

SENTENCIA T-908/09

(Diciembre 7; Bogotá, D.C.)

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para reconocimiento de derechos pensionales

ACCION DE TUTELA-Requisitos para la procedencia excepcional de derechos pensionales

ACCION DE TUTELA-Improcedencia para el reconocimiento de derechos pensionales

ACCION DE TUTELA-Hecho superado por haber sido reconocida la pensión de jubilación

Referencia: Expedientes T-2.357.609 y T-2.357.805.

Demandantes: Edberto Pinilla Castellanos y Jairo Humberto Ospina Ospina.

Demandados: Instituto de Seguros Sociales y Empresa de Recursos Tecnológicos.

Magistrados de la Sala Quinta de Revisión: Mauricio González Cuervo, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Nilson Pinilla Pinilla.

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

I. ANTECEDENTES.

1. Pretensión de los accionantes.

1.1. Caso T- 2.357.609:

El ciudadano Edberto Pinilla Castellanos interpuso acción de tutela contra el Instituto de

Seguros Sociales, para que se aplique el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y se le reconozca la pensión de jubilación, de manera definitiva, a través de este mecanismo constitucional.

1. Elementos de la Demanda:

-Derechos fundamentales invocados: Al debido proceso, al trabajo, a la seguridad social, a la igualdad, a una vida digna, a los derechos adquiridos.

- Conducta que causa la vulneración: La entidad demandada profirió la Resolución No. 2294 de 21 de abril de 2008, negando el reconocimiento de la pensión por considerar que la norma aplicable es la Ley 71 de 1988, y por esto no cumple con el requisito de 60 años.

- Pretensión: Que se ordene a la entidad accionada reconocer la pensión de jubilación de conformidad con la Ley 33 de 1985, norma que le resulta más favorable.

1.2 Fundamentos de la Pretensión:

El accionante la estructura sobre las siguientes afirmaciones y medios de prueba:

1.2.1 El accionante nació el 2 de diciembre de 1950, por lo que para el momento de presentar la acción de tutela tiene 58 años.

1.2.2 Sostiene que se ha desempeñado en diferentes cargos públicos por un término de veintiocho años.

1.2.3 Señala que para el 1 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con más de 40 años y 15 aproximadamente de servicios al Estado, por lo que lo cobija el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

1.2.4 El día 31 de enero de 2008 solicitó el reconocimiento de la pensión de jubilación, que fue resuelto mediante la resolución No. 2294 de 21 de abril de 2008, negando el reconocimiento de la pensión, por considerar que la norma aplicable es la Ley 71 de 1988, por cuanto al no tener 60 años era imposible acceder a su solicitud.

1.2.5 Frente a esa decisión interpuso los recursos de reposición y en subsidio de

apelación, los que fueron resueltos mediante Resolución No. 8203 de 20 de agosto de 2008, confirmando la decisión anterior, y además señalando que no se podía aplicar la Ley 33 de 1985, porque el Decreto 1748 de 1995, en su artículo 45, dispone "... que los empleados del sector público afiliados al ISS se asimilan a los empleadores del sector privado, por esta razón sus cotizaciones no se tienen como públicas."

1.2.6 Mediante Resolución No. 2639 de 29 de septiembre de 2008 se desató el recurso de apelación, confirmando las Resoluciones Nos 8203 y 2294 de 2008, al considerar que no se configuran los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Anexó como pruebas las siguientes:

- Resolución No. 2294 de 21 de abril de 2008.1
- Resolución No. 8203 de 20 de agosto de 2008.2
- Resolución No. 2639 de 29 de septiembre de 2008.3

1.2. Caso T- 2.357.805:

El demandante Jairo Humberto Ospina Ospina interpuso acción de tutela contra la Empresa de Recursos Tecnológicos, para que sea reintegrado al cargo que venía desempeñando al momento del despido, y hasta cuando se le incluya por parte del Instituto de Seguros Sociales en la nómina de pensionados.

1. Elementos de la Demanda:

- Derechos fundamentales invocados: Al debido proceso administrativo, a la seguridad social, al mínimo vital, al trabajo, y demás derechos fundamentales conexos a estos.
- Conducta que causa la vulneración: La entidad demandada nombró a través de la Resolución No. 126 de 17 de abril de 2009 al señor Severo Reyes Millán en el cargo de Subgerente Administrativo y Financiero, cargo que había ocupado el demandante desde el 1 de febrero de 2008 hasta el 17 de abril de 2009.
- Pretensión: Que se ordene a la entidad accionada reintegrar al señor Jairo Humberto Ospina Ospina al cargo que venía desempeñando al momento del despido, y hasta que

sea incluido en nómina de pensionados del Instituto de Seguros Sociales.

1.2 Fundamentos de la Pretensión:

El accionante la estructura sobre las siguientes afirmaciones y medios de prueba:

1.2.1. El accionante estuvo vinculado a la Empresa de Recursos Tecnológicos desde el 1 de febrero de 2008 hasta el 17 de abril de 2009 en el cargo de Subgerente Administrativo y Financiero.

1.2.2. El día 17 de abril de 2009 se nombró en ese cargo al señor Severo Rodríguez Millán, nombramiento que se le comunica al accionante el 21 de abril de 2009.

1.2.3. Señala que cuenta con 60 años y 6 meses de edad, por cuanto nació el 21 de septiembre de 1948.

1.2.4. Ha trabajado al servicio del Estado por más de 25 años, y precisamente ocupaba el cargo de Asistente de la Gerencia Departamental de Telecom en Cali, cuando se dispuso la supresión y liquidación de la entidad y fue despedido el 31 de enero de 2006.

1.2.5 Manifiesta que es beneficiario de la transición consagrada en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues al entrar en vigencia el 1 de abril de 1994 la Ley 100 de 1993, tenía más de 40 años de edad y más de 15 años de servicios al Estado.

1.2.6 Desde junio de 2003 presentó a través de Telecom, los documentos ante el Instituto de Seguros Sociales, con el pleno convencimiento que conforme a las circunstancias anotadas estaba amparado por la protección especial que consagró el artículo 12 de la Ley 790 de 2002.

1.2.8 El Instituto de Seguros Sociales, a través de la Resolución No. 023641 de 20 de junio de 2006, negó el reconocimiento de la pensión, argumentando únicamente la falta de cumplimiento de la edad, 60 años.

1.2.9 Al no estar conforme presentó recurso de reposición y apelación. Se resolvió el primero de los recursos confirmando la resolución, pero el de apelación pasó a la Vicepresidencia de Pensiones, y a la fecha de presentar la acción de tutela habían

transcurrido 22 meses sin que se hubiera resuelto.

1.2.10 Manifiesta que para tomar posesión del cargo en la anterior Empresa Regional de Telecomunicaciones, hoy Empresa de Recursos Tecnológicos, presentó toda la documentación que acredita la historia laboral, lo que le permitía a ésta tener conocimiento de su situación particular, y era de público conocimiento que tenía en trámite ante el Instituto de los Seguros Sociales la pensión de jubilación.

1.2.11 Que aunque el cargo que desempeñaba era de los denominados de libre nombramiento y remoción, la empresa demandada no podía caer en arbitrariedad, por cuanto si hubiera actuado de manera diligente hubiera oficiado al Instituto de los Seguros Sociales para que certificara si había sido incluido en la nómina de pensionados de los meses de abril o mayo de 2009.

1.2.12 El hecho de reunir los requisitos para la pensión no facultaba al empleador para despedirlo, por cuanto no se había producido el reconocimiento y pago de la pensión.

1.2.13 Tratándose de casos similares y específicamente de prepensionados, la Oficina Jurídica del Ministerio de la Protección Social, en diferentes conceptos y circulares se ha pronunciado, con base en la Ley 797 de 2003 y en la sentencia C-1037/03 de la Corte Constitucional, en el sentido que antes de aplicarse la justa causa para dar por terminada la relación laboral, debe haber sido reconocida la pensión, notificada la resolución e incluido el beneficiario en la nómina.

1.2.14 La empresa de Recursos Tecnológicos con su actuación viola los derechos a la vida, a la salud, al mínimo vital, y al trabajo.

1.2.15 Manifiesta el demandante que su situación personal y familiar es difícil, pues carece de ingresos diferentes al salario que devengaba como funcionario de la empresa demandada, su esposa no trabaja, y tienen a su cargo a una nieta de 6 años.

1.2.16 Que lo que busca por medio de la acción de tutela es el respeto de sus derechos fundamentales, y que no se le causen mayores perjuicios por la afectación del mínimo vital, el derecho a la salud, a la seguridad social, al trabajo, y la desprotección en que se encuentra una menor de edad.

Finalmente, como medida provisional y transitoria, hasta que se profiera sentencia, solicita que se ordene su reincorporación a la entidad demandada en el mismo cargo.

Anexa como pruebas:

-Copia de la Cédula de Ciudadanía.⁴

- Copia del certificado de Existencia y Representación legal de la Empresa de Recursos Tecnológicos.⁵

- Copia de la Resolución No. 126 de 17 de abril de 2009, por medio de la cual la Empresa de Recursos Tecnológicos, nombró como Subgerente Financiero a Severo Reyes Millán.⁶

- Copia del oficio de 21 de abril de 2009, por medio del cual la Coordinadora de Recursos Humanos y Logística de la Empresa de Recursos Tecnológicos, le comunica que se nombró al señor Severo Reyes Millán y que debe hacerle entrega del cargo.⁷

- Copia de la Resolución No. 023641 de 20 de junio de 2006, proferida por la Vicepresidencia de Pensiones del Seguro Social, mediante la cual se le negó el reconocimiento de la pensión de vejez.⁸

- Copia de la Resolución No. 053605 de 14 de diciembre de 2006, proferida por la Vicepresidencia de Pensiones del Seguro Social, Seccional Cundinamarca, por la cual se confirmó la Resolución No. 023641 de 20 de junio de 2006.⁹

2. Respuesta de las entidades accionadas.

2.1. Caso T- 2.357.609:

La Jefe del departamento de Pensiones del Seguro Social, Seccional Santander, contestó lo siguiente:

Que el señor Edberto Pinilla Castellanos no cumple con el mínimo de tiempos públicos establecidos en la Ley 33 de 1985, que exige 20 años.

Que frente a la Ley 71 de 1988, la cual requiere que acredite 20 años de tiempos

públicos y privados cotizados, el demandante cumple con el mínimo de tiempos al tener 23 años de cotizaciones, sin embargo, el accionante no cumple con el requisito de edad pues a la fecha tiene 59 años, y la norma exige 60 años, por lo que no es posible concederle el derecho a la pensión, porque los requisitos son concurrentes o concomitantes para que se de el reconocimiento de la prestación.

Manifiesta también que hay hecho superado, porque el ISS contestó la petición hecha por el señor Pinilla Castellanos. Envía copia del Auto No. 0276 de 12 de mayo de 2009. Que es evidente que la situación fáctica que originó la acción de tutela ya no es actual, pues el hecho se ha superado, por cuanto el ISS contestó la petición.

2.2. Caso T-2357805:

Respuesta de la Empresa de Recursos Tecnológicos S.A.10:

El gerente de la sociedad responde a cada uno de los hechos de la demanda en un extenso escrito, solicitando declarar improcedente la tutela.

Entre las razones más relevantes que expone, se citan las siguientes:

Que la entidad demandada es una empresa de servicios públicos oficial en la medida que todas sus entidades accionadas son públicas, en los términos del artículo 14 de la Ley 142 de 1994.

Que en los estatutos de la entidad se determina que son empleados públicos aquéllas personas que realicen funciones de dirección y confianza, entendiéndose, los que actúen en función no simplemente de ejecutivos, sino que tienen que ver con coordinación de políticas empresariales, que ostenten facultades jerárquicas usualmente superiores a las del trabajador ordinario y que muchas veces lo coloquen en la posibilidad de recibir delegación de quienes representan la Dirección de la empresa, actúen en función creativa, tengan facultades disciplinarias y de mando y estén dotados de un determinado poder discrecional de autodecisión. El accionante siendo el subgerente administrativo y financiero, tenía funciones de dirección y confianza, con poderes jerárquicos superiores a los de un trabajador ordinario, era un empleado de libre nombramiento y remoción.

Que al desvincular al accionante no se incurrió por parte de la accionada en arbitrariedad o capricho, pues obedeció a la necesidad de mejorar el servicio, y si bien dentro del acto administrativo nada se dijo nada al respecto, fue porque la ley así lo autorizó, como quiera que el Decreto 2400 de 1968 en su artículo 26 excluyó la motivación de este tipo de decisiones.

Se hace referencia a la protección especial consagrada en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, para afirmar que ésta se orienta es a la modernización del Estado, y a su reducción burocrática como factor de sostenibilidad, lo que haría inaplicable a este caso dicha protección, por cuanto la remoción del actor se hizo buscando el mejoramiento del servicio.

Que además, la vigencia en el tiempo de dicha protección es de 3 años a partir de la promulgación de la Ley, y que ésta fue publicada en el Diario Oficial el 27 de diciembre de 2002, por lo que es extemporáneo pedirla.

Frente a la protección especial del parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, manifiesta el representante Legal de la Empresa de Recursos Tecnológicos S.A. que esa norma no establece que sea la única causal para dar por terminado un contrato laboral. Que además, el inciso 1 de esa norma utiliza la expresión “podrá” darlo por terminado, que es una de las tantas posibilidades de dar por terminada la relación laboral, apreciación que a su modo de ver se sostiene en la sentencia C-1037/03 en la que se declaró la exequibilidad de esa disposición.

Finalmente, se señala que el actor no cuenta con estabilidad laboral reforzada, pues si bien presentó la solicitud de pensión al ISS, y le ha sido negada varias veces, eso no inhabilita a la administración para desvincularlo. La petición de la pensión es una mera expectativa y no un derecho adquirido. Si se le hubiese reconocido la pensión, y la administración por ese motivo le hubiere extinguido la relación legal y reglamentaria, sin haber esperado la inclusión en nómina, se hubiera quebrantando el orden jurídico.

Tambien se solicita que se desestimen las pretensiones del señor Jairo Humberto Ospina Ospina y que se vincule al señor Severo Reyes Millán, quien fue nombrado en su reemplazo, y puede resultar afectado con la decisión que se tome.

3. Decisiones de tutela objeto de revisión.

3.1.1 Sentencia de Primera Instancia: Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bucaramanga, de 14 de mayo de 2009 (impugnada).

La Juez negó la tutela, por considerar que hay hecho superado, por cuanto se dio una respuesta adecuada por parte de la entidad demandada a las inquietudes presentadas por el accionante, con lo cual la posible vulneración ya quedó desvirtuada.

3.1.2 Impugnación:

Mediante escrito¹¹ presentado por el señor Edberto Pinilla Castellanos, interpone recurso de apelación por considerar que no existe congruencia entre los derechos alegados como vulnerados, esto es el derecho al debido proceso, por la vía de hecho administrativa del ISS al no reconocer el régimen de transición y favorabilidad, al trabajo, a la seguridad social, a la vida digna, y a los derechos adquiridos, y en el fallo sólo se hace referencia al derecho de petición, respecto del cual no solicitaba protección.

Que la Corte Constitucional ha señalado la procedencia excepcional del amparo de tutela para el reconocimiento de pensiones, o contra un acto administrativo que niega la pensión cuando se configura la vía de hecho, como sucede en este caso en que el ISS no dio aplicación al régimen de transición previsto en la Ley 33 de 1985.

Cita las sentencias T-019/09, T-052/08 y C-540/08 de la Corte Constitucional. También cita la sentencia del 9 de agosto de 2007 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Finalmente, solicita que se amparen sus derechos fundamentales y en consecuencia, se ordene dejar sin efectos la resolución No. 2639 de 2008 y se profiera un nuevo acto administrativo que resuelva su solicitud de pensión de jubilación de conformidad con la Ley 33 de 1985.

También aparece¹² un escrito en que el demandante complementa la sustentación presentada y se refiere específicamente, al hecho superado y a la vía de hecho por defecto sustancial.

3.1.3 Sentencia de Segunda Instancia: Sala Civil – Familia del Tribunal Superior de Bucaramanga, de 16 de junio de 2009.

Se confirmó la sentencia del Juzgado, negando la tutela, aunque por otras razones.

Se hace referencia al tema de la violación al debido proceso por desconocimiento del régimen especial de pensiones. Se cita la sentencia C-631/02 de la Corte Constitucional. También a la procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de pensiones.

En el caso concreto considera que efectivamente se equivocó la Juez de primera instancia, por cuanto no se pidió protección del derecho de petición, ya que el ISS había dado respuesta a su solicitud inicial de pensión y a los recursos interpuestos.

Se hace el análisis pertinente de las normas, para concluir que en este caso debe aplicarse la Ley 33 de 1985, por lo que una vez cumplido el requisito de tiempo de servicios, tiene derecho a acceder a su pensión de jubilación a la edad de 55 años.

Considera entonces que el ISS incurrió en vía de hecho administrativa, pues desconoció sin fundamento válido, y efectuando un cómputo errado de los tiempos cotizados, que el demandante se encuentra incluido en el régimen de transición conforme al cual debe reconocérsele la pensión de jubilación en los términos de la citada Ley 33 de 1985.

Se afirma que como en este caso puede corresponder al último empleador del accionante, el asumir el pago de la pensión de jubilación, hasta tanto pueda subrogarse en el ISS, no puede el Tribunal en sede de tutela, emitir un pronunciamiento de fondo disponiendo un reconocimiento pensional, máxime cuando éste fue el único vinculado al proceso.

Se señala también, que de las pruebas allegadas no existen elementos suficientes que permitan determinar en relación con el señor Edberto Pinilla Castellanos, aspectos tales como su último empleador, la fecha exacta en que efectuó cada uno de sus aportes públicos, de qué trata la Ley 33 de 1985 y el hecho de encontrarse o no laborando en la actualidad, para así determinar quién fue su último empleador, si subsistió a la vigencia

del Sistema de Seguridad Social y si se encuentra obligado al reconocimiento y pago pensional o si le corresponde es al ISS.

Finalmente, en cuanto al requisito de inmediatez se considera que el señor Edberto Pinilla Castellanos no lo cumplió, pues el acto administrativo definitivo, por el cual se negó el reconocimiento de la pensión es del 27 de septiembre de 2008 y la acción de tutela se interpuso el 4 de mayo de 2009, es decir más de ocho meses después.

3.2 Caso T- 2357805:

3.2.1 Sentencia de Primera Instancia: Juzgado Séptimo Administrativo de Cali, de 7 de mayo de 2009 (impugnada).

La Juez concedió la acción de tutela. Consideró que debía darse el amparo del derecho de petición, y de forma transitoria respecto de los derechos al mínimo vital en conexidad con la seguridad social en pensiones. Ordenó al ISS proferir el acto administrativo que resuelva el recurso interpuesto por el demandante, y al Gerente de la entidad demandada que lo reintegrara a un cargo igual o de superior jerarquía al que venía desempeñando el 19 de abril de 2009.

Consideró también que el amparo de tutela se da bajo los siguientes presupuestos:

Si la decisión adoptada por el ISS al resolver el recurso interpuesto es negativa, el accionante contará con el término de 4 meses contados a partir de la notificación del ISS para iniciar la acción judicial correspondiente.

Si la resolución del ISS, al resolver el recurso de apelación, es favorable al demandante, la empresa demandada lo mantendrá en el cargo hasta que el ISS lo incluya efectivamente en nómina.

Para tomar esa decisión se consideró lo siguiente:

Se trataba de resolver dos problemas jurídicos: i) En relación con el ISS, entidad que fue vinculada a la acción de tutela, para saber si con su proceder vulneró el derecho de petición del demandante, por cuanto a la fecha no había resuelto de fondo el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución No. 023641 de 20 de junio de 2006. Y ii) Con

respecto a la Empresa de Recursos Tecnológicos S.A. E.S.P. si ésta tenía la obligación de mantener en su cargo al accionante hasta que éste fuera incluido en nómina de pensionados del ISS, a pesar de ser un empleado público de libre nombramiento y remoción.

En cuanto al primero, se consideró que conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es más que evidente la vulneración del derecho fundamental de petición, puesto que desde el 8 de septiembre de 2006 se presentaron por el accionante los recursos de reposición y apelación, sin que se haya resuelto el de apelación. Han transcurrido 2 años y 7 meses, cuando para esos efectos el CCA da un término de 2 meses.

En relación con el segundo, se afirma que lo que se debate es si con la decisión adoptada por el nominador, la insubsistencia, se están afectando sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social en pensiones, porque es una persona que tiene cumplidos los requisitos de edad y tiempo de servicios para acceder a la pensión de vejez o jubilación por parte del ISS.

Se cita el párrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, y la sentencia que declaró la exequibilidad: C-1037/03. Se concluye que en la norma no se determinó que la terminación del contrato de trabajo o de la relación legal y reglamentaria cuando sea reconocida la pensión era única y exclusiva para los servidores públicos que desempeñaran cargos de carrera administrativa, ya fuera esto en provisionalidad, encargo o propiedad.

Que al no darse esa discriminación o diferenciación por parte del legislador, mal haría el intérprete en hacerla. Que además, al revisar la norma la Corte Constitucional indicó que la misma estaba condicionada, no sólo a que el trabajador privado o el servidor público tuvieran los requisitos para pensionarse, o que la entidad de Seguridad Social en Pensiones le hubiera hecho el reconocimiento de su pensión, sino que efectivamente se le hubiera incluido en nómina para poder dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal y reglamentaria.

Al revisarse la Resolución No. 023641 de 20 de junio de 2006 el ISS indica que el señor Ospina Ospina contaba con 24 años, dos meses y 18 días de servicio, lo cual equivale a 1.245 semanas lo que demuestra que ha cumplido el tiempo de servicio.

Igualmente, se señala que en cuanto a la edad, requisito que conllevó a la negativa inicial del ISS, pues consideraba que debía pensionarse a los 60 años y no a los 55 años, se tiene que al momento de ser declarado insubsistente, de forma tácita, mediante la Resolución No. 126 de 17 de abril de 2009, ya contaba con 60 años, 6 meses y 26 días de edad, por lo que cumplía el requisito de edad, ya sea por el régimen de transición al cual alega tener derecho, o el de la Ley 797 de 2003.

Se afirma que lo que está en juego es el mínimo vital de una persona de 60 años y de su grupo familiar. No existe en el proceso un elemento probatorio que desvirtúe la falta de ingresos por fuente diferente al salario que percibía en la empresa demandada. Por consiguiente, al no contar con dineros diferentes a los que devengaba como empleado, y como no se ha resuelto lo referente a la pensión de jubilación por el ISS, se está ante un perjuicio irremediable, ya que a pesar de contar con medios judiciales de defensa diferentes para controvertir el acto administrativo que lo retiró del servicio, y las decisiones del ISS, estos medios no son idóneos y eficaces para la protección de los derechos fundamentales.

Por esas razones la acción de tutela fue concedida.

3.2.2 Impugnación:

Considera que se ha debido incluir al señor Severo Reyes Millán, quien reemplazó al señor Jairo Humberto Ospina Ospina en la Subgerencia Financiera de la empresa demandada. Que al no haber sido vinculado se le está vulnerando su derecho al debido proceso.

Señala que el criterio hermenéutico utilizado por el A quo no es el adecuado, pues interpretó de manera insular la Ley 797 de 2003, con las demás disposiciones que establecen causales de cesación en relaciones laborales particulares o al servicio del Estado.

Se repiten varios de los argumentos esgrimidos en la contestación de acción de tutela en el sentido que el demandante era un empleado de libre nombramiento y remoción, por lo que existía autorización legal para declararlo insubsistente.

Que sí se podía terminar la relación legal y reglamentaria al demandante Jairo

Humberto Ospina Ospina conforme lo autoriza el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968. Además, que como no se le había reconocido su calidad de pensionado, mal podía el Juez de instancia considerarlo como sujeto de especial protección sólo por el hecho de haber presentado la solicitud. Que esa protección sólo se da conforme a la Ley 797 de 2003 y a lo previsto en la sentencia C- 1037/03, a quien se le ha reconocido la pensión y mientras se le incluye en nómina.

En cuanto al perjuicio grave e irremediable afirma que no está probado que el demandante carezca de medios de subsistencia diferentes a los de su salario, que debió probar eso mediante declaración de renta o certificado de contador público.

Por considerar que la Juez de primera instancia interpretó mal la ley 797 de 2003, lo que llevó a darle una protección especial al demandante de la cual no podía ser beneficiario. Y que además, ni siquiera probó de forma mínima que careciera de recursos económicos para subsistir. Por esas razones solicita que se revoque la sentencia, y no se tutelen los derechos invocados por el demandante respecto de la empresa demandada.

3.2.3 Sentencia de Segunda Instancia: Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, de 16 de junio de 2009.

Se revocó la sentencia apelada y se declaró la carencia actual de objeto, por cuanto aparece probado en el expediente que el Seguro Social mediante Resolución No. 002898 de 29 de mayo de 2009 resolvió el recurso de apelación interpuesto, revocando la Resolución No. 023641 de 20 de junio de 2006, dando cumplimiento al fallo proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo de Cali, y procediendo a reconocer la pensión de vejez del señor Jairo Humberto Ospina Ospina¹⁴.

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

La Corte Constitucional, a través de esta Sala, es competente para revisar la decisión proferida en el asunto de la referencia, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, y 33 a 36 del Decreto 2591 de

1991, y en cumplimiento del Auto del 23 de julio de 2009 de la Sala de Selección de Tutela Número Siete de la Corte Constitucional.

2. Cuestión de constitucionalidad en caso T- 2357609:

2.1 Procedencia de la tutela: En este caso se debe establecer si de manera excepcional, la acción de tutela tiene vocación de prosperidad respecto de controversias sobre reconocimiento de pensiones de jubilación, específicamente sobre la aplicación de un régimen legal determinado.

2.2 Problema de Constitucionalidad:

La Sala de Revisión determinará si la actuación del Seguro Social, en relación con la negativa del reconocimiento de la pensión del demandante conforme a la Ley 33 de 1985, vulneró sus derechos fundamentales.

2.3 Estructura del Considerando:

Para responder el problema jurídico planteado la Sala reiterará la jurisprudencia relativa a (i) Improcedencia de la acción de tutela cuando existen otros mecanismos judiciales para resolver sobre el reconocimiento o reliquidación de prestaciones sociales, salvo casos excepcionales, y (ii) Se resolverá el caso concreto.

3. Procedencia excepcional de la acción de tutela para reconocimiento de pensiones:

3.1 El artículo 86 de la Constitución Política dispone:

“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”.

“...”

“Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un

perjuicio irremediable.”

El artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 señala:

“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.”

La acción de tutela no es el mecanismo judicial indicado para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento o reliquidación de prestaciones sociales, particularmente en materia de pensiones, salvo casos excepcionales¹⁵.

3.2 La Jurisprudencia de la Corte Constitucional:

En efecto, según lo ha precisado esta Corte¹⁶ la acción de tutela no procede para el reconocimiento de derechos pensionales, bien se trate de pensiones de vejez, invalidez o de sobrevivientes, pues, por tratarse de derechos litigiosos de naturaleza legal, la competencia prevalente, para resolver este tipo de conflictos, ha sido asignada por el ordenamiento jurídico a la justicia laboral o contenciosa administrativa según el caso, siendo entonces dichas autoridades las llamadas a garantizar el ejercicio de tales derechos, en caso que se logre demostrar su amenaza o violación. Esta posición reafirma el carácter excepcional, subsidiario y residual de ese mecanismo de amparo constitucional, según se desprende del artículo 86 de la Carta Política y de la jurisprudencia de esta Corporación, ya que de lo contrario, se desnaturalizaría “la esencia y finalidad de la acción de tutela como mecanismo de protección especial pero extraordinario de los derechos fundamentales de las personas y se ignoraría la índole preventiva de la labor de los jueces de tutela frente a la amenaza o vulneración de dichos derechos que les impide dictar órdenes declarativas de derechos litigiosos de competencia de otras jurisdicciones.”¹⁷

La Corte Constitucional en su sentencia T- 1083/01, consideró:

“La controversia sobre el reconocimiento de los derechos pensionales adquiere la

dimensión de un problema constitucional cuando su no reconocimiento viola o amenaza violar derechos fundamentales diversos entre ellos el derecho de igualdad ante la ley, el derecho a la familia o su protección especial y los derechos fundamentales de los niños, y los medios judiciales no son eficaces para su protección teniendo en cuenta las circunstancias particulares del actor, o la intervención del juez constitucional se hace necesaria para impedir la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

“Es ajeno a la competencia de los jueces de tutela decidir sobre los conflictos jurídicos que surjan alrededor del reconocimiento, liquidación y orden de pago de una prestación social, cuando se trata de la definición de derechos litigiosos.”

“...”

“Esta Sala de Revisión considera que las controversias de interpretación y de aplicación de la ley y el debate probatorio, que constituyen el eje de este caso deben ser conocidas y resueltas por la jurisdicción ordinaria, ya que el Juez de tutela carece de competencia para dictar pronunciamientos declarativos sobre derechos litigiosos, pues no cuenta con los elementos de juicio indispensables para decidir en forma justa y ajustada a derecho sobre pretensiones que no constituyen derechos ciertos e indiscutibles, y para cuya definición se requiere de una actividad probatoria propia del juez ordinario.”

Igualmente, en la sentencia T-747/08:

“Esta Sala considera que la presente acción de tutela es improcedente para reclamar la prestación por vejez, por lo que se habrán de confirmar los fallos de instancia. En efecto, como primera medida, se hace necesario reconocer que no existe prueba o fundamento alguno que cercene la efectividad del medio judicial ordinario de defensa. El actor se limita a afirmar que la mora en el trámite del proceso le afecta teniendo en cuenta que es una persona de la tercera edad. Sin embargo, en perjuicio de tales afirmaciones, es necesario aclarar que la edad del actor -56 años- no le ubica dentro de tal grupo poblacional y, por tanto, no le hace acreedor de la protección especial prevista en la Constitución Política. Es más, con esa edad, y teniendo en cuenta que no

se comprobó la existencia de discapacidad o enfermedad, no es acertado afirmar que el trámite judicial ordinario para acceder a la pensión superará la expectativa de vida del actor.”

También debe citarse la T-118/09 en la que se considera:

“El criterio de interpretación fijado por la Corte en torno al tema, es plenamente concordante con la naturaleza jurídica de esta acción, ya que si bien la tutela fue instituida por el Constituyente de 1991 como un medio preferente y sumario de defensa judicial, cuyo objetivo primario es la protección de los derechos fundamentales que resulten violados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades o los particulares, se le reconoció a la misma un carácter subsidiario y residual, que por lo mismo, sólo permite su procedencia cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, o cuando existiendo éste, se promueva como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

“Aceptar que el juez de tutela tiene competencia privativa o cobertura absoluta para resolver los conflictos relacionados con derechos prestacionales, es entonces desconocer el carácter extraordinario que identifica al mecanismo de amparo constitucional, e incluso, contrariar su propio marco de operación, ya que, de manera general, el propósito de la tutela se orienta a prevenir y repeler los ataques que se promuevan contra los derechos fundamentales ciertos e indiscutibles, y no respecto de aquellos que aun no han sido reconocidos o cuya definición no se encuentra del todo consolidada por ser objeto de disputa jurídica.

“No obstante lo dicho, la regla que restringe la participación de la acción de tutela en la protección de los derechos prestacionales tampoco es absoluta. Conforme con su propia línea jurisprudencial, la Corte ha venido sosteniendo que, excepcionalmente, es posible el reconocimiento de esta clase de derechos por la vía del amparo constitucional, no solo cuando se ejerce como mecanismo transitorio, caso en el cual es necesario demostrar la existencia de un perjuicio irremediable, sino también cuando el

medio judicial preferente es ineficaz o no es lo suficientemente expedito para brindar una protección inmediata, circunstancias que deben ser valorados por el juez constitucional en cada caso particular.”

De igual manera se ha afirmado por la Corte Constitucional en su jurisprudencia que¹⁸:

“Esta informalidad probatoria llega hasta el punto de que el juez constitucional, al momento de analizar los medios probatorios aportados al proceso, pueda – cuando llegue al convencimiento de la verdad procesal – dejar de practicar algunas de las pruebas solicitadas, tal como se dispone en el artículo 22 del Decreto 2591 de 1991. Así mismo, el juez constitucional cuenta con amplios poderes oficiosos para determinar la existencia de la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales. Esta potestad se encuentra, a su turno, limitada por la idoneidad en su utilización.

“Con todo, lo anterior no significa que la parte que invoca la transgresión de sus derechos fundamentales no tenga en su cabeza una carga probatoria. Así, quien alude un hecho tiene el deber de aportar los medios para convencer a la autoridad judicial de que en efecto ha sucedido o de aportar los elementos necesarios que sugieran razonablemente al juez la utilización idónea de sus poderes oficiosos en la prueba.

“Para el caso bajo estudio, a juicio de esta Sala, el señor Martínez Betancourt no aportó prueba alguna que permita concluir que se encuentra en una situación tal que haga imperiosa la intervención del juez constitucional para salvaguardar sus derechos fundamentales. De igual forma, el accionante no brindó elementos que permitan –razonablemente – inferir la necesidad en cuanto al uso de las facultades oficiosas de las autoridades judiciales en materia probatoria...”.

En la sentencia T- 055/06 se afirmó que para determinar si la acción de tutela en materia de reconocimiento de pensiones procede, se debe verificar por el Juez Constitucional que en el caso concreto concurren ciertos requisitos a saber:

“ (i) que se trate de una persona de la tercera edad, para ser considerado sujeto especial de protección;

(ii) que la falta de pago de la prestación o su disminución, genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital,

(iii) que se haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial por el interesado tendiente a obtener la protección de sus derechos, y

(iv) que se acredite siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados. De este modo, deberá analizarse en cada caso concreto si se verifican estos requerimientos a fin de declarar la procedencia del amparo.”

3.3 Hechos del caso concreto:

En este caso se tiene lo siguiente:

Al demandante le fue negada la pensión de vejez solicitada mediante Resolución No. 2294 de 21 de abril de 2008, del Instituto de Seguros Sociales – Seccional Santander.

En el expediente se encuentran las Resoluciones Nos. 8203 de 20 de agosto de 2008 mediante la cual se confirmó la Resolución No. 2294 de 21 de abril de 2008, y se concedió el recurso de apelación, el que fue resuelto por la Resolución No. 2639 de 29 de septiembre de 2008, por la cual se confirmaron las Resoluciones anteriores.

En cuanto al cumplimiento de los mencionados requisitos, conforme atrás se ha señalado:

1. Que se trate de una persona de la tercera edad, para ser considerado como sujeto de especial protección: El señor Pinilla Castellanos nació el 2 de diciembre de 1950, es decir que tiene actualmente 58 años de edad.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 1276/07:

“DEFINICIONES: Para fines de la presente ley, se adoptan las siguientes definiciones:

“...”

“...b) Adulto Mayor. Es aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más...”.

Por tanto no puede considerarse adulto mayor, ni persona en especial condición de vulnerabilidad debido a su edad.

2. En cuanto al segundo requisito que la falta de pago de la pensión de vejez esté afectando sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital: El demandante ni siquiera lo alega en este proceso, y por esa razón no hubo práctica de pruebas sobre tal situación, ni oficiosa, y menos aún el accionante aportó algún elemento de juicio que permitiera concluir esa afectación.

3. Que se haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial por el interesado tendiente a obtener la protección de sus derechos: Se observa que si bien es cierto el señor Pinilla Castellanos interpuso los recursos de reposición y apelación en vía gubernativa contra las Resoluciones del Instituto de Seguros Sociales por las cuales se negó el reconocimiento de la pensión de vejez¹⁹, como la solicitaba el demandante, de conformidad con la Ley 33 de 1985 y dando aplicación al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, también lo es que no aparece prueba de que haya interpuesto las acciones laborales pertinentes ante la Jurisdicción competente.

4. En cuanto a que se acredite siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados: Se observa que el demandante en su escrito de tutela ni siquiera hace referencia a este tema.

Como se observa no se cumple ninguno de los presupuestos para la procedencia de la tutela en el caso de autos.

Ahora bien, conforme a la Resolución No. 2294 de 21 de abril de 2008, se afirma:

“que en total se acreditan 27 años, 6 meses y 21 días, equivalentes a 1417 semanas...”

“...Que el asegurado acredita un total de tiempos públicos por 26 años, 7 meses y 24 días, equivalentes a 1370 semanas tal y como esta norma lo requiere, es decir que se configure reunido el requisito de los veinte (20) años de servicio Público...”.

Sin embargo, en la Resolución se afirma categóricamente que “no procede hacer la aplicación de esta norma, Ley 33 de 1985, toda vez que al no existir viabilidad de hacer efectivo el Memorando 001087 de 16 de febrero de 2007, aclarado por el memorando 01131, en cuanto a que “en los casos en que un afiliado beneficiario del Régimen de Transición, descrito en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, haya tenido la condición de servidor público y posteriormente se haya vinculado con un empleador del sector privado cotizando al ISS, con antelación a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, de completar los requisitos para acceder a una pensión de jubilación del sector oficial, podrá optar por el reconocimiento de ésta en aplicación del principio de la condición más beneficiosa al trabajador, atendiendo lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, postulado que opera cuando en una misma situación jurídica se encuentra regulada en distintas fuentes formales de derecho vigentes, o en una misma, caso en el cual es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquélla que resulte más beneficiosa al trabajador”.

“Es decir que para el caso del afiliado, no resulta procedente la aplicación de la Ley 33 de 1985, toda vez que teniendo en cuenta la historia laboral, es claro que venía cotizando como servidor público de la Caja Agraria en liquidación hasta el 8 de marzo de 1992 con la misma calidad de servidor público, posteriormente se afilia al Seguro Social el 9 de marzo de 1992 con la misma calidad de servidor público, pero como trabajador de la entonces llamada Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, es decir para el caso no sería aplicable esta Ley, teniendo en cuenta que se deben omitir los tiempos públicos aportados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 en calidad de servidor público. Lo anterior quiere decir que se le aplica la Ley 33 de 1985, si el asegurado viniera con calidad de servidor público, y a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1 de abril de 1994) se afilia en el sector privado y posteriormente se regresa al sector público, en este evento es cuando se aplicaría la Ley 33 de 1985 porque se omitirían tiempos privados y sólo se contabilizarían tiempos públicos.

“Que de igual forma en cuanto a la aplicación de la Ley 71 de 1988, y en razón a que el señor EDBERTO PINILLA CASTELLANOS, debió efectuar cotizaciones de tiempos públicos exclusivamente con Fondos o Cajas, según los documentos que reposan en el expediente, es claro que el beneficiario realizó sus aportes de tiempos públicos a CAJA AGRARIA EN LIQUIDACIÓN Y FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES DE BOYACÁ, razón por la cual resultaría procedente efectuar el reconocimiento de la prestación en virtud a esta normatividad, ahora bien otro de los requisitos para que se configure el reconocimiento de la prestación por esta norma es que los aportes efectuados y totalizados de tiempos públicos y privados sumen un total de 20 años de servicios, y teniendo como sustento los reportes de toda la historia laboral del asegurado, es claro que tiene a la fecha un total de 27 años, 06 meses y 21 días, equivalentes a 1417 semanas, de igual forma esta norma exige el cumplimiento del requisito de edad, el cual está contemplado en 60 años de edad para los hombres y 55 para las mujeres, teniendo en cuenta este requisito, es claro que el señor EDBERTO PINILLA CASTELLANOS, a la fecha sólo cuenta con 58 años de edad razón por la cual no cumple con este requisito y resulta pertinente entonces, negar el reconocimiento de la prestación por esta normatividad

“Que la pensión de vejez se solicita de conformidad con lo dispuesto por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificada por el artículo por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

“De acuerdo con las normas citadas, para tener derecho a la pensión por vejez, se requiere haber cumplido 55 años de edad si es mujer o 60 años si es Hombre y haber cotizado un mínimo de 1.000 semanas hasta el 2004. Incrementándose a 1050 semanas de cotización para el año 2005(Artículo 9 de la Ley 797 de 2003) y en 25 semanas cotizadas por cada año a partir del 01 de enero de 2006 hasta llegar a las 1300 semanas en el año 2015.

“Que el solicitante NO ACREDITA la edad, aunque CUMPLE con el tiempo de servicio o aportaciones exigido, razón por la cual se concluye que NO TIENE derecho a la pensión que reclama ...”

Igualmente, en la Resolución No. 8203 del 20 de agosto de 2008, se manifiesta que no se puede aplicar la Ley 33 de 1985, porque el decreto 1748 de 1995, en su artículo 45

hace referencia a que “los empleadores del sector público afiliados al ISS se asimilan a empleadores del sector privado” y por esta razón sus cotizaciones no se tienen como públicas.”

Posteriormente, en el Auto No. 00276 de 12 de mayo de 2009, mediante el cual se dejó en firme la Resolución No. 2294 de 21 de abril de 2008, después de haber sido interpuesta la acción de tutela, se señala que “el afiliado no cumple con el mínimo de tiempos públicos establecidos en la Ley 33 de 1985 que exige 20 años de cotizaciones de tiempos públicos (El peticionario sólo cuenta con 19 años de cotizaciones públicas). Los tiempos cotizados en el Banco Agrario de Colombia no se cuentan como públicos, ya que esta entidad es de naturaleza mixta y no pública...”

Para la Sala no hay duda entonces, que en este caso no se reúnen las condiciones que conforme a la jurisprudencia hacen procedente la tutela para el reconocimiento de la pensión de vejez del señor Edberto Pinilla Castellanos, tal y como lo solicitó, conforme a la Ley 33 de 1985 y dando aplicación al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Como se observa, la discusión en este caso es legal, no constitucional, si bien es cierto se alegan como vulnerados los derechos a la seguridad social, al debido proceso, a la vida digna, a la igualdad, al trabajo, a los derechos adquiridos, no se encuentran en el expediente pruebas sobre la vulneración. Como ya se ha dicho por la Corte Constitucional²⁰, y se aplica en este caso: “El accionante no es una persona de la tercera edad, no alega ni prueba sumariamente que exista alguna circunstancia de salud, o de otro tipo que no le permita esperar los resultados del proceso ordinario.”

La Corte no puede pasar por alto la presunción de legalidad que cubija a los actos administrativos que resolvieron la solicitud de pensión de vejez del accionante. En esas resoluciones se dan las razones que fundamentan la no aplicación del régimen de la Ley 33 de 1985, y no se reconoce ni expresa ni tácitamente, el derecho a la transición pensional. Hay discusión sobre varios puntos a saber: El régimen legal aplicable: si es la ley 33 de 1985 o la Ley 71 de 1988, la determinación de la edad para pensionarse, el demandante considera que es a los 55 años, el ISS concluye que es a los 60 años. En relación con el tiempo de servicios públicos, en la Resolución No. 2294 de 21 de abril de

2008 se acepta que son 26 años, 7 meses y 24 días, y en el Auto No. 00276 de 12 de mayo de 2009, sólo se aceptan 19 años de cotizaciones públicas²¹. También se hace referencia a los aportes efectuados a otras entidades diferentes al ISS y por ende, a quien corresponde el reconocimiento de la pensión, y finalmente, sobre los aportes hechos por empleadores del sector público afiliados al ISS que se asimilan a empleadores del sector privado.

Como se ve todos los problemas jurídicos son de estirpe legal y de carácter interpretativo, de donde surge claro que la acción de tutela no es el escenario para la solución de esa clase de conflictos, pues los mismos tienen un escenario natural conforme a sus propias reglas de competencia. Así mismo, no hay ningún elemento que permita justificar la intervención constitucional extraordinaria que haga procedente la acción de tutela.

Ahora bien, se cita como precedente jurisprudencial el de la sentencia T-052 de 2008 de la Corte Constitucional, sin embargo, ese caso no es igual a éste por dos razones fundamentales:

La primera: Por cuanto en las Resoluciones del ISS se reconoció específicamente al actor el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al señalarse “y que por tanto tiene el derecho a que se le aplique el régimen anterior a la misma.” Y afirmar que: nos encontramos frente a dos regímenes pensionales vigentes y distintos aplicables a situaciones de hecho diferentes, (i) uno contenido en la Ley 71 de 1988 previsto para quienes fueron empleados públicos y a su vez prestaron servicios con empleadores de naturaleza privada, en el que las personas se pensionan con 20 años de servicios y 60 años de edad, y otro (ii) regulado por la Ley 33 de 1985 aplicable a quienes fueron empleados públicos por 20 años, en el que las personas se pensionan con 55 años de edad. Y la segunda: En ese caso no hubo discusión sobre los tiempos públicos, y como se afirma en la providencia “Revisada la vida laboral del actor, encuentra esta Sala que desde 1976 y durante toda su vida ha prestado sus servicios a entidades de naturaleza pública...”.

En la sentencia citada se concluyó que:

“Es por ello que la hipótesis de pensión aplicable en el caso del señor Carlos Eduardo Serna Barbosa, no se circunscribe a la prevista en la Ley 71 de 1988 debido a que el

accionante no prestó sus servicios con empleadores de naturaleza privada. Al contrario, como se ha dicho en varias oportunidades en esta sentencia, el actor durante toda su vida laboral, más de 20 años, ha prestado sus servicios a entidades públicas lo cual lo ubica en la hipótesis pensional prevista en la Ley 33 de 1985 y es por ello que una vez cumplido el requisito de tiempo de servicios, tiene derecho a acceder a su pensión de jubilación a la edad de 55 años.”

Se confirmará entonces, aunque por otras razones, la sentencia de segunda instancia en este proceso.

4. Cuestión de constitucionalidad caso T- 2357805:

4.1 Debe la Corte resolver si en este caso se ha configurado un hecho superado, lo que hace innecesario el pronunciamiento de fondo por la Corte Constitucional, y si se debe proceder a confirmar el fallo de segunda instancia.

4.2 Estructura del Considerando:

Para responder lo planteado, la Sala reiterará la jurisprudencia que hace referencia a i) La existencia de hecho superado, y ii) Se resolverá el caso concreto.

5. Existencia de hecho superado:

5.1 El hecho superado:

Conforme lo han reiterado distintos pronunciamientos de la Corporación²², el concepto de hecho superado surge a la vida jurídica cuando el Juez Constitucional constata que los supuestos fácticos que estructuran la pretensión del accionante han desaparecido, y que por tanto la protección constitucional carece de objeto, por sustracción de materia.

En el caso concreto que hoy ocupa la atención de esta Sala de Tutelas, aunque la protección constitucional del derecho fundamental se obtuvo precisamente por los fallos de instancia, para este momento la Corporación no tiene nada que agregar al contenido jurídico de esas providencias, y menos aún encuentra campo para disponer o impartir órdenes de protección de algún derecho constitucional, pues, los derechos del

accionante han sido debida y oportunamente reparados, de modo que para este preciso estadio procesal ha operado el fenómeno que la Corte tiene definido como hecho superado.

5.2 La jurisprudencia de la Corte Constitucional:

En la sentencia T- 722/03 se consideró:

“Cuando el fundamento fáctico del amparo se supera antes de iniciado el proceso ante los jueces de tutela de instancia o en el transcurso de este y así lo declaran en las respectivas providencias, la Sala de Revisión no puede exigir de ellos proceder distinto y, en consecuencia, habrá de confirmar el fallo revisado quedando a salvo la posibilidad de que en ejercicio de su competencia y con el propósito de cumplir con los fines primordiales de la jurisprudencia de esta Corte, realice un examen y una declaración adicional relacionada con la materia ...”

Igualmente, en la sentencia T- 495/01 la Corte Constitucional señaló:

“El objetivo de la acción de tutela, conforme al artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, al Decreto 2591 de 1.991 y a la doctrina constitucional, es la protección efectiva y cierta del derecho constitucional fundamental, presuntamente vulnerado o amenazado por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular en los casos expresamente señalados por la ley.

“En virtud de lo anterior, la eficacia de la acción de tutela radica en el deber que tiene el juez, en caso de encontrar amenazado o vulnerado un derecho alegado, de impartir una orden de inmediato cumplimiento orientada a la defensa actual y cierta del derecho que se aduce.

En la T-167/9723 se afirmó:

“Tal como lo ha reconocido esta Corporación en diferentes pronunciamientos, el objetivo fundamental de la acción de tutela es la protección efectiva e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, en aquellos casos en que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular en los términos que establece la Constitución y la ley. Obsérvese que la

eficacia de esta acción se manifiesta en la posibilidad que tiene el juez constitucional, si encuentra probada la vulneración o amenaza alegada, de impartir una orden encaminada a la defensa actual e inminente del derecho en disputa. Pero si la situación de hecho que generó la violación o la amenaza ya ha sido superada, el mandato que pueda proferir el juez en defensa de los derechos fundamentales conculcados, ningún efecto podría tener, el proceso carecería de objeto y la tutela resultaría improcedente; en otras palabras, la acción de amparo perdería su razón de ser.”

5.3 Hechos del caso concreto:

La demanda de tutela está dirigida contra la Empresa de Recursos Tecnológicos por violación de los derechos a la vida, a la salud, al mínimo vital y al trabajo. La inconformidad del demandante radica en que fue despedido de la empresa sin esperar a que le hubiere sido reconocida la pensión de jubilación y por ende, incluido en nómina, por parte del ISS. El demandante afirma que se encontraba en situación de prepensionado, protegido por el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, y por eso ha debido dársele por parte de la empresa demandada estabilidad laboral, así el cargo desempeñado fuera de libre nombramiento y remoción.

La Juez de Primera Instancia, mediante Auto de 24 de abril de 2009, resolvió acertadamente, vincular al ISS²⁴, y aunque no aparece en el expediente que hubiera dado respuesta a la acción de tutela interpuesta, sí cumplió la orden dada en la sentencia de tutela de 7 de mayo de 2009, en el sentido de resolver de fondo el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución que le había negado el reconocimiento de la pensión al señor Jairo Humberto Ospina Ospina. Se procedió a revocar ese acto administrativo y reconocérsela.

Como se observa en el expediente, al entrar a resolver la impugnación presentada por la Empresa de Recursos Tecnológicos, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante Auto de 4 de junio de 2009²⁵ ordenó librar oficio dirigido a la Presidencia de Pensiones del Seguro Social, para que informara si había resuelto el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución No. 023641 del 20 de junio de 2006.

En efecto, el ISS, contestó que en cumplimiento del fallo de 7 de mayo de 2009, proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo de Cali, expidió la Resolución No. 002898

de 29 de mayo de 2009 mediante la cual revocó la Resolución No. 023641 del 20 de junio de 2006, y concedió la pensión de vejez al asegurado Jairo Humberto Ospina Ospina. Se dejó en suspenso el pago e inclusión en nómina, hasta tanto el asegurado acredite el retiro definitivo como empleado público.

Con base en esta respuesta el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante sentencia de 16 de junio de 2009, consideró que al haberse acreditado el reconocimiento de la pensión de jubilación se estaba ante un hecho superado, por lo que procedió a revocar la sentencia de primera instancia, y declarar la carencia actual de objeto.

La Corte Constitucional no puede dejar de referirse a algunos aspectos que se presentaron en este caso:

Primero: No hay ninguna duda que lo inicialmente pretendido por el demandante, esto es el reintegro al cargo que desempeñaba en la Empresa de Recursos Tecnológicos al cargo de Subgerente Administrativo y Financiero, por vulneración de sus derechos fundamentales, y el pago de los dineros dejados de cancelar por concepto de salario y demás prestaciones legales y extralegales²⁶, ya no procede, por cuanto ya se le reconoció la pensión de jubilación por parte del ISS, y sólo está pendiente, según se afirma en la respectiva resolución, que él acredite el retiro efectivo de dicha empresa, para proceder a incluirlo en nómina²⁷.

Resulta claro que la actuación ante el ISS para que sea incluido en nómina de pensionados, sólo le corresponde al señor Ospina Ospina, porque es a él a quien corresponde la carga de acreditar su condición de retirado del servicio y de la aceptación de la pensión reconocida.

Segundo: Si como se observa de la lectura detenida del expediente, la discusión con el ISS era en relación con la aplicación de la Ley 33 de 1985 para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación con 55 años de edad y 20 años de servicios, y con aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ese sin ninguna duda era otro tema y no fue planteado en la acción de tutela que ahora estudia esta Corporación.

Tercero: Lo que sí resulta a todas luces censurable es la mora del ISS en resolver el

recurso de apelación interpuesto por el señor Jairo Humberto Ospina Ospina el 8 de septiembre de 2006²⁸ contra la resolución No. 023641 de 20 de junio de 2006, notificada personalmente el 1 de septiembre de 2006, por la cual se le negó el reconocimiento de la pensión de jubilación. Como ya se ha dicho: “Esta Corte considera inaceptable que sólo ante la instauración previa de la acción de tutela, proceda la administración a dar respuesta a los derechos de petición de los ciudadanos.”²⁹

5.4 Conclusión:

En este caso se presenta un hecho superado, por cuanto al señor Jairo Humberto Ospina Ospina, ya le fue reconocida la pensión de jubilación por parte del ISS. Así las cosas, no le asistía razón al juez de segunda instancia quien ante la constatación de que al accionante se le reconoció la pensión de jubilación por parte del ISS, debió confirmar la sentencia de primera instancia- que protegía los derechos fundamentales del accionante- absteniéndose de dar órdenes ante la evidencia del hecho superado. En consecuencia, lo procedente no era revocar la sentencia de primera instancia sino confirmarla ante la constatación del hecho superado con base en la orden dada. En consecuencia, esta Sala revocará la sentencia de segunda instancia y en su lugar confirmará la sentencia de primera instancia, pero por las razones expuestas en esta providencia, declarando la carencia actual de objeto por el hecho superado.

Finalmente, se anota que si bien es cierto, conforme a la jurisprudencia de esta Corte y al concepto de retén social³⁰ el demandante no ha debido ser desvinculado del servicio, sino hasta que obtuviera la pensión, tal irregularidad no puede ser reparada por esta Corte, ni dentro de esta acción de tutela, sino que corresponde al accionante llevar el problema jurídico al conocimiento de la autoridad competente, si estima que esa actuación de la empresa demandada, por el breve lapso en que estuvo fuera del servicio, puede dar lugar a la reclamación de indemnizaciones o compensaciones que reparen los posibles perjuicios que le hayan sido ocasionados.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

Primero.- En el proceso T- 2.357.609, CONFIRMAR la decisión proferida el 16 de junio de 2009 por la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior de Bucaramanga.

Segundo. En el proceso T-2.357.805, REVOCAR la decisión proferida el 16 de junio de 2009 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, y en su lugar CONFIRMAR la sentencia del Juzgado Séptimo Administrativo de Cali, de 7 de mayo de 2009. Declarar la carencia actual de objeto por configurarse un hecho superado en los términos explicados en esta sentencia en la tutela interpuesta por el señor Jairo Humberto Ospina Ospina.

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

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

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

2 Cfr folios 15 a 16 Cuaderno No. 1.

3 Cfr folios 17 a 18 Cuaderno No. 1.

4 Cfr. folio 13 Cuaderno No. 1.

5 Cfr. folios 14 a 17 Cuaderno No. 1.

6 Cfr. folio 18 Cuaderno No. 1.

7 Cfr. folio 19 Cuaderno No. 1.

8 Cfr. folios 20 a 22 Cuaderno No. 1.

9 Cfr. folios 23 a 26 Cuaderno No. 1.

10 Cfr. folios 53 a 60 Cuaderno No. 1.

11 Cfr. folios 3 a 6 Cuaderno No. 2.

12 Cfr. folios 10 a 11 Cuaderno No. 2.

13 Cfr. folios 101 a 107 Cuaderno No. 1.

14 Cfr. folios 127 a 133 Cuaderno No. 1.

15 Ver sentencia T-221/09.

16 T-776/05, T-245/05, T-607/05. T-562/05, T-1089/04, T-1066/04, T-692/04.

17 T-660/99.

18 Cfr. T- 400/09.

19 Cfr. folios 15 a 18 Cuaderno No. 1

20 Cfr. Sentencia T-896/07.

21 Cfr folios 24 a 27 Cuaderno No. 1

22 Cfr. T- 614/04. Ver también, entre muchas otras, T- 597/08, SU - 540/07, T-045/08 y T-1269/08.

23 En el mismo sentido ver T- 608/02.

24 Cfr. folios 29 a 30 Cuaderno No. 1.

25 Cfr. folios 124 a 125 Cuaderno No. 1.

26 Cfr. folio 3 Cuaderno No. 1.

27 Cfr. folio 128 Cuaderno No. 1.

28 Cfr folios 20 a 26 Cuaderno No. 1.

29 Cfr. T-758/05.

30 Cfr. T- 889/08.