

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Características

ACCION DE TUTELA-Procedencia para determinar cuál es la normatividad aplicable a efectos establecer la fecha de corte correcta para la liquidación del bono pensional

La acción de tutela no está instaurada para definir cuál es el régimen aplicable a las pensiones. El juez contencioso o el ordinario, tienen, en un primer momento, la competencia para decidir un asunto de esa naturaleza, aun cuando de la definición que le den dependa la garantía de algún derecho fundamental. No puede olvidarse que estos juicios son también espacios de garantía de los derechos fundamentales, incluso si se los interpreta desde la perspectiva superior del artículo 86 de la Constitución, que precisamente hace depender la procedencia de la tutela de que no haya otros medios de defensa judicial de los derechos fundamentales. Por lo tanto, la tutela sólo está llamada a definir cuál es el régimen o la normatividad legal y reglamentaria aplicable a las pensiones, cuando haya indicios de que la falta de definición a este respecto, amenaza con ocasionarle al peticionario un perjuicio de naturaleza irremediable; es decir, tan inminente y grave, que amerita adoptar medidas urgentes e impostergables. Por esa razón, en casos en los cuales se persigue exclusivamente que el juez de tutela determine cuál es la normatividad aplicable a las pensiones de la tutelante, la Corte se ha abstenido de conocer el fondo de los asuntos mientras no advierta la necesidad de evitar un perjuicio irremediable. Así, recientemente, esta misma Sala de Revisión decidía el caso de una persona que le solicitaba al juez de tutela definir cuál era la normatividad aplicable a efectos de establecer la fecha de corte correcta para la liquidación de su bono pensional. La Sala encontró que sólo podía emitir un pronunciamiento al respecto, si se acreditaba la necesidad de evitar un perjuicio irremediable, pues de lo contrario los competentes para decidir un asunto similar eran los jueces ordinarios o contenciosos, según el caso, quienes también están constituidos como garantes de los derechos fundamentales dentro de las formas propias de cada juicio (art. 29, C.P.). Al no advertir la necesidad de evitar un perjuicio irremediable, la Sala declaró improcedente el amparo.

ACCION DE TUTELA-Improcedencia por no advertir la necesidad de evitar un perjuicio

irremediable

Referencia: expediente T-2291164

Acción de tutela interpuesta por María del Carmen Flórez Pico contra el Instituto de Seguros Sociales.

Magistrada Ponente:

Dra. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil nueve (2009).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados María Victoria Calle Correa, Luís Ernesto Vargas Silva y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Treinta y Nueve Penal del Circuito de Bogotá el veinte (20) de marzo de dos mil nueve (2009), dentro del proceso de tutela presentado por María del Carmen Flórez Pico contra el Instituto de Seguros Sociales.

El proceso en referencia fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección Número Ocho, mediante Auto proferido el seis (06) de agosto de dos mil nueve (2009).

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

María del Carmen Flórez Pico interpone acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales, por considerar que al no permitirle trasladarse al régimen de prima media con prestación definida, bajo el argumento de que le faltan menos de diez años para adquirir su derecho a la pensión, le viola su derecho a la seguridad social pues ella es, por edad, beneficiaria del régimen de transición al que hace referencia el artículo 36 de la

Ley 100 de 1993,

María del Carmen Flórez Pico nació el treinta (30) de diciembre de mil novecientos cincuenta y dos (1952), de modo que cuando entró en vigencia el Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993 tenía más de treinta y cinco años. Este sólo hecho, según dice, la hace beneficiaria del régimen de transición.² Aduce que cotizó al Instituto de Seguros Sociales hasta el 1° de enero de dos mil uno (2001), fecha en la cual se trasladó hacia el régimen de ahorro individual. Estima que por ser beneficiaria del régimen de transición, puede trasladarse en cualquier momento del régimen de ahorro individual con solidaridad, nuevamente, al de prima media con prestación definida, para poderse pensionar en los términos de la transición. Hace valer que al entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones, el tiempo de servicios prestados por ella y las respectivas cotizaciones serían los siguientes:

“1- Ingresé a laborar con MOTO MOTOR LTDA, del 18 de mayo de 1979 hasta el 21 de septiembre de 1979, tiempo que fue cotizado al Seguro Social Pensiones.

2- Laboré con la FUNDACIÓN DESARROLLO SOCIOECONÓMICO -FUNDECLAM, desde el 16 de enero de 1980 hasta el 31 de octubre de 1980, tiempo que fue cotizado al Seguro Social Pensiones.

3- Laboré con la empresa privada AGRADAR S.A., del 1 de marzo de 1982 al 17 de octubre de 1983, tiempo que fue cotizado al Seguro Social Pensiones.

4- Laboré con la empresa privada COMERCIAL MODERNA LTDA., del 26 de febrero de 1985 hasta el 11 de enero de 1991, tiempo que fue cotizado al seguro social pensiones.

5- Laboré con la empresa MANJARES DE COLOMIA (sic) del treinta de julio de 1992 hasta el 15 de agosto de 1995, tiempo que fue cotizado al Seguro Social”.

Sin embargo, refiere que el Instituto de Seguros Sociales se ha rehusado a aceptar el cambio de régimen, porque según el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, un afiliado no puede cambiarse de régimen cuando le faltan menos de diez años para cumplir la edad que lo hace adquirir el derecho pensional. Esta negativa, supuestamente le viola su derecho a la seguridad social, razón por la que solicita ordenarle al Instituto de Seguros Sociales

que acepte su traslado al régimen de prima media.

2. Respuesta de la entidad accionada

El Instituto de Seguros Sociales guardó silencio.

3. Sentencia objeto de Revisión

El Juzgado Treinta y Nueve Penal del Circuito de Bogotá, mediante fallo del veinte (20) de marzo de dos mil nueve (2009), denegó el amparo solicitado, porque al momento de entrar en vigencia el sistema general de pensiones, la tutelante no cumplía con la edad, ni con el tiempo de servicios necesario para beneficiarse del régimen de transición.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de tutela proferido dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Asunto previo. Improcedencia de la acción de tutela en el caso concreto, pues se usa como medio para definir cuál es la normatividad aplicable a la pensión, sin acreditar la necesidad de evitar un perjuicio irremediable

2.1. Sería del caso formular y resolver el problema jurídico suscitado por la acción de tutela y la decisión judicial de instancia, si no fuera porque el amparo no es procedente en el caso concreto, debido a que hay otros medios de defensa judicial tan eficaces como la tutela y a que no se advierte la necesidad de evitar un perjuicio irremediable.

2.2. En efecto, la acción de tutela es un medio de protección de los derechos constitucionales fundamentales y, en principio, su procedencia depende de que no existan otros medios de defensa judicial. Si los hay, entonces la tutela sólo es procedente cuando con ella busque evitarse la ocurrencia de un perjuicio irremediable (art. 86,

C.P.).3

2.3. En este caso concreto, la actora persigue que el juez de tutela ampare su derecho fundamental a la garantía de los derechos adquiridos conforme a las leyes de la República. El amparo de este derecho la habilitaría, en primer lugar, para trasladarse del régimen de ahorro individual hacia el de prima media y, en segundo lugar, para pensionarse en los términos del régimen de transición pensional, contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Sin embargo, la finalidad última de la peticionaria es obtener un pronunciamiento del juez de tutela que le permita pensionarse en los términos del régimen de la norma citada, pues hasta el momento el Instituto de Seguros Sociales ha entendido que ella no tiene el derecho adquirido a pensionarse en tales condiciones, razón por la cual no accede a su solicitud de cambio de régimen. De manera que, en suma, la tutelante persigue que el juez de tutela sea quien defina cuál es la normatividad aplicable a su situación particular.

Por esa razón, en casos en los cuales se persigue exclusivamente que el juez de tutela determine cuál es la normatividad aplicable a las pensiones de la tutelante, la Corte se ha abstenido de conocer el fondo de los asuntos mientras no advierta la necesidad de evitar un perjuicio irremediable. Así, recientemente, esta misma Sala de Revisión decidía el caso de una persona que le solicitaba al juez de tutela definir cuál era la normatividad aplicable a efectos de establecer la fecha de corte correcta para la liquidación de su bono pensional. La Sala encontró que sólo podía emitir un pronunciamiento al respecto, si se acreditaba la necesidad de evitar un perjuicio irremediable, pues de lo contrario los competentes para decidir un asunto similar eran los jueces ordinarios o contenciosos, según el caso, quienes también están constituidos como garantes de los derechos fundamentales dentro de las formas propias de cada juicio (art. 29, C.P.). Al no advertir la necesidad de evitar un perjuicio irremediable, la Sala declaró improcedente el amparo. Así justificó la decisión:

“del contexto de la acción de tutela se deduce que el peticionario la emplea para obtener una aplicación correcta de la ley y de los decretos que reglamentan la liquidación de bonos pensionales, pues sus condiciones actuales no le ofrecen al juez ni un elemento indiciario de que sus derechos fundamentales estén amenazados por la no expedición del bono pensional. Efectivamente, (i) el peticionario tiene cincuenta y cuatro (54) años, de modo

que no pertenece al grupo de personas de la tercera edad; (ii) está empleado como gerente de ventas de Acepalma, cargo en el cual devengaba para 1996, bajo la modalidad de salario integral, un poco más de \$1'800.000, suma que posiblemente ha ascendido en el curso de estos trece años, de manera que el reconocimiento de la pensión no es un acto urgente e impostergable pues aún cuenta con ingresos para subsistir; (iii) no padece ninguna dolencia, enfermedad o discapacidad; (iv) de él no dependen personas menores de edad, ni ancianos, ni personas en circunstancias de debilidad manifiesta y (v) no hay ningún indicio o afirmación suya de que carezcan, él o su familia, actual o próximamente, de seguridad social en salud. En estas condiciones, no hay una amenaza de probable menoscabo a sus derechos al mínimo vital y a la dignidad humana, pues aún cuenta con posibilidades para subsistir digna y adecuadamente sin el pago de la pensión. Por esas razones, la acción de tutela debe ser declarada improcedente".5

2.4. A este caso concreto pueden extenderse los razonamientos adoptados recientemente por la Sala en la Sentencia T-480 de 2009. Efectivamente, del contexto en el cual se encuentra la peticionaria María del Carmen Flórez Pico se advierte que la pretensión real y genuina de la tutelante es lograr un pronunciamiento del juez de tutela, que logre dirimir un diferendo jurídico que tiene con el Instituto de Seguros Sociales, relacionado con la correcta selección y aplicación de las normas que están llamadas a disciplinar su pensión. Esto es así por cuanto, de los enunciados del proceso, no se puede concluir que la tutela haya sido usada para evitar la materialización de un perjuicio irremediable en sus derechos fundamentales, por varias razones: (i) en primer lugar, porque la peticionaria tiene cincuenta y siete (57) años de edad, de modo que no pertenece al grupo de personas de la tercera edad y, por tanto, el perjuicio que en hipótesis se le irrogaría, no sería grave; (ii) en segundo lugar, porque la tutelante está empleada actualmente en el Ministerio de la Protección Social, y lo está desde el once (11) de abril de dos mil tres (2003), de manera que el reconocimiento de la pensión no es un acto urgente e impostergable pues aún cuenta con ingresos para subsistir; (iii) en tercer lugar, porque actualmente no padece ninguna dolencia, enfermedad o discapacidad que amerite una protección urgente del juez de tutela; (iv) en cuarto lugar, porque no hay ningún indicio o afirmación suya de que tenga familia dependiente de ella en un grado relevante, lo que debilita aún más la posibilidad de que necesite una protección urgente; (v) por último, tampoco hay indicios de que carezca o vaya a

carecer, próximamente, de seguridad social en salud, y por el contrario todo apunta a que su empleo actual se la ofrece, y como está en él desde abril de dos mil tres (2003), es razonable presumir que le brinda la estabilidad necesaria como para no carecer de ella en tiempos venideros. En estas condiciones, no hay posibilidades de avizorar una amenaza de probable menoscabo a sus derechos al mínimo vital y a la dignidad humana, por cuenta de la indefinición del régimen aplicable a su pensión. Por esas razones, la acción de tutela debe ser declarada improcedente.

Además, en el caso concreto, no es posible resolver la solicitud de la tutelante, encaminada a que se le ordene al Instituto de Seguros Sociales que acepte su traslado al régimen de prima media con prestación definida, pues esta pretensión sólo podía ser resuelta por el juez de tutela en el evento de que el amparo constitucional fuera procedente, y en este caso no lo es.

2.5. En consecuencia, la Sala procederá a revocar el fallo dictado por el Juzgado Treinta y Nueve Penal del Circuito de Bogotá el veinte (20) de marzo de dos mil nueve (2009), dentro del proceso de tutela presentado por María del Carmen Flórez Pico contra el Instituto de Seguros Sociales y, en su lugar, lo declarará improcedente, con fundamento en las razones antes expuestas.

Sin embargo, como la Corte no evaluó, en este caso, la plausibilidad de la tesis expuesta por la tutelante, en lo atinente a su supuesto derecho adquirido al régimen de transición, sino que se limitó a verificar si estaban dadas las condiciones para estudiar el fondo del asunto, la tutelante está facultada para pretender en otro escenario judicial una respuesta definitiva a la controversia de carácter pensional que tiene con el Instituto de Seguros Sociales, siempre y cuando se den las demás condiciones legales y constitucionales para ello. Puede hacerlo incluso en el mismo escenario de tutela, si ocurre un hecho nuevo que cambie sus condiciones personales y sus circunstancias de tal forma, que la tutela se emplee para proteger sus derechos fundamentales de una amenaza o violación, y para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. En ese caso, la interesada podrá acudir nuevamente a la acción de tutela y el juez, según las circunstancias nuevas del caso, deberá evaluar el mérito de la misma para ser concedida, sin que por el sólo hecho de presentar una nueva tutela pueda calificar la segunda acción de temeraria.⁶

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR el fallo del veinte (20) de marzo de dos mil nueve (2009), expedido por el Juzgado Treinta y Nueve Penal del Circuito de Bogotá y, en su lugar, DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela, por las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

Segundo.- Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

2 Dice el aparte pertinente del artículo 36 de la Ley 100 de 1993: “Régimen de Transición. (...) La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el

número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley (...).”

3 En desarrollo de este precepto, el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 -‘Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política’- establece: “Artículo 6°. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”.

4 Las características del perjuicio irremediable fueron delimitadas por la Corte desde la Sentencia T-225 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y luego reiteradas en la Sentencia C-531 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En aquella se dijo: “Al examinar cada uno de los términos que son elementales para la comprensión de la figura del perjuicio irremediable, nos encontramos con lo siguiente: || A).El perjuicio ha de ser inminente: “que amenaza o está por suceder prontamente”. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la

inminencia. || B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud dan señalan la oportunidad de la urgencia. || C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente. || D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.”

5 Sentencia T-480 de 2009, de esta misma Sala de Revisión.

6 Cfr., Sentencias T-707 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis y T-330 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En el mismo sentido, puede verse la Sentencia T-480 de 2009, expedida por esta misma Sala de Revisión, en la cual se declaró improcedente una acción de tutela porque con ella se pretendía que la Corte estableciera cuál era la normatividad aplicable a la liquidación de un bono pensional, sin que se pudiera avizorar

en modo alguna el eventual producción de un perjuicio irremediable. La Sala declaró improcedente el amparo tal y como estaban las circunstancias al momento de analizarlo, pero especificó que si había hechos nuevos el demandante podía acudir nuevamente a la tutela para reclamar el amparo de sus derechos fundamentales, sin incurrir necesariamente en temeridad.