos.

Dentro de este contexto, nota la Sala que la peticionaria no padece ninguna enfermedad incapacitante (f. 34 cd. inicial) y recibe mensualmente el pago de su pensión (f. 19 ib.), por lo que el asunto que se debate sería solamente económico, que bien puede satisfacerse a través de otros medios de defensa judicial.

Cuarto. Caso concreto.

En el asunto bajo estudio, Belssy Consuelo Ocampo de Ferrer acudió a la acción de tutela solicitando la protección de sus derechos fundamentales antes referidos, que considera vulnerados por cuanto el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo no le ha indexado su pensión.

Según emana del artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo subsidiario para la protección de derechos fundamentales. De esta característica definitoria de la acción de tutela se sigue la improcedencia de la misma cuando existan otros mecanismos para la defensa judicial de los derechos amenazados o vulnerados.

En los eventos en que se demanda la protección del derecho a mantener el poder adquisitivo de las pensiones, y en concreto para definir si existe o no la obligación de indexar la primera mesada pensional, indiscutiblemente existen otros mecanismos de defensa judicial, que según las normas jurídicas vigentes se hallan en la acción ordinaria laboral y, frente a una resolución de un ente de derecho público, de acuerdo al caso, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

No obstante, de acuerdo con ese mismo artículo 86 de la Constitución y el 6° del Decreto 2591 de 1991, la subsidiariedad de la acción de tutela cede cuando el titular de los derechos corra el riesgo de sufrir un perjuicio irremediable, evento en el cual, de manera excepcional, la acción de tutela se convierte en mecanismo prístino para la protección de los derechos, pero de carácter transitorio y netamente cautelar.

En el presente asunto, primero, la acción de tutela formulada en representación de la ciudadana Belssy Consuelo Ocampo de Ferrer es improcedente, tal como consideró el ad quem, por la existencia de otra vía judicial, por cierto ya incoada por los mismos hechos y con las mismas pretensiones ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, asunto que está en curso y pendiente de resolver.

Segundo, la Corte considera que no es procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, que ni siquiera fue planteado en la demanda, menos se demostró el probable perjuicio irremediable, correspondiéndole a la parte actora indicar y probar los supuestos de hecho que implican la urgencia del amparo constitucional, ante la gravedad e inminencia del peligro que se cierne sobre sus derechos fundamentales. No indicado ni probado esto, no puede el juez de tutela ignorar la subsidiariedad de esta acción, ni entrar a proteger

derechos sobre bases discutibles.

Tercero, se encuentra establecido que el derecho a mantener el poder adquisitivo de las pensiones es constitucional, mas no fundamental. Esto implica que su protección por vía de tutela no opera directamente y sin necesidad de constataciones adicionales, siendo requisito indispensable para su protección que se encuentre en conexidad, para el caso, con el derecho al mínimo vital, o con otro derecho fundamental<sup>1</sup>.

Esta situación no aparece demostrada en el asunto bajo estudio, pues la demanda, -aun cuando incluye algunas aseveraciones sobre las dificultades económicas de la pensionada, su edad y estado de salud, circunstancias que luego complementa de su puño y letra la señora interesada, anexando algunos documentos, denotando que “no es fácil que pueda esperar a la terminación de un proceso”, que bien ha podido iniciar mucho antes-, no comprueba la realidad de una afectación severa a las condiciones de subsistencia de la señora Ocampo de Ferrer, la afectación de su derecho al mínimo vital, o la circunstancia de haber recibido un trato discriminatorio, sumando razones para afirmar que no puede el juez constitucional entrar a ordenar la indexación de la primera mesada pensional de la actora.

Todo lo anterior conduce a inferir que, por el siguiente compendio de razones, la acción de tutela bajo revisión es improcedente, como bien decidió el ad quem:

(i) Existen otros mecanismos de defensa judicial para perseguir la protección del derecho a la indexación de la primera mesada pensional que la actora considera vulnerado; (ii) no existen elementos de juicio que permitan afirmar que en este caso la actora se encuentre ante la eventualidad de sufrir un perjuicio irremediable, lo que implica descartar la procedibilidad de la tutela como mecanismo transitorio, que no fue invocado; (iii) la demanda se restringió en últimas a exigir la protección del derecho a mantener el poder adquisitivo de la pensión de jubilación, el cual, como se determinó, no es un derecho fundamental autónomo; (iv) tampoco se demostró la afectación de algún derecho fundamental, como el mínimo vital o la igualdad, que permitieran proteger el derecho indicado, a partir del criterio de conexidad; (v) la actora no hace parte del grupo de especial protección constitucional por ancianidad -mayores de 71 años-. Adicionalmente, la accionante no padece ninguna enfermedad incapacitante (f. 34 cd. inicial), que condujera a analizar ese factor, como probabilidad para reconocer a su favor un asunto de la naturaleza del que aquí se debate.

También por lo anteriormente expresado, queda aún con menor fundamento jurídico la pretensión del pago retroactivo, por esta vía de amparo, del eventual ajuste de la pensión de la demandante.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, se confirmará el fallo de abril 19 de 2007, proferido por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A.

### III. DECISIÓN.

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

#### RESUELVE

Primero. CONFIRMAR la sentencia de abril 19 de 2007, proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, que revocó el fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la acción de tutela incoada a nombre de Belssy Consuelo Ocampo de Ferrer, contra el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

Segundo. LÍBRESE por Secretaría General la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Magistrada (E)

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 T-1191 de diciembre 4 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

2 Cfr. T-686 de agosto 8 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.