

Sentencia T-818-09

ACCION DE TUTELA-Presupuestos procesales

DERECHOS DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Protección constitucional especial

FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL-Finalidad

FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL-Naturaleza jurídica

FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL-Subcuenta de Solidaridad

FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL-Subcuenta de subsistencia

FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL-Requisitos para el subsidio

SUBCUENTA DE SUBSISTENCIA DEL FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL-Requisitos para el subsidio

DERECHO AL MINIMO VITAL DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Prelación constitucional

SUBCUENTA DE SUBSISTENCIA DEL FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL-Finalidad

ACCION DE TUTELA-Orden a Consorcio Prosperar de afiliar a la actora a la Subcuenta de Solidaridad

Referencia: expediente T-1825103

Acción de tutela presentada por Rosa Angélica Serna, contra el Ministerio de la Protección Social.

Procedencia: Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda de Decisión.

Magistrado Ponente:

Dr. NILSON PINILLA PINILLA

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados

Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Iván Palacio Palacio y Humberto Antonio Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales profiere la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo adoptado por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda de Decisión, el 26 de noviembre de 2007, dentro de la acción de tutela instaurada por Rosa Angélica Serna, de 75 años de edad a la fecha, contra el Ministerio de la Protección Social y el Fondo de Solidaridad Pensional – PROSPERAR.

El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que hizo el mencionado despacho judicial, en virtud de lo ordenado por los artículos 86 de la Constitución y 31 del Decreto 2591 de 1991, siendo escogido para su revisión por la Sala de Selección N° 2 del 28 de febrero de 2008.

I. ANTECEDENTES

El 6 de noviembre de 2007 Rosa Angélica Serna, actuando a nombre propio, presentó acción de tutela contra el Ministerio de la Protección Social y el Fondo de Solidaridad Pensional – PROSPERAR, por estimar vulnerados sus derechos fundamentales al mínimo vital en conexión con la vida, a la dignidad humana, la igualdad y la seguridad social, con base en los hechos que a continuación son resumidos.

A. Hechos relevantes y narración realizada por la demandante.

Rosa Angélica Serna expresa que solicitó pensión de vejez al Instituto de Seguros Sociales, Seccional Antioquia, el cual mediante Resolución N° 028654 de 2006 señaló que las 918 semanas cotizadas en el régimen solidario de prima media con prestación definida, no alcanzaban a cumplir dicho requisito, por lo que debía seguir cotizando hasta obtener las 1000 semanas requeridas.

Afirma que con el objeto de cotizar las 82 semanas faltantes, pidió oralmente al Fondo de Solidaridad Pensional – PROSPERAR (teléfono 0178000913050) el subsidio al aporte de pensión, por considerar que su estado avanzado de edad y los quebrantos de salud le impedían obtener recursos para su propia subsistencia, petición igualmente negada por no contar entre 55 y 65 años de edad, no faltarle 5 años o más de cotizaciones para llegar a

las 1000 semanas requeridas y no desarrollar una actividad como trabajadora independiente, que generara ingresos hasta de un salario mínimo legal vigente.

Sostiene la actora que cumple los requisitos de cobertura en Salud (Sisben nivel 1); en cuanto a las semanas mínimas cotizadas al sistema, indica que no solo satisface el requisito de 650 semanas, sino que lo excede (918 semanas), siendo la negación del subsidio violatoria de sus derechos fundamentales.

Señala que tampoco es beneficiaria de la subcuenta de subsistencia del fondo, pues ésta concede subsidios directos e indirectos para satisfacer las necesidades vitales de los beneficiarios, y no pretende que éstos paguen de allí su cotización para pensión. Además, no cumple uno de los cuatro requisitos exigidos en el artículo 13 del Decreto 569 de 2004, que exige “como mínimo tener tres años menos de la edad que rija para adquirir el derecho a la pensión de vejez de los afiliados al Sistema General de Pensiones”.

Agrega que la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no es una solución apropiada, pues mientras su calidad de vida estaría asegurada con la mesada pensional, el dinero recibido a ese otro título no le daría la posibilidad de obtener renta de al menos un salario mínimo legal mensual vigente, y lo recibido sería “plata de bolsillo”.

B. Pretensiones

La demandante solicita la tutela de los derechos constitucionales al mínimo vital en conexidad con la vida, la dignidad humana, la igualdad y la seguridad social en materia de pensión de vejez y, con tal propósito, “valiéndose de la excepción de inconstitucionalidad” prevista en el artículo 4° superior, pide la inaplicación de los artículos 9° del Decreto 569 de 2004 y 13 literal i de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, al impedirle beneficiarse del subsidio del Fondo de Solidaridad Pensional, contraviniendo el preámbulo y los artículos 1°, 2° inciso 2°, 11, 13, 46 inciso 2°, 48 inciso 2°, 53 y 64 de la Constitución.

De igual manera solicita se ordene al representante legal del Ministerio de la Protección Social, o a quien corresponda, su afiliación como beneficiaria de una de las subcuentas del Fondo de Solidaridad Pensional – PROSPERAR.

C. Actuación judicial

De la acción de tutela conoció el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda de Decisión, que en auto de 6 de noviembre de 2007 la admitió y ordenó correr traslado a las entidades demandadas, obteniendo únicamente la respuesta que a continuación se puntualiza.

1. Respuesta del Ministerio de la Protección Social.

La coordinadora del Grupo de Acciones Constitucionales de ese Ministerio contestó solicitando declarar la improcedencia de la acción de tutela por falta de legitimación por pasiva.

Anota que el Instituto de los Seguros Sociales, ISS, es una entidad vinculada al Ministerio, del sector administrativo de la protección social, descentralizada por servicios, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio (art. 68 Ley 489 de 1998), que ejerce actividad especializada que no puede ser transgredida por el ente rector al que pertenece.

Así, el Ministerio no ha conculcado o amenazado los derechos fundamentales invocados por Rosa Angélica Serna, siendo al ISS al que corresponde pronunciarse sobre la petición elevada por ella, en virtud de la actividad que tiene asignada, como administrador del régimen solidario de prima media con prestación definida.

2. Sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia

En sentencia de noviembre 26 de 2007, que no fue impugnada, la Sala Segunda de Decisión de esa corporación judicial declaró improcedente la acción de tutela incoada por Rosa Angélica Serna contra del Ministerio de la Protección Social y el Fondo de Solidaridad Pensional – PROSPERAR, al observar que el artículo 9° del Decreto 569 de 2004, cuya inaplicación pretende la actora, fue derogado por el Decreto 3771 de octubre 10 de 2007.

Considera que aceptar la pretensión de la demandante iría en contra de los principios que rigen la acción de tutela, por cuanto lo que afirma ella es “simple y llanamente” su interpretación personal sobre un conjunto de normas legales, que al juez de

tutela no le es viable desconocer.

Con todo, la pretensión de la actora habría de promoverse mediante el ejercicio de las acciones legales comunes, pues por vía de tutela no está llamada a prosperar.

II. VINCULACIÓN ADICIONAL Y PRUEBAS ACOPIADAS EN SEDE DE REVISIÓN

Mediante auto de abril 29 de 2008 (f. 13 cd. Corte), esta Sala Séptima de Revisión dispuso vincular al ISS, seccional Antioquia, y a la dirección general del consorcio PROSPERAR, por estimar que dichas entidades podrían resultar afectadas con la decisión que se ha de tomar.

En la misma providencia, se ordenó oficiar a la oficina jurídica del Ministerio de la Protección Social, con el fin de que informe y explique si esa entidad ha implementado mecanismos que permitan el acceso a la pensión de vejez a personas de avanzada edad, que no cumplan con la totalidad de las semanas cotizadas al sistema de seguridad social, se hallen desempleadas y carezcan de recursos económicos.

1. Respuesta de la dirección general del Consorcio PROSPERAR

Su gerente general, mediante escrito de mayo 8 de 2008, manifestó que el Consorcio, como administrador fiduciario del Fondo de Solidaridad Pensional, tiene una actividad enmarcada dentro de los límites estatuidos en la ley, en las cláusulas del contrato de fiducia N° 352 de 2007 y en las instrucciones y el ordenamiento de gastos que formule el fideicomitente (Ministerio de la Protección Social), “de conformidad con lo previsto en la Ley 797 de 2003, en el decreto 3771 de 2007 y en los documentos Conpes Sociales”.

Expresó que el Fondo de Solidaridad Pensional tiene las subcuentas de Solidaridad, que financia el Programa de Subsidio al Aporte en Pensión, y de Subsistencia, para financiar el Programa de Protección Social al Adulto Mayor. Respecto de esta última, es deber del Consorcio identificar y afiliar a los potenciales beneficiarios del subsidio pensional, transfiriendo éste al ISS, por lo que, entonces, tales beneficiarios se encuentran afiliados a esta entidad.

Sostiene que el papel del Fondo de Solidaridad Pensional es subsidiar los aportes al Régimen General de Pensiones de los beneficiarios que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte. En este sentido, de acuerdo con el grupo poblacional al que pertenezca el beneficiario, el Fondo de Solidaridad Pensional, a través del Consorcio, subsidia parte del total del aporte, estando obligado el beneficiario a cancelar oportunamente la porción que le corresponde y, por encontrarse afiliado al ISS, debe realizarlo directamente a esa entidad a través de los mecanismos establecidos, y el Fondo de Solidaridad Pensional, por conducto del Consorcio, traslada al ISS el subsidio al aporte respectivo.

El consorcio, como administrador fiduciario del Fondo de Solidaridad Pensional, no puede vincular potenciales beneficiarios con edad superior a los 65 años, que es la máxima establecida por ley para realizar el pago de aportes al régimen de pensiones, a través del subsidio que otorga el gobierno nacional.

Indica que según las orientaciones dadas por el Ministerio de la Protección Social y el manual operativo del Programa de Protección Social al Adulto Mayor, PPSAM, constituyen población objetivo de subsidio los colombianos adultos mayores, que durante su vida laboral no cotizaron para acceder a un seguro de vejez, viven en la calle, de la caridad pública o con la familia, y el ingreso familiar total es inferior a un salario mínimo mensual vigente.

Expresa que el Gobierno, a través del Ministerio de la Protección Social, es el rector de las políticas en materia de protección social; de esta manera, con el CONPES, determina los lineamientos respecto del Programa de Protección Social al Adulto Mayor, incluido el valor del subsidio, la periodicidad y la forma de pago, respecto de los cuales el Consorcio no tiene injerencia alguna.

El Consorcio no tiene libre administración de los recursos del Fondo, pues debe sujetarse a las instrucciones para el ingreso y el giro de recursos impartidas por el Ministerio de la Protección Social, en su calidad de fideicomitente; de conformidad con esas instrucciones, contenidas en el manual operativo del Programa de Protección Social al Adulto Mayor, deben cumplirse los requisitos exigidos para obtener los subsidios del Programa.

Es obligación del Consorcio sujetarse a todas las normas y disposiciones contractuales, para el desarrollo de los programas del Fondo y otorgamiento de los subsidios. Al respecto, destaca que la demandante no presentó derecho de petición o solicitud alguna tendiente a aclarar lo relacionado con los programas del Fondo de Solidaridad Pensional.

Finalmente manifiesta que el consorcio es consciente de la situación social y económica de la población de la tercera edad del país, la cual demanda del Estado acciones tendientes a mejorar su calidad de vida, por encontrarse en situación de mayor indefensión, y nunca ha pretendido desconocer el estado precario de potenciales beneficiarios, quienes cumpliendo a cabalidad los requisitos que exigen las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003 y el Decreto 3771 de 2007, pueden acceder a los subsidios estatales. Estima que lo contrario sería desconocer la correcta aplicación del derecho a la igualdad, desarrollada por la Corte Constitucional en amplia jurisprudencia.

2. Respuesta de la oficina jurídica del Ministerio de la Protección Social.

La directora general de Seguridad Económica y Pensiones del Ministerio, en nota interna 123-0346-08 de mayo 12 de 2008, contestó así a la Corte:

“El Fondo de Solidaridad Pensional es una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de la Protección Social, destinada a subsidiar las cotizaciones para pensiones de los grupos de población que por sus características y condiciones socioeconómicas no tienen acceso al Sistema General de pensiones.

El programa consiste en subsidiar los aportes al Régimen General de Pensiones de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte, tales como artistas, deportistas, músicos, compositores, toreros y sus subalternos, mujer microempresaria, madres comunitarias, discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales, miembros de las cooperativas de trabajo asociado y otras formas asociativas de producción.

El procedimiento para acceder al programa se realiza de la siguiente manera:

Promoción del Programa: Mediante campañas y talleres informativos, el administrador

de los recursos del Fondo de Solidaridad Pensional, ubica la población objeto y previo el lleno de los requisitos para acceder al subsidio, la afilia al régimen de prima media con prestación definida, administrado por el Instituto de los Seguros Sociales – ISS.

Pago parcial de la cotización: Una vez afiliada la persona, ésta debe realizar un aporte mensual al ISS, correspondiente a la parte de la cotización sobre un salario mínimo mensual legal vigente, que no le es subsidiada. El porcentaje del aporte del Fondo de Solidaridad Pensional para los diferentes grupos poblacionales es el siguiente

GRUPO POBLACIONAL

% DE SUBSIDIO

% DE APOORTE DEL AFILIADO

VALOR DEL SUBSIDIO 2008

Trabajadores rurales

90%

10%

66.456

7.384

Trabajadores urbanos

70%

30%

51.688

22.152

Discapacitados

95%

5%

70.148

3.692

Madres comunitarias

80%

20%

59.072

14.768

Transferencia de recursos: Mensualmente, dentro de los 10 primeros días, el Administrador fiduciario transfiere al ISS los subsidios correspondientes a los afiliados que han realizado la parte del aporte que les corresponde, con el fin de que el ISS, aplique el total del aporte a su historia laboral y se contabilicen como semana cotizadas para poder acceder a la pensión de vejez y adicionalmente estar protegidos contra el riesgo de invalidez y muerte.

Los requisitos para acceder a este subsidio son: *Ser mayor de 55 años de edad a excepción del grupo poblacional de Madres comunitarias (Ley 1187 de 2008) y Discapacitados (Ley 1151 de 2007) que pueden beneficiarse a cualquier edad. *Tener 500 semanas mínimas de cotización, a excepción del grupo poblacional de madres comunitarias que pueden beneficiarse sin requisito de semanas (Ley 1187 de 2008). Este

subsidio se otorga hasta por 750 semanas.”

Afirma que con corte a 31 de diciembre de 2007, se encontraban afiliados a este programa 186.017 personas, discriminadas así:

BENEFICIARIOS

Madres comunitarias

5.648

Discapacitados

4.050

Trabajadores urbanos

111.488

Trabajadores rurales

64.831

Totales

186.017

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

La Sala es competente para decidir el presente asunto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241- 9° de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. El problema jurídico a resolver

Corresponde a esta Sala de Revisión determinar si la acción de tutela presentada por Rosa Angélica Serna, es el mecanismo idóneo para la protección constitucional de los

derechos al mínimo vital en conexidad con la vida; la dignidad, la igualdad y la seguridad social que, a su entender, están siendo conculcados por el Ministerio de la Protección Social y el Fondo de Solidaridad Pensional – PROSPERAR.

Para despejar este interrogante, se establecerá previamente (i) los presupuestos procesales generales para entrar a estudiar y decidir la acción de tutela; de encontrarse satisfechos, se procederá a analizar (ii) la protección de que gozan las personas de la tercera edad; (iii) la regulación legal establecida para sus condiciones económicas y sociales precarias; (iv) la relación entre la tercera edad y el mínimo vital y finalmente, (v) sus repercusiones en el caso concreto.

3.1 El primer presupuesto procesal de la acción de tutela exige que haya sido interpuesta para la defensa de un derecho fundamental y no de otra categoría, lo cual se cumple en este caso, pues lo que invoca la actora efectivamente corresponde a derechos reconocidos como tales por la Constitución y por reiterada jurisprudencia de esta Corte, a saber: la vida (art. 11), la dignidad humana (art.1º), la igualdad (art. 13) y la seguridad social (art. 48).

3.2. El segundo presupuesto procesal se refiere a la existencia de legitimación en la causa por activa, es decir, que el (los) derecho(s) fundamental(es) a cuya protección va dirigida la acción sea(n), en principio, propio(s) de quien demanda. En el caso objeto de estudio, Rosa Angélica Serna actúa a nombre propio, como titular que es de los derechos fundamentales presuntamente violados por las entidades accionadas, cumpliéndose así este otro presupuesto.

3.3. El tercer presupuesto procesal de la acción de tutela es la legitimación en la causa por pasiva, exigencia que implica que contra quien se interpone sea la autoridad o el particular que vulneró o amenaza el derecho fundamental. En el presente caso también se halla satisfecho, al ser demandado el Ministerio de la Protección Social y haber vinculado la Sala de Revisión al ISS y al Consorcio PROSPERAR, que pueden resultar afectados con la decisión que se profiera.

3.4. El cuarto presupuesto procesal radica en la inexistencia de otro medio de defensa judicial, para lo cual debe considerarse que de acuerdo con el inciso tercero del artículo 86 superior, la acción de tutela “sólo procederá cuando el afectado no disponga de

otro medio de defensa judicial”, salvo que “se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. La existencia de dicho medio será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se halle quien demanda (art. 6-1° D. 2591 de 1991).

Existen dos supuestos excepcionales en los cuales el carácter subsidiario de la acción de tutela no impide su utilización, a pesar de existir otro mecanismo de defensa judicial al alcance de los interesados: el primero, previsto en el artículo 86 de la Constitución Política, cuando se ha interpuesto como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; y el segundo, cuando el otro medio de defensa existe pero es, en la práctica, ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca.

En el asunto objeto de análisis, tal supuesto se configura porque la actora, persona de la tercera edad, interpone la acción de tutela “para evitar un perjuicio irremediable” (f. 8 cd. inicial) y los mecanismos ordinarios resultan ineficaces, en su usual lentitud frente a la avanzada edad y ante el apremio de la no satisfacción del mínimo vital.

3.5. Por último, es necesario verificar que la demandante haya acudido de manera oportuna a solicitar salvaguarda para sus derechos fundamentales, pues aun cuando no subsiste un término legal expreso de caducidad para el ejercicio de la acción, sí es necesario que sea incoada en un plazo razonable, que el juez de tutela debe ponderar, ya que el amparo ha sido consagrado para la “protección inmediata” de derechos constitucionales.

Esta exigencia también se satisface en el presente caso, en cuanto la actora considera que no fue el ISS quien vulneró sus derechos fundamentales al negar la pensión de vejez mediante Resolución N° 028654 de noviembre 29 de 2006, sino el Consorcio Prosperar que, de manera verbal, a través de la línea gratuita nacional 018000913050, le negó la afiliación al Fondo de Solidaridad Pensional.

Con fundamento en lo expuesto, esta Corte considera que la acción de tutela presentada por Rosa Angélica Serna es procedente, como mecanismo subsidiario idóneo para la defensa judicial de los derechos fundamentales probablemente vulnerados.

4. Protección especial para personas de la tercera edad

Esta Corte ha reiterado que las personas de la tercera edad son sujetos de especial protección constitucional, establecida a partir de que el adulto cumple 71 años¹. Tal condición amerita cuidado mayor por parte del Estado, para su sostenimiento, manutención y, en general, como garantía de los derechos fundamentales inherentes a quienes se encuentran en tal etapa de la vida:

“Ahora, tanto la Constitución Política en su artículo 46 como la jurisprudencia constitucional han reconocido que las personas de la tercera edad ocupan un lugar privilegiado en la escala de protección del Estado. Las características particulares de este grupo social permiten elevar a categoría fundamental el derecho a la salud, dada su conexidad con derechos de rango superior tales como la vida y la dignidad humana. Puede decirse también que por sus generales condiciones de debilidad manifiesta, el Estado se encuentra obligado a brindarle una protección especial a las personas de la tercera edad, según lo establece el artículo 13 superior.²

Con relación a las personas de la tercera edad, la Constitución en su artículo 46 establece la protección y garantías que el Estado debe brindarles, teniendo en cuenta lo anterior, se desprende que este grupo de la población se encuentra en circunstancias de indefensión y vulnerabilidad con respecto a las demás personas.³

La Constitución de 1991 reconoce expresamente... derechos a favor de quienes se encuentren en condiciones de debilidad, pues al ser Colombia un Estado Social de Derecho, la satisfacción de las necesidades de los asociados debe ser una prioridad y un mecanismo que apoye el desarrollo personal dentro de unas determinadas condiciones de bienestar general... el artículo 46 contempla ‘el deber del Estado, sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad (...)’, ... su no reconocimiento tiene la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida (CP art. 11), la dignidad humana (CP art. 1), la integridad física y moral (CP art. 12) o el libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16) de las personas de la tercera edad (CP art. 46).⁴

Esta Corporación se ha referido en diversas oportunidades a la calificación de las personas que han llegado a la tercera edad como sujetos de especial protección constitucional. En

tal sentido, ha considerado que, aunada a la experiencia y sabiduría que el paso de los años aporta al individuo, sus facultades físicas pueden verse disminuidas y en tal sentido colocar a las personas en circunstancias de especial vulnerabilidad. Así mismo, las necesidades vitales del sujeto varían en esta etapa de la vida, todo lo cual torna imperante un especial amparo dirigido a garantizar el desarrollo en condiciones dignas de los adultos mayores y que tiene por sustento particular las disposiciones de los artículos 13 y 46 de la Carta Política.”⁵

En consecuencia, los derechos fundamentales de una persona de la tercera edad priman frente a los de rango simplemente legal, máxime al evidenciarse la situación de inferioridad propia de su evolución física y la dificultad para realizar labores debidamente remuneradas.

5. La protección a la tercera edad por parte del Legislador

Para el desarrollo del artículo 46 de la Carta, el legislador ha establecido diversos sistemas de protección, desde la adultez mayor, entre ellos el Fondo de Solidaridad Pensional⁶, destinado a subsidiar los aportes para la obtención de la pensión a un determinado grupo de personas que por sus condiciones económicas o sociales no se encuentran en capacidad de completar los requisitos para acceder a la prestación. Al respecto la Corte se pronunció de la siguiente manera en la sentencia C-243 de 2006, M. P. Clara Inés Vargas Hernández:

“En desarrollo de lo previsto en el artículo 48 Superior, en cuanto a los principios de solidaridad y universalidad, el legislador creó el Fondo de Solidaridad Pensional, con el objeto de subsidiar los aportes al Régimen General de Pensiones de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte, tales como artistas, deportistas, músico, compositores, toreros y sus subalternos, la mujer microempresaria, las madres comunitarias, los discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales, los miembros de las cooperativas de trabajo asociado y otras formas asociativas de producción. El subsidio se concederá parcialmente para reemplazar los aportes del empleador y del trabajador independiente, hasta por un salario mínimo como base de cotización⁷.

Fondo que fue creado por el legislador como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de la Protección Social,⁸ cuyos recursos están dispuestos según el artículo 27 de la Ley 100 de 1993, en dos subcuentas: una de solidaridad y otra de subsistencia⁹. Al respecto de la administración de los recursos del Fondo de Solidaridad Pensional, dispuso el legislador¹⁰ 10 que éstos serán administrados en fiducia por las sociedades fiduciarias de naturaleza pública, y preferencialmente por las sociedades fiduciarias del sector social solidario, o por las administradoras de fondos de pensiones y/o cesantía del sector social solidario, las cuales quedan autorizadas para tal efecto por virtud de la presente ley.”

Tanto la Subcuenta de Solidaridad como la Subcuenta de Subsistencia están reguladas en el Decreto 3771 de 2007, en el cual se encuentran los requisitos para que una persona pueda ser beneficiaria de una u otra. Así, en lo que respecta al Fondo de Solidaridad Pensional, el artículo 13 de dicho Decreto establece los siguientes requisitos para la afiliación al mismo:

“... ..

1. Tener cotizaciones por quinientas (500) semanas como mínimo, previas al otorgamiento del subsidio independientemente del régimen al que pertenezcan.
2. Ser mayores de 55 años si se encuentran afiliados al ISS.
3. Ser mayores de 58 años si se encuentran afiliados a los fondos de pensiones, siempre y cuando no tengan un capital suficiente para financiar una pensión mínima.
4. Estar afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Parágrafo. Los beneficiarios del Fondo de Solidaridad Pensional afiliados antes de la vigencia de la Ley 797 de 2003, con edad inferior a la prevista en el presente artículo, continuarán recibiendo el subsidio en las mismas condiciones y durante el tiempo que se les había establecido antes de entrar en vigencia la citada ley, siempre y cuando no incurran en causal de pérdida del subsidio.

De la misma forma, los trabajadores del servicio doméstico afiliados con anterioridad a la vigencia de la Ley 797 de 2003 y que a esa fecha recibían subsidio a la cotización,

continuarán recibéndolo en las mismas condiciones que se les ha venido otorgando, cumpliendo siempre y cuando acrediten que continúan los requisitos que debían reunir para ser beneficiarios de dicho fondo antes de la entrada en vigencia de la citada ley.”

Ahora bien, es necesario tener presente para la Subcuenta de Solidaridad el límite que impone el artículo 29 de la Ley 100 de 1993:

“ARTÍCULO 29. EXIGIBILIDAD DEL SUBSIDIO. Cuando el afiliado que haya recibido subsidios del Fondo de Solidaridad Pensional exceda de los sesenta y cinco (65) años de edad y no cumpla con los requisitos mínimos para acceder a una pensión de vejez, la entidad administradora respectiva devolverá el monto de los aportes subsidiados con los correspondientes rendimientos financieros a dicho Fondo.

Las entidades administradoras deberán llevar cuentas separadas de los aportes recibidos del Fondo y establecerán los mecanismos de seguimiento de los beneficiarios.”

Acorde a este límite, se encuentra el artículo 24 del Decreto 3771 de 2007 el cual, en su ordinal b, establece como causal de pérdida de derecho al subsidio llegar a 65 años de edad:

“... ..

b) Cuando cese la obligación de cotizar en los términos del artículo 17 de la Ley 100 de 1993 o cuando cumplan 65 años de edad, de conformidad con lo señalado en el artículo 29 de la Ley 100 de 1993; ...”

Así, la ayuda otorgada por intermedio de la Subcuenta de Solidaridad, tiene límites tanto en el mínimo como en el máximo de edad de quien pretende ser beneficiario de la misma.

En lo que respecta a la Subcuenta de Subsistencia, de igual manera regulada en el Decreto 3771 de 2007, su artículo 30 establece los requisitos para ser beneficiario de ésta:

“Artículo 30. Requisitos para ser beneficiario de los subsidios de la Subcuenta de Subsistencia. Los requisitos para ser beneficiarios de los subsidios de la Subcuenta de Subsistencia son:

1. Ser colombiano.
2. Tener como mínimo, tres años menos de la edad que rija para adquirir el derecho a la pensión de vejez de los afiliados al Sistema General de Pensiones.
3. Estar clasificado en los niveles 1 ó 2 del Sisbén y carecer de rentas o ingresos suficientes para subsistir. Se trata de personas que se encuentran en una de estas condiciones: Viven solas y su ingreso mensual no supera medio salario mínimo legal mensual vigente; o viven en la calle y de la caridad pública; o viven con la familia y el ingreso familiar es inferior o igual al salario mínimo legal mensual vigente; o residen en un Centro de Bienestar del Adulto Mayor; o asisten como usuario a un Centro Diurno.
4. Haber residido durante los últimos diez (10) años en el territorio nacional.

Parágrafo 1°. Los adultos mayores de escasos recursos que se encuentren en protección de Centros de Bienestar del Adulto Mayor y aquellos que viven en la calle de la caridad pública; así como a los indígenas de escasos recursos que residen en resguardos, a quienes por dichas circunstancias no se les aplica la encuesta Sisbén, podrán ser identificados mediante un listado censal elaborado por la entidad territorial o la autoridad competente.

Parágrafo 2°. La entidad territorial o el resguardo, seleccionará los beneficiarios previa verificación del cumplimiento de los requisitos. Con el fin de garantizar un mayor acceso, el Ministerio de la Protección Social seleccionará los beneficiarios que residan en los Centros de Bienestar del Adulto Mayor, previa convocatoria y verificación de requisitos.

Parágrafo 3°. Cuando el subsidio económico contemple el otorgamiento de medicamentos o ayudas técnicas, el Ministerio... podrá seleccionar directamente los beneficiarios previa convocatoria y verificación de requisitos.”

6. La tercera edad y el mínimo vital

Las personas de la tercera edad, como sujetos de especial protección constitucional, pueden acceder a prerrogativas en cuanto al goce tanto de los derechos fundamentales

que han sido establecidos bajo ese rótulo expreso en la Constitución, como otros que no están allí nominados, dentro de los cuales se encuentra la seguridad personal frente a riesgos extraordinarios, y el mínimo vital. Esos derechos gozan de protección en el ámbito internacional de los derechos humanos, al ser básicos e interdependientes, al igual que necesarios para garantizar las mínimas condiciones de respeto a la vida y a otros derechos inherentes a la persona humana.

En lo que respecta al mínimo vital, ha encontrado la Corte que se basa en el principio de solidaridad social y apunta al deber del Estado o de un particular de brindar las mínimas condiciones de vida de una persona, asegurando los elementos materiales mínimos para garantizar al ser humano una subsistencia digna¹¹ y, por ende, imprescindibles para la satisfacción de los derechos fundamentales.

La Corte refirió así el contenido del mínimo vital: “Los requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y su familia, no solamente en lo relativo a alimentación y vestuario sino en lo referente a salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, en cuanto factores insustituibles para la preservación de una calidad de vida que, no obstante su modestia, corresponde a las necesidades más elementales del ser humano.”¹²

La jurisprudencia ha sido sólida en cuanto a reconocer la existencia de un derecho fundamental constitucional al mínimo vital en cabeza de las personas de la tercera edad¹³

, derivado de múltiples mandatos constitucionales en los que se reconocen, entre otros, los derechos a la vida (art. 11), la integridad personal (art. 12), la igualdad (art. 13), la seguridad social integral (art. 48) y la salud (art. 49). Así, en la sentencia T-458 de 1997 se explicó la prelación constitucional del derecho al mínimo vital de las personas de la tercera edad, como sujetos de especial protección constitucional:

“La Constitución Política consagra unos sujetos privilegiados en razón de sus condiciones de debilidad manifiesta, dentro de los cuales se encuentran las personas de la tercera edad, quienes deben merecer, por parte de los poderes públicos, una especial protección (C.P. artículos 1º, 13, 46, 48 y 53). Adicionalmente, la Carta establece la defensa prioritaria de una serie de derechos fundamentales, uno de los

cuales es el derecho al mínimo vital (C.P. arts. 1º, 11 y 16). En estas condiciones, debe afirmarse que el Estado-legislador, el Estado-administración y el Estado-juez, están obligados, en primerísima instancia, a defender las pensiones de los ancianos, como una forma de obedecer los imperativos constitucionales antes mencionados. Efectivamente, no sobra reiterar, una vez más, que esta Corporación ha considerado, de manera unánime, que las mesadas pensionales tienen la función de satisfacer el derecho fundamental al mínimo vital de quienes, por sus condiciones personales, constituyen un colectivo sujeto a especial protección.

El principio constitucional de dignidad humana, sobre el que se establece el Estado social de derecho sirve de fundamento al derecho al mínimo vital, cuyo objeto no es otro distinto del de garantizar las condiciones materiales más elementales, sin las cuales la persona arriesga perecer y quedar convertida en ser que sucumbe ante la imposibilidad de asegurar autónomamente su propia subsistencia.

24. Con arreglo a los imperativos de la igualdad material, la Carta reconoce que si bien el derecho fundamental al mínimo vital es predicable de todos los ciudadanos en condiciones de igualdad, existen determinados sectores de la población que, en razón de su mayor vulnerabilidad, son susceptibles de encontrarse, con mayor facilidad, en situaciones que comprometan la efectividad de su derecho. De ahí que algunas normas de la C.P., consagran la obligación del Estado de otorgar una especial protección a los grupos más vulnerables de la población.

En otras palabras, la Constitución Política contempla una serie de sujetos necesitados de un 'trato especial' en razón de su situación de debilidad manifiesta. El régimen de favor comprende a personas o colectivos indefensos que merecen una particular protección del Estado para que puedan desplegar su autonomía en condiciones de igualdad con los restantes miembros del conglomerado social, y no se vean reducidos, con grave menoscabo de su dignidad, a organismos disminuidos y oprimidos por las necesidades de orden más básico.

En particular, a este grupo pertenecen las personas de la tercera edad, quienes al final de su vida laboral tienen derecho a gozar de una vejez digna y plena (C.P. artículos 1º, 13, 46 y 48). En relación con estas personas, la Corte ha sentado la doctrina del

derecho fundamental a la seguridad social. Así se le ha dado preciso alcance al mandato constitucional de defender, prioritariamente, el mínimo vital que sirve, necesariamente, a la promoción de la dignidad de los ancianos....” 14

7. La Subcuenta de Subsistencia y la protección a la tercera edad

Dentro del marco del estado social de derecho, frente a la especial protección a la tercera edad, especialmente a quienes estén en situación de pobreza extrema o indigencia, la Subcuenta de Subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional busca responder por la protección de un mínimo de calidad de vida para quienes no cuentan con capacidad, sea de seguir laborando o de culminar con éxito las cotizaciones necesarias para acceder a una pensión. Al respecto, esta corporación se pronunció en los siguientes términos, en la sentencia T-523 de 2006, M. P. Clara Inés Vargas Hernández:

“El deber de solidaridad del Estado ha de ser entendido como derivación de su carácter social y de la adopción de la dignidad humana como principio fundante del mismo. En virtud de tal deber, al Estado le corresponde garantizar unas condiciones mínimas de vida digna a todas las personas, y para ello debe prestar asistencia y protección a quienes se encuentren en circunstancias de inferioridad, bien de manera indirecta, a través de la inversión en el gasto social, o bien de manera directa, adoptando medidas en favor de aquellas personas que por razones económicas, físicas o mentales, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

Dentro del Estado social de derecho es muy importante la protección a personas en debilidad manifiesta. Este es un objetivo que no se debe ver como una limosna sino como algo resultante del derecho a la igualdad, dentro de los parámetros del constitucionalismo humanista. La protección a los ancianos y específicamente a los ancianos indigentes tiene su respaldo en el derecho a la igualdad reconocida en el inciso 3° del artículo 13 de la C.P. que dice: ‘El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física y mental, de debilidad se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta...’. Esta es una forma de igualdad.

Por su parte la ley 797 de 2003 ‘Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se

adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales', creó dentro del Fondo de Solidaridad Pensional una subcuenta de subsistencia, destinada a la protección de las personas en estado de indigencia o pobreza extrema, mediante la entrega de un subsidio en dinero, cuyo origen, monto y regulación se establecen en la misma ley.

Con la creación de la Subcuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional el Consejo Nacional de Política Económica y Social- CONPES 70 del 28 de mayo de 2003 creó el Programa de Protección Social al Adulto Mayor (PPSAM), cuya administración le corresponde al Ministerio de la Protección Social a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF y al Administrador Fiduciario a cuyo cargo se encuentra también la labor de realizar la promoción de los subsidios y la difusión de los programas a través de los mecanismos que garanticen la mayor efectividad en la población objetivo, con un alto grado de desarrollo tecnológico. En la actualidad la administración fiduciaria se encuentra a cargo del Consorcio Prosperar Hoy, alianza estratégica con el cual el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social hoy Ministerio de la Protección Social, celebró el contrato de Fiducia Pública No. 107 de 2001."

8. Caso concreto

En el caso que ahora ocupa la atención de la Corte, la negativa del Consorcio PROSPERAR de afiliar a Rosa Angélica Serna a la Subcuenta de Solidaridad se realiza conforme a la ley, toda vez que los límites máximos de edad establecidos tanto por la Ley 100 de 1993 como por el Decreto 3771 de 2007 excluyen a la demandante del subsidio, al tener ahora 75 años de edad, fijado como está el tope en 65 años.

Empero, si bien la actora no cumple formalmente las calidades para ser beneficiaria de la Subcuenta de Solidaridad, conforme a la presunción de buena fe, frente a lo que afirma en la demanda y no es rebatido, considera esta corporación que, aún así, su condición de persona de muy avanzada edad en tanto sujeto de especial protección constitucional por circunstancias de indefensión y vulnerabilidad con respecto a las demás personas (art. 46 superior), permite la inaplicación de las normas de requisito de edad para acceder a dicha subcuenta, puesto que resulta contrario al irrenunciable derecho a la seguridad social que la actora se halle impedida para gozar la pensión de vejez, faltándole

dos años para cumplir las 1000 semanas, cuando manifiesta expresamente su disposición de cotizar lo restante y de no encontrarse en estado de indigencia, pensión que a su turno ascendería al menos a un salario mínimo legal vigente.

Destaca además la Corte que el esfuerzo realizado por la señora Rosa Angélica Serna de cotizar 918 semanas al régimen solidario de prima media y su deseo de obtener la pensión de vejez satisfaciendo la cotización faltante, conducen paralelamente a garantizar a futuro su acceso a la seguridad social en salud, previo descuento de los aportes periódicos destinados al régimen contributivo en salud.

En conclusión, aun cuando el Consorcio PROSPERAR, administrador del Fondo de Solidaridad Pensional, actuó con fundamento legalista al negarle a Rosa Angélica Serna la afiliación a la Subcuenta de Solidaridad, no podía sin embargo dejarla desprotegida sin observar sus especiales condiciones descritas, en cuanto significaba la vulneración de sus derechos al mínimo vital, a la vida digna y a la seguridad social, dejándola en grave circunstancia de debilidad manifiesta, situación constitucionalmente inadmisible y que impone inaplicar la preceptiva legal que impide satisfacer los mencionados derechos superiores.

Por lo anterior, se revocará el fallo de noviembre 26 de 2007, mediante el cual el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda de Decisión, declaró improcedente la acción de tutela presentada por Rosa Angélica Serna, a quien, en cambio y de manera permanente, le serán tutelados los referidos derechos, ordenándosele al Consorcio PROSPERAR, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si todavía no lo ha realizado, en un término máximo de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, afilie a la mencionada demandante a la Subcuenta de Solidaridad y empiece a erogar a su favor el subsidio económico que corresponda.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo del Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda de Decisión, que el 26 de noviembre de 2007 declaró improcedente la acción de tutela incoada por Rosa Angélica Sema contra el Ministerio de la Protección Social. En su lugar, se dispone CONCEDER la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, la vida digna y la seguridad social.

Segundo.- ORDENAR al Consorcio PROSPERAR, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si todavía no lo ha realizado, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, afilie a Rosa Angélica Serna a la Subcuenta de Solidaridad del Fondo de Solidaridad Pensional, para que se le empiece a otorgar el subsidio económico que corresponda.

Tercero.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MONCALEANO

Secretaria General

1 Cfr. T-446/04, M. P. Eduardo Montealegre Lynett; T-158/06, M. P. Humberto Antonio Sierra Puerto; T-083/07, M. P. Jaime Araujo Rentería; T-253/08, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, entre otras.

2 T-036/95, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

3 T- 090/03, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

4 T-163/05, M. P. Alfredo Beltrán Sierra..

5 T-1039/07, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

6 Art. 25, Ley 100/93

7 Art. 26 Ley 100/93.

8 Art. 25 Ley 100/93.

9 Art. 27 Ley 100/93, modificado por art. 8° Ley 797/03.

10 Art. 25 Ley 100/93

11 Cfr. T-426/92, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-263/97, M. P. Hernando Herrera Vergara; T-1103/00, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

12 Cfr. T-011/98, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

13 Cfr. T-484/97, M. P. Hernando García Vergara; T-107/98, T-120A/98, T-169/98 y T-221/98, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-364/98, M. P. Fabio Morón Díaz; T-020/99, M. P. Antonio Barrera Carbonell; T-126/00, T-264/00, T-282/00 y T-542/00, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; T-588/00 y T-719/00, M. P. Álvaro Tafur Galvis; T-018/01, M. P. Alfredo Beltrán Sierra; T-1101/02, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-391/04, M. P. Jaime Araujo Rentería; T-249/05, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

14 T-458/97, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.