

Expediente T-2035982

Sentencia T-090/09

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Constitucional fundamental y protección por tutela

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para reconocimiento de pensión de vejez

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL-Finalidad y elementos

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL FRENTE AL RECONOCIMIENTO DE PENSIONES-Reiteración de jurisprudencia

PENSION DE VEJEZ-Posibilidad de acumular tiempo de servicio a entidades estatales y cotizaciones al ISS para reunir el número de semanas necesarias para tener derecho a ella

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA-Condiciones económicas del actor con 62 años, afectan su mínimo vital y el de su familia compuesta por su esposa y tres menores de edad

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE VEJEZ-Interpretación más favorable para el actor es la que conserva los beneficios del régimen de transición que le permite pensionarse con 1000 semanas de conformidad con el acuerdo 49 de 1990 y no con la ley 100 de 1993/DEBIDO PROCESO Y DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Vulneración por cuanto el ISS omitió aplicar la interpretación laboral más favorable al actor para obtener su pensión de vejez

Para el 2006, año en el cual el actor cumplió la edad requerida para pensionarse (60 años), el acuerdo 49 de 1990 le pide sólo 1000 semanas de cotización mientras que la ley 100 de 1993 le exige 1075. En este orden de ideas es claro que la interpretación más favorable para el actor es la segunda, pues con ella conserva los beneficios del régimen de transición, que le permite pensionarse con 1000 semanas de cotización de conformidad con el artículo 12 de acuerdo 49 de 1990, y tiene derecho a que se le efectúe la acumulación que solicita con el fin de cumplir con el número de semanas cotizadas. El ISS debió, en virtud del principio constitucional de favorabilidad laboral, aplicar la interpretación más favorable al señor y no aquella que resultaba desfavorable a sus intereses, razón por la cual vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social.

Referencia: expediente T-2035982

Acción de tutela instaurada por José Alfonso Poveda contra el Instituto de Seguros Sociales

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C., diecisiete (17) de febrero de dos mil nueve (2009).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Jaime Araujo Rentería, Clara Inés Vargas Hernández y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Honda en la acción de tutela instaurada por José Alfonso Poveda contra el Instituto de Seguros Sociales.

I. ANTECEDENTES

El pasado siete (7) de mayo de dos mil ocho (2008), el ciudadano José Alfonso Poveda interpuso acción de tutela ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Honda, solicitando el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social, los cuales, en su opinión, han sido vulnerados por el Instituto de Seguros Sociales.

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

Hechos

1.- José Alfonso Poveda, de 62 años, solicitó el reconocimiento y pago de su pensión de vejez al Instituto de Seguros Sociales (ISS) el 6 de septiembre de 2006 (folio 7, cuaderno 2).

2.- El ISS, mediante resolución 002797 del 28 de marzo de 2007, negó el reconocimiento de la pensión de vejez solicitada con el argumento de que el peticionario, beneficiario del régimen de transición de la ley 100 de 1993, no cumplía con el número de semanas de cotización requerido pues sólo contaba con 858 semanas cotizadas, de las cuales 301 correspondían a los últimos 20 años, siendo necesarias 500 semanas cotizadas en tal período o 1000 en cualquier tiempo según el acuerdo 049 de 1990 (folio 7, cuaderno 2).

3.- Contra la anterior decisión el peticionario interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación ya que consideraba que el número de semanas cotizadas era mayor al reconocido en la resolución 002797 del 28 de marzo de 2007 pues no habían sido tenidos en cuenta “los años del servicio militar” (folio 8 y 10, cuaderno 2).

4.- El ISS, a través de la resolución 9987 del 10 de octubre de 2007, resolvió el recurso de reposición interpuesto por el actor en el sentido de confirmar la decisión de negar la pensión de vejez, sin embargo, introduce dos cambios sustanciales en las consideraciones de la decisión.

En primer lugar, reconoce que, en efecto, el número de semanas cotizadas por el señor Poveda es mayor pues “sumado el tiempo laborado a entidades del Estado y el cotizado al Régimen General de Pensiones administrado por el ISS el recurrente acredita en total 6932 días que equivalen a 990 semanas” (folio 8, cuaderno 2).

En segundo lugar, indica que el régimen aplicable al caso concreto no es el del acuerdo 49 de 1990 en virtud del régimen de transición, sino “el establecido en el artículo 9 de la ley 797 de 2003, que modificó en su integridad el artículo 33 de la ley 100 de 1993 y que permite la acumulación de tiempos (sic) de servicio como servidor público y el tiempo cotizado al ISS”, el cual exige, a partir del 1 de enero de 2006, 1075 semanas cotizadas, razón por la cual el peticionario no cumple con este requisito pues tan solo cuenta con 990 semanas cotizadas (folio 9, cuaderno 2).

5.- El ISS, a través de la resolución 000133 del 19 de febrero de 2008, resolvió el recurso de

apelación contra la decisión anterior y confirmó la decisión de negar la pensión de vejez, pero, de nuevo, reconoce que el número de semanas cotizadas por el señor Poveda es mayor al determinado en la resolución 9987 del 10 de octubre de 2007. En efecto, señala que “sumando el tiempo laborado a entidades del Estado y el cotizado al ISS, el recurrente acredita un total de 7050 días que equivalen a 1007 semanas”, motivo por el cual no cumple con el requisito de semanas de cotización pues el régimen aplicable es el del artículo 9 de la ley 797 de 2003 que exige, a partir del 1 de enero de 2006 1075 semanas cotizadas (folio 11, cuaderno 2).

6.- Afirma el actor que el ISS comete un error al aplicarle el régimen contenido en el artículo 9 de la ley 797 de 2003 pues es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993 y por tal motivo tiene derecho a pensionarse con los requisitos del artículo 12 de acuerdo 49 de 1990, los cuales cumple a cabalidad según el número de semanas de cotización que posee de acuerdo con la resolución 000133 del 19 de febrero de 2008 expedida por el ISS (folio 15, cuaderno 2).

7.- Aduce el peticionario que, debido a que está desempleado y a la ausencia de su pensión, no cuenta con el dinero para contratar los servicios de un abogado con el fin de presentar una demanda ordinaria laboral ni para su manutención y la de su familia, compuesta por su esposa y sus cuatro hijos, tres de ellos menores de edad, razón por la cual ha contraído una deuda de \$903.000 para sufragar los gastos de alimentación y sostenimiento de su hogar. Adicionalmente indica que su situación económica no le permite esperar a que sea resuelta una demanda ordinaria laboral (folio 16, cuaderno 2).

Solicitud de Tutela

8.- Con fundamento en los hechos narrados, el ciudadano José Alfonso Poveda solicitó la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social que considera han sido vulnerados al negarse la entidad demandada a reconocerle la pensión de vejez. En consecuencia pide ordenar al ISS dejar sin efecto las resoluciones que le negaron su pensión para en su lugar reconocer la misma como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable mientras se surte el proceso ordinario laboral correspondiente (folio 16, cuaderno 2).

Respuesta de la entidad demandada

9.- El ISS se pronunció de forma tardía sobre la acción de tutela impetrada por el señor Poveda y señaló que la vía gubernativa se encontraba agotada debido a la resolución de fondo de los recursos interpuestos por el actor, razón por la cual solicitó “dar por superados los hechos motivantes de la acción de tutela” (folio 27, folio 2).

Decisiones judiciales objeto de revisión

Sentencia de primera instancia

10.- El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Honda resolvió negar el amparo solicitado pues consideró que la acción de tutela impetrada era improcedente por existir otro mecanismo de defensa judicial consistente en un proceso ordinario laboral (folio 24, cuaderno 2).

Impugnación

11.- El actor impugnó el fallo de primera instancia con el argumento de que, aunque existía otra

vía judicial, la tutela debía ser concedida como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable en virtud de su precaria situación económica (folio 30, cuaderno 2).

Sentencia de segunda instancia

12. La Sala Civil y de Familia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Ibagué confirmó la decisión de primera instancia pues consideró que "los argumentos esgrimidos por el ISS para denegar la pensión reclamada por el actor no lucen manifiestamente arbitrarios" requisito que, según la jurisprudencia constitucional, es necesario para conceder por vía de tutela una pensión (folio 13, cuaderno 2).

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1.- Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

Problema jurídico

2.- En atención a lo expuesto, esta Sala de Revisión debe determinar si el Instituto de Seguros Sociales vulneró los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social al negarse a reconocer su pensión de vejez.

3.- A fin de resolver el asunto, la Sala se pronunciará sobre los siguientes tópicos: (i) la seguridad social como derecho constitucional fundamental y su protección por medio de la acción de tutela, (ii) la procedencia de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento de la pensión de vejez, (iii) el principio de favorabilidad en la interpretación la ley laboral frente al reconocimiento de pensiones y la configuración de una vía de hecho administrativa por su falta de aplicación, (iv) el principio de favorabilidad en la interpretación la ley laboral frente al reconocimiento de pensiones y la violación de los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social por su falta de aplicación y (v) el caso concreto.

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

4.- La seguridad social se erige en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho constitucional a cuyo cumplimiento se compromete el Estado, según se sigue de la lectura del artículo 48 superior, el cual prescribe lo siguiente: "Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social"[1].

La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho a la seguridad social se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional pues son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social[2]. El artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona afirma que:

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

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

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

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

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

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

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

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

7.- Otra corriente doctrinal ha mostrado, entretanto, que los derechos civiles y políticos así como los derechos sociales, económicos y culturales son derechos fundamentales que implican obligaciones de carácter negativo como de índole positiva[6]. El Estado ha de abstenerse de realizar acciones orientadas a desconocer estos derechos (deberes negativos del Estado) y con el

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

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

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

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

Existen facetas prestacionales de los derechos fundamentales – sean éstos civiles, políticos, económicos, sociales o culturales -, como el derecho a la pensión de vejez, cuya implementación política, legislativa, económica y técnica es más exigente que la de otras y depende de fuertes erogaciones económicas en un contexto de escasez de recursos. Esto supone que algunas veces sea necesario adoptar políticas legislativas y/o reglamentarias para determinar específicamente las prestaciones exigibles y las condiciones para acceder a las mismas, las instituciones obligadas a brindarlas y su forma de financiación, teniendo en cuenta que se debe atender, de modo prioritario, a quienes más lo necesitan. Sobra decir que, en esta tarea, el legislador y la administración deben respetar los mandatos constitucionales y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad, para lo cual deben tener en cuenta las interpretaciones que los órganos autorizados han hecho sobre el alcance de los derechos que reconocen estas normas[8].

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

En este sentido, la Corte ha señalado que sólo una vez adoptadas las medidas de orden legislativo y reglamentario, si se cumplen los requisitos previstos en estos escenarios, las

personas pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de estos derechos fundamentales cuando quiera que este se encuentre amenazado de vulneración o haya sido conculcado[9], previo análisis de los requisitos de procedibilidad de este mecanismo constitucional.

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

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

La procedencia de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento de la pensión de vejez

10.- De conformidad con la jurisprudencia reiterada de esta Corporación[11], la acción de tutela no procede, en principio, para ordenar el reconocimiento de prestaciones derivadas del derecho a la seguridad social, como la pensión de vejez.

La razón para ello es el carácter subsidiario que posee el mecanismo judicial previsto en el artículo 86 de la Constitución[12], pues el legislador ha establecido un escenario judicial concreto para los eventuales conflictos que surjan a propósito de la exigencia de este derecho, cual es la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social según el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

11.- Sin embargo, la jurisprudencia constante de esta Corporación[14], con base en el artículo 86 de la Constitución, también ha indicado dos excepciones a la regla general de la improcedencia.

En primer lugar, la acción de tutela procederá como mecanismo principal en el evento en que el medio judicial previsto para este tipo de controversias no resulte idóneo y eficaz en el caso concreto. Con el fin de determinar esta situación, la Corte, en oportunidades anteriores, ha valorado varios factores.

Uno de los criterios determinantes ha sido el de la avanzada edad del peticionario(a), sobretodo si sobrepasa el índice de promedio de vida en Colombia (71 años), pues el mecanismo ordinario resulta ineficaz si es probable que la persona no exista para el momento en el que se adopte un fallo definitivo tomando en cuenta el tiempo considerable que demora un proceso de esta índole y la edad del actor(a)[15].

Ahora bien, la Corte también ha tomado en cuenta otros factores que no tienen que ver con las condiciones personales del peticionario(a), como es la posibilidad de que para el momento del fallo definitivo el conflicto sobre el cumplimiento de los requisitos para la pensión de vejez haya perdido su razón de ser. Para ilustrar este punto resulta clarificador traer a colación la sentencia T-052-08 en la que se precisó: “En el caso del señor, es claro que cuenta con las acciones ordinarias para solicitar al juez de esa jurisdicción, que de solución al conflicto suscitado con el

Instituto de Seguros Sociales, y defina que régimen pensional es aplicable a su situación...sin embargo es conocida la prolongada duración de este tipo de procesos y teniendo en cuenta que la pretensión del actor es pensionarse con la edad de 55 años...cuando se produzca una decisión judicial que defina el conflicto y que eventualmente acceda a su solicitud, carecería ya de eficacia en el caso concreto porque de cualquier forma el accionante ya habría cumplido la edad, 60 años, que en los dos regímenes le permitiría acceder al derecho reclamado”.

Se debe reparar en que la idoneidad y eficacia del mecanismo ordinario para reclamar el reconocimiento de la pensión se comprueba a través del análisis por parte de la autoridad judicial de los hechos del caso concreto.

12.- En segundo lugar, procederá como mecanismo transitorio, a pesar de la existencia de un medio judicial ordinario idóneo y eficaz, cuando es necesaria para evitar un perjuicio irremediable.

La jurisprudencia constitucional, con el fin de comprobar la presencia de un perjuicio irremediable en el caso concreto, que en la mayoría de los casos consiste en la afectación del mínimo vital del peticionario(a) y de su familia, ha utilizado criterios como (i) la edad del actor(a) para ser considerado(a) sujeto de especial protección por ser una persona de la tercera edad, (ii) el estado de salud del (la) solicitante y su familia, y (iii) las condiciones económicas del peticionario(a)[16]. Adicionalmente, la Corte ha exigido que se haya desplegado cierta actividad procesal administrativa mínima por parte del interesado(a).

Es necesario aclarar que la existencia del perjuicio irremediable se verifica mediante el análisis de los hechos del caso concreto, pues éste puede provenir de situaciones diferentes a las contempladas en los criterios antes reseñados, de donde se sigue que éstos son una guía y no una camisa de fuerza para la autoridad judicial.

Si se alega como perjuicio irremediable la afectación del mínimo vital, la Corte ha indicado que si bien es posible presumir su afectación, en general quien alega una vulneración de este derecho como consecuencia de la falta de reconocimiento de su pensión, debe acompañar su afirmación de alguna prueba, al menos sumaria. Esta Corporación ha reconocido que la informalidad de la acción de tutela no exonera al actor de probar, aunque sea de manera sumaria, los hechos en los que basa sus pretensiones[18].

En relación con la existencia del otro medio de defensa judicial ha señalado la jurisprudencia de la Corte que no existe la obligación de iniciar el proceso ordinario antes de acudir a la acción de tutela, basta que dicha posibilidad esté abierta al interponer la demanda. Sin embargo, si el demandante ha dejado vencer la oportunidad para iniciar el trámite del proceso ordinario, por prescripción o caducidad de la acción, la tutela no procede como mecanismo transitorio[19].

Ante la presencia de alguno de los dos supuestos explicados la acción de tutela es procedente y la autoridad judicial debe estudiar entonces si se existe una violación o amenaza al derecho fundamental a la seguridad social.

El principio de favorabilidad en la interpretación la ley laboral frente al reconocimiento de pensiones y la violación de los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social por su falta de aplicación

13.- De acuerdo con los artículos 53 de la Constitución Política y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, el principio de favorabilidad en materia laboral consiste en el imperativo que tiene el

operador jurídico de optar por la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho.

Según ha señalado la Corte, un problema de interpretación existe cuando no hay duda sobre cuál sea la norma aplicable, pero la norma en cuestión admite más de una lectura y se duda cual de estas se debe aplicar al caso concreto[20]. Cuando la discusión involucra los derechos de los(las) trabajadores(as), por mandato constitucional, se debe seleccionar entre dos o más entendimientos posibles de una norma aquel que favorece al trabajador(a) y no el que lo(la) desfavorece o perjudica.

14.- Según la jurisprudencia constitucional, el principio de favorabilidad tiene dos elementos: i) la noción de duda ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones y ii) la noción de interpretaciones concurrentes[22].

Sobre el primer elemento, la Corte ha indicado que “la duda debe revestir un carácter de seriedad y objetividad” y que éstas características “dependen a su vez de la razonabilidad de las interpretaciones” y de su “fundamentación y solidez jurídica”[23].

Respecto del segundo elemento, la Corte ha advertido que las interpretaciones que generan duda deben, además, “ser efectivamente concurrentes al caso bajo estudio, esto es, deben ser aplicables a los supuestos de hecho de las disposiciones normativas en juego y a las situaciones fácticas concretas”[24].

15.- La jurisprudencia constitucional ha reiterado, en numerosas ocasiones[25], que la aplicación del principio constitucional de favorabilidad en la interpretación de las normas relativas a los requisitos para adquirir la pensión es obligatoria para las entidades del sistema de seguridad social, sean públicas o privadas, y para las autoridades judiciales, de forma tal que su omisión configura una vía de hecho que viola los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social.

La posibilidad de acumular tiempo de servicio a entidades estatales y cotizaciones al ISS para reunir el número de semanas necesarias con el fin de obtener la pensión de vejez

16.- Con el fin de resolver el problema jurídico que plantea este caso, es necesario comprender a cabalidad las normas que regulan la posibilidad de acumular tiempo de servicio a diferentes empleadores, públicos y privados, y cotizaciones hechas a cajas de previsión públicas o privadas o al Instituto de Seguro Social, para reunir el número de semanas necesarias con el fin de obtener la pensión de vejez, tanto antes como después de la ley 100 de 1993, situación que fue descrita en la sentencia C-177 de 1998.

En tal oportunidad la Corte señaló:

“(…) antes de la Constitución de 1991 y de la Ley 100 de 1993, Colombia no contaba realmente con un sistema integral de pensiones, sino que coexistían múltiples regímenes, administrados por distintas entidades de seguridad social. Así, en el sector oficial, el reconocimiento y pago de las pensiones de los servidores públicos correspondía en general a la Caja Nacional de Previsión (CAJANAL) y a las cajas de las entidades territoriales, aun cuando también existían otras entidades oficiales encargadas de ese manejo para determinados sectores de empleados, como los miembros de la Fuerza Pública. Por su parte, inicialmente, el reconocimiento y pago de las pensiones de los trabajadores privados era responsabilidad directa de ciertos empresarios, ya que la jubilación, conforme a la legislación laboral, en especial al artículo 260 del Código del

Trabajo y a las leyes 6 de 1945 y 65 de 1946, era una prestación especial únicamente para ciertos patronos, a saber para las empresas con capital mayor a ochocientos mil pesos. Igualmente, en algunos casos, y para determinados sectores económicos, la normatividad laboral admitió que se constituyeran cajas de previsión privadas, como CAXDAC. Finalmente, sólo a partir de 1967, el ISS empezó a asumir el reconocimiento y pago de pensiones de trabajadores privados.

Esas distintas entidades de seguridad social no sólo coexistían sino que prácticamente no había relaciones entre ellas. Así, en el sector privado, el ISS no tenía responsabilidades directas en relación con los trabajadores de aquellas empresas que reconocían directamente pensiones, ni con los empleados afiliados a las cajas previsionales privadas (...) en términos generales, había una suerte de paralelismo entre los distintos regímenes de seguridad social que, como esta Corte lo ha reconocido, era una de las principales causas de la ineficiencia en el sector y de la vulneración de los derechos de los trabajadores.

En tal contexto, una de las finalidades esenciales de la Ley 100 de 1993, en desarrollo de los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad que rigen la seguridad social (CP art. 48), fue superar esa desarticulación entre los distintos regímenes pensionales, que no sólo hacía más difícil el manejo general de esta prestación sino que se traducía en inequidades manifiestas para los trabajadores. Así, durante mucho tiempo fue imposible acumular semanas o tiempos de trabajo laborados frente a distintos patronos, con lo cual las posibilidades de muchos empleados de acceder a la pensión eran mínimas.

(...)

La Ley 100 de 1993 creó entonces un sistema integral y general de pensiones, que no sólo permite la acumulación de tiempos y semanas trabajadas, sino que genera relaciones recíprocas entre las distintas entidades administradoras de pensiones, todo con el fin no sólo de aumentar la eficiencia del manejo de seguridad social sino también de ampliar su cobertura hasta llegar a una verdadera universalidad. Por ello, de conformidad con el artículo 10 de esa ley, ese régimen se aplica a todos los habitantes, con las solas excepciones previstas por esa misma ley. Además se prevé que, a partir de la vigencia ley, y según lo establece el artículo 13, para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos. Y finalmente, como se vio, para corregir injusticias del pasado, se amplían las posibilidades de acumular semanas y períodos laborados antes de la vigencia de la ley" (subrayado fuera de texto).

17.- En cuanto a la situación concreta de las personas que habían sido servidores públicos, pero que también habían trabajado con empleadores privados, como es el caso del peticionario, esta Corporación destacó, en la sentencia C-012 de 1994, que sólo con la entrada en vigencia de la ley 71 de 1988 éstos pudieron acumular aportes a instituciones de previsión social oficiales hechos en razón del tiempo servido al Estado con las cotizaciones al Instituto de los Seguros Sociales en virtud del tiempo trabajado con particulares:

“Es evidente, que a través del inciso 1° del artículo 7° de la ley 71 de 1988 se consagró para "los empleados oficiales y trabajadores" el derecho a la pensión de jubilación con 60 años o más de edad, si es varón, y 55 años o más de edad, si es mujer, cuando se acrediten aportes durante 20 años, a diferentes entidades de previsión social y al ISS. Pero con anterioridad, los regímenes jurídicos sobre pensiones no permitían obtener el derecho a la pensión de jubilación en las condiciones descritas en la norma; es decir, no era posible acumular el tiempo servido en entidades oficiales, afiliadas a instituciones de previsión social oficiales y a las cuales se habían

hecho aportes, con el tiempo servido a patronos particulares, afiliados al Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, y al cual, igualmente se había aportado (...)”.

Sin embargo, seguía siendo imposible para estas personas acumular el tiempo trabajado con el Estado, en virtud del cual no se había hecho cotización alguna, y los aportes entregados al ISS realizados con base en el tiempo laborado con un empleador privado.

18.- Tal acumulación sólo fue posible con la ley 100 de 1993 que, como se expresó con anterioridad, buscó remediar las situaciones inequitativas que se presentaban por la limitación en las posibilidades de acumular tiempo de servicio a diferentes empleadores, públicos y privados, y cotizaciones hechas a cajas de previsión públicas o privadas o al Instituto de Seguro Social pues ello evidentemente dificultaba de forma grave la adquisición de los requisitos de la pensión de vejez.

En efecto, el parágrafo 1 del artículo 33 de la ley 100 de 1993 prescribe que “Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta: (...) a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones; b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados; (...) En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional”.

Caso concreto

19.- En el presente asunto, el señor José Alfonso Poveda considera vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social por el Instituto de Seguro Sociales, entidad que se negó a reconocerle la pensión de vejez.

La primera verificación que se debe realizar en este caso es aquélla que consiste en determinar si los derechos fundamentales presuntamente vulnerados son susceptibles de protección por medio de la acción de tutela, ya que, como se señaló anteriormente, algunas facetas prestacionales de ciertos derechos fundamentales requieren para ello de desarrollo legal y/o reglamentario, salvo que se concrete el supuesto de hecho de la excepción ya explicada[26].

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

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

De conformidad con la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, como ya se señaló, la acción de tutela no procede, en principio, para ordenar el reconocimiento de la pensión de vejez

pues el legislador ha establecido para ello un escenario judicial concreto: la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social. De modo tal que es necesario analizar si, en este caso, se presenta alguna de las dos excepciones que la jurisprudencia constitucional ha indicado para el reconocimiento de pensiones de vejez por medio de acción de tutela.

Esta Sala considera que, en esta oportunidad, el mecanismo ordinario resultaría idóneo y eficaz, según los factores valorados por esta Corte, pues (i) el actor no tiene una edad que permita pensar que probablemente no existirá para el momento en el que se adopte un fallo definitivo (62 años)[27] ni (ii) es posible que el conflicto sobre el cumplimiento de los requisitos para la pensión de vejez vaya a perder su razón de ser para el momento del fallo definitivo. Tampoco se revelan otras situaciones, diferentes a las analizadas, que hagan que el mecanismo pierda su idoneidad y eficacia.

Sin embargo, ello no determina la improcedencia de la tutela en el caso concreto, pues la Sala considera que, debido a las circunstancias de hecho que éste presenta, es necesaria la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable consistente en la afectación del mínimo vital del actor y su familia, a la cual pertenecen 3 menores de edad, debido a su precaria situación económica. Como se señaló arriba, las condiciones económicas de la persona que solicita el amparo ha sido uno de los factores que la jurisprudencia de esta Corporación ha usado para comprobar la presencia de un perjuicio irremediable.

En efecto, el peticionario se encuentra desempleado[28], razón por la cual no cuenta con dinero ni para su manutención ni para la de su familia, compuesta por su esposa y sus cuatro hijos, tres de ellos menores de edad[29]. Prueba de ello es que ha contraído una deuda de \$903.000 para sufragar los gastos de alimentación y sostenimiento de su hogar[30]. Esta situación se agrava si se toma en cuenta que el actor, aunque no es una persona de la tercera edad, cuenta con 62 años de edad[31], lo que le dificulta acceder de nuevo al mercado laboral mientras espera el fallo definitivo del mecanismo ordinario. El peticionario acredita sumariamente su precaria situación económica, como lo exige la jurisprudencia constitucional, con una declaración extrajudicial ante notario de una persona que la conoce de cerca, a la cual el demandado no se opuso en ningún momento.

Adicionalmente, se tiene que el actor desplegó toda la actividad administrativa posible frente al acto administrativo que le negó el reconocimiento de su pensión, pues interpuso los recursos de reposición[32] y apelación.

Por último, aunque el señor Poveda no ha instaurado la acción ordinaria ante la jurisdicción laboral, dicha posibilidad se encuentra abierta todavía pues, como lo ha señalado esta Corte en varias oportunidades[34], el derecho al reconocimiento de la pensión de vejez es imprescriptible, haciendo la salvedad de que las mesadas pensionales dejadas de cobrar se someten a la regla general de prescripción de las leyes sociales de 3 años (artículo 151 del Decreto-Ley 2158 de 1948). Esta circunstancia hace posible conceder la tutela como mecanismo transitorio, según la jurisprudencia antes reseñada.

Determinada la procedencia de la tutela en el caso concreto, se dispone la Sala a verificar si los derechos fundamentales del peticionario al debido proceso y a la seguridad social han sido vulnerados por el ISS.

21.- La Sala advierte que la presunta vulneración de los derechos fundamentales del peticionario surge de la existencia de dos interpretaciones acerca de la posibilidad de acumular tiempo

laborado en entidades estatales, en virtud del cual no se efectuó cotización alguna, y aportes al ISS derivados de una relación laboral con un empleador particular, con el fin de obtener el número de semanas necesarias para el reconocimiento de la pensión de vejez, cuando se es beneficiario del régimen de transición.

Una de las interpretaciones señala que el acuerdo 49 de 1990, norma que el actor pretende le sea aplicada en virtud del régimen de transición, nada dice acerca de la acumulación antes explicada, razón por la cual, si el peticionario desea que se le haga esta sumatoria, debe acogerse a los artículos de la ley 100 de 1993 que regulan los requisitos de la pensión de vejez, disposición que sí permite expresamente la acumulación que solicita (artículo 33, parágrafo 1[35]). Tal conclusión es apoyada por el tenor literal del parágrafo 1 del artículo 33, que prescribe que las acumulaciones que prevé son sólo para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el artículo 33[36], lo que excluiría estas sumatorias para cualquier otra norma, en este caso, para el acuerdo 49 de 1990.

Como consecuencia de esta interpretación, el actor “perdería” los beneficios del régimen de transición pues debe regirse de forma integral por la ley 100 de 1993 para adquirir su pensión de vejez.

La otra interpretación posible se basa en el tenor literal del artículo 36 de la ley 100 de 1993 que regula el régimen de transición del cual es beneficiario el actor. Esta disposición señala que las personas que cumplan con las condiciones descritas en la norma[37] podrán adquirir la pensión de vejez con los requisitos de (i) edad, (ii) tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y (iii) monto de la pensión de vejez establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados, y que las demás condiciones y requisitos de pensión serán los consagrados en el sistema general de pensiones, es decir, en la ley 100 de 1993. En este orden de ideas, por expresa disposición legal, el régimen de transición se circunscribe a tres ítems, dentro de los cuales no se encuentran las reglas para el cómputo de las semanas cotizadas, por lo tanto, deben ser aplicadas las del sistema general de pensiones, que se encuentran en el parágrafo 1 del artículo 33, norma que permite expresamente la acumulación solicitada por el actor.

Esta interpretación es apoyada por una interpretación finalista e histórica pues, como arriba se señaló[38], la ley 100 de 1993 buscó crear un sistema integral de seguridad social que permitiera acumular semanas o tiempos de trabajo laborados frente a distintos patronos, públicos o privados, para que los(as) trabajadores(as) tuvieran posibilidades reales de cumplir con el número de semanas necesarias para acceder a la pensión de vejez, lo que antes se dificultaba de forma injusta por las limitaciones a la acumulación pues aunque las personas trabajaban durante un tiempo para una empresa privada o entidad pública si cambiaban de empleador éste tiempo no les servía para obtener su pensión de vejez.

Adicionalmente, esta interpretación encuentra fundamento en la filosofía que inspira el derecho a la pensión de vejez que estriba en que “el trabajo continuado durante largos años sea la base para disfrutar el descanso en condiciones dignas, cuando la disminución de la capacidad laboral es evidente”[39].

Como consecuencia de la segunda interpretación, el actor podría conservar los beneficios del régimen de transición y tendría derecho a que se le efectúe la acumulación que solicita con el fin de cumplir con el número de semanas cotizadas.

Se puede deducir de lo anteriormente expuesto, que en el presente caso existe una duda sobre

cual de las dos interpretaciones anotadas debe ser aplicada al señor Poveda. Procede entonces la Sala a verificar si en esta oportunidad resulta procedente aplicar el principio de favorabilidad laboral, según la jurisprudencia constitucional antes expuesta.

22.- En cuanto al primer elemento del principio de favorabilidad laboral, consistente en la duda ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, la Sala considera que ésta reviste en este caso, un carácter de seriedad y objetividad pues ambas opciones hermenéuticas son deducciones razonables de las normas aplicables hechas en virtud de criterios de interpretación jurídica ampliamente reconocidos por la doctrina y la jurisprudencia.

Respecto del segundo elemento del principio de favorabilidad laboral, la Sala estima que es claro que ambas interpretaciones son concurrentes, es decir, son aplicables al supuesto de hecho del caso bajo estudio ya que regulan la posibilidad de acumular tiempo laborado en entidades estatales, en virtud del cual no se efectuó cotización alguna, y aportes al ISS derivados de una relación laboral con un empleador particular, con el fin de obtener el número de semanas necesarias para el reconocimiento de la pensión de vejez, cuando se es beneficiario del régimen de transición.

Verificada la existencia de los elementos del principio de favorabilidad, resta por determinar cual de las dos opciones hermenéuticas es la más beneficiosa para el señor Poveda, pues ésta es la que deberá ser escogida para darle solución al problema jurídico que este caso plantea.

23.- La primera interpretación descrita perjudica al peticionario pues conlleva la pérdida de los beneficios del régimen de transición. En efecto, el acuerdo 49 de 1990 le permite pensionarse con 1000 semanas de cotización en cualquier tiempo[40], mientras que la ley 100 de 1993, tal como fue modificada por la ley 797 de 2003, le exige un número de semanas de cotización mayor para reconocerle el derecho a la pensión de vejez, número que, además, se incrementa cada año. Dice el artículo 33 de la ley 100 de 1993 que se necesitarán 1000 semanas de cotización en cualquier tiempo para acceder a la pensión de vejez, pero que a partir del 1 de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1 de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1300 semanas en el año 2015. En conclusión, para el 2006, año en el cual el actor cumplió la edad requerida para pensionarse (60 años), el acuerdo 49 de 1990 le pide sólo 1000 semanas de cotización mientras que la ley 100 de 1993 le exige 1075.

En este orden de ideas es claro que la interpretación más favorable para el señor Poveda es la segunda, pues con ella conserva los beneficios del régimen de transición, que le permite pensionarse con 1000 semanas de cotización de conformidad con el artículo 12 de acuerdo 49 de 1990, y tiene derecho a que se le efectúe la acumulación que solicita con el fin de cumplir con el número de semanas cotizadas.

24.- El ISS debió, en virtud del principio constitucional de favorabilidad laboral, aplicar la interpretación más favorable al señor Poveda y no aquella que resultaba desfavorable a sus intereses, razón por la cual vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social.

Si se aplica la interpretación más favorable, se tiene que el señor Poveda cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez descritos en el artículo 12 del acuerdo 49 de 1990: (i) 60 años para los hombres y (ii) 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo, ya que (i) cuenta con 62 años de edad y (ii) según la resolución 000133 del 19 de febrero de 2008, emanada del

ISS, “sumando el tiempo laborado a entidades del Estado y el cotizado al ISS, el recurrente acredita un total de 7050 días que equivalen a 1007 semanas”[41].

25.- El presente fallo constituye una reiteración de jurisprudencia pues la solución mencionada ya fue usada por esta Corte, en un caso reciente muy similar. En la sentencia T-174 de 2008, el actor, beneficiario del régimen de transición, pretendía pensionarse de acuerdo con la ley 33 de 1985 que exige 20 años de servicio en el sector público, los cuales acreditaba con la suma de tiempo de servicio a entidades estatales no cotizado y aportes al ISS.

El ISS, como en este caso, sostuvo que la única norma que permite este tipo de acumulación es el artículo 33 de la ley 100 de 1993, por lo cual el peticionario, si deseaba que se le hiciera esta sumatoria, debía acogerse integralmente a la ley 100 de 1993, perdiendo los beneficios del régimen de transición.

La Sala Quinta de Revisión determinó que el ISS había omitido la aplicación del principio de favorabilidad en la interpretación de las normas laborales y había violado los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social.

26.- Por último es necesario resaltar que la solución adoptada en este caso no afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de seguridad social en pensiones, pues el parágrafo 1 del artículo 33 de la ley 100 de 1993 dispone que, en estos casos, el empleador debe trasladar con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente al tiempo trabajado por el empleado, el cual estará representado por un bono o título pensional.

De acuerdo con lo anterior, la Sala de Revisión revocará el fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior de Ibagué –Sala Civil y de Familia- en la acción de tutela instaurada por José Alfonso Poveda contra el Instituto de Seguros Sociales y concederá de manera transitoria el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social de José Alfonso Poveda.

En consecuencia, suspenderá los efectos de las resoluciones 002797 del 28 de marzo de 2007, 9987 del 10 de octubre de 2007 y 000133 del 19 de febrero de 2008, proferidas por el ISS, hasta que la justicia ordinaria decida sobre las pretensiones del accionante y ordenará al mismo que expida un nuevo acto administrativo aplicando el principio constitucional de favorabilidad en la interpretación de las normas laborales, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de este fallo.

III. DECISION

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR por las razones expuestas la sentencia proferida en el proceso de la referencia por el Tribunal Superior de Ibagué –Sala Civil y de Familia- y, en consecuencia, CONCEDER DE MANERA TRANSITORIA el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social de José Alfonso Poveda.

Segundo.- SUSPENDER LOS EFECTOS de las resoluciones 002797 del 28 de marzo de 2007, 9987 del 10 de octubre de 2007 y 000133 del 19 de febrero de 2008, proferidas por el ISS, hasta

que la justicia ordinaria decida sobre las pretensiones del accionante. En consecuencia, ORDENAR al representante legal del Instituto de Seguros Sociales que, en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a expedir un nuevo acto administrativo, con efectos desde la fecha de la resolución 002797 de 2007, en el que resuelva la solicitud de pensión de vejez realizada por el ciudadano José Alfonso Poveda dando aplicación al principio constitucional de favorabilidad en la interpretación de las normas laborales, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de este fallo.

Tercero. Advertir a las partes que los efectos de este fallo permanecerán vigentes durante todo el tiempo que la justicia ordinaria emplee para decidir de fondo las pretensiones del actor relativas al mismo asunto. PREVENIR en consecuencia al actor, sobre su obligación de actuar en el proceso de manera diligente, para disfrutar de la protección que se concede, en los términos del artículo 8° del Decreto 2591 de 1991.

Cuarto: Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

Con salvamento de voto

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA T-090 DE 2009 DEL MAGISTRADO JAIME ARAÚJO RENTERÍA

PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Reiteración de jurisprudencia respecto a la edad de 71 años como sujeto de especial protección y no a los 62 años como en el caso del accionante (Salvamento de voto)

JUEZ CONSTITUCIONAL-No tiene competencia para resolver un problema legal sobre interpretación de normas para el reconocimiento de la pensión de vejez (Salvamento de voto)

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA-Improcedencia porque no fue suficientemente probado el perjuicio económico que hiciera presumir que el actor se encontraba en una situación desesperada (Salvamento de voto)

Referencia: expediente T-2035982

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Con el debido respeto por las decisiones de esta Sala de Revisión, me permito presentar las razones que me llevan a disentir parcialmente del presente fallo, a partir de las siguientes consideraciones:

1. En primer término, el suscrito magistrado disiente de la tesis expuesta en la parte motiva y considerativa de esta sentencia, y que sirve de fundamento a la presente decisión, relativa a la consideración de una persona de sesenta y dos (62) años de edad, caso concreto del accionante, como sujeto de especial protección constitucional.

En este sentido, considero pertinente remitirse a la reiterada jurisprudencia de esta Corte, la cual ha establecido que una persona es considerada como de tercera edad en cuanto tenga **setenta (70) años o más**, y por consiguiente en dicho evento puede ser considerada como sujeto de especial protección constitucional. Así las cosas, **esta Corporación en sentencias como la T-463 de 2003, T-1226 de 2000, T-456 de 1994, ha fijado los lineamientos básicos para determinar cuándo se pertenece o no a la “tercera edad” y ha concluido que para tales efectos, las personas de la tercera edad, serán aquellas que tengan setenta (70) o más años. Para la fijación de esta edad, la Corte tuvo en cuenta el índice de promedio de vida en el país.**

2. En segundo lugar, el suscrito magistrado considera que el reconocimiento de la pensión se centra es un problema legal, ya que el ISS consideró que el demandante no cumplía con el número de semanas cotizadas para ser beneficiario del régimen de transición. En mi opinión el Juez Constitucional no tiene competencia para resolverlo, porque una es la interpretación de las normas que hace el ISS y otra la que hace el actor, por lo que en mi opinión la discusión es legal, y es al Juez ordinario al que le corresponde resolverla.

3. En tercer lugar, a mi modo de ver no fue suficientemente probado el perjuicio económico que dice sufrir el demandante, pues sólo manifestar en la demanda de tutela que ha contraído una deuda por Novecientos tres mil pesos (\$903.000.00) para sufragar los gastos del hogar, no hace posible afirmar que se encuentra en una situación desesperada y que amerite, como se hizo en la sentencia, conceder la tutela de manera transitoria.

De conformidad con lo anterior, salvo mi voto a la presente decisión.

Fecha ut supra,

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

[1] Sobre el alcance de la seguridad social como derecho protegido a la luz del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en su observación general número XX el Comité hizo las siguientes precisiones: "26. El artículo 9 del Pacto prevé de manera general que los Estados Partes "reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso el seguro social", sin precisar la índole ni el nivel de la protección que debe garantizarse. Sin embargo, en el término "seguro social" quedan incluidos de forma implícita todos los riesgos que ocasionen la pérdida de los medios de subsistencia por circunstancias ajenas a la voluntad de las personas. 27. De conformidad con el artículo 9 del Pacto y con las disposiciones de aplicación de los Convenios de la OIT sobre seguridad social -Convenio N° 102, relativo a la

norma mínima de la seguridad social (1952) y Convenio N° 128 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes (1967)- los Estados Partes deben tomar las medidas adecuadas para establecer, con carácter general, sistemas de seguros de vejez obligatorios, a percibir a partir de una edad determinada, prescrita por las legislaciones nacionales" (...) 30. Finalmente, para dar pleno cumplimiento al mandato del artículo 9 del Pacto, como ya se ha señalado en los párrafos 20 y 22, los Estados Partes deberán establecer, dentro de los recursos disponibles, prestaciones de vejez no contributivas u otras ayudas, para todas las personas mayores que, al cumplir la edad prescrita fijada en la legislación nacional, por no haber trabajado o no tener cubiertos los períodos mínimos de cotización exigidos, no tengan derecho a disfrutar de una pensión de vejez o de otra ayuda o prestación de la seguridad social y carezcan de cualquier otra fuente de ingresos".

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

[3] Sentencia T-284-07.

[4] Sentencia C-623 de 2004

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

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

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

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

[9] Sentencia T-016-07.

[10] Ibídem.

[11] Sentencias T-174-08, T-762-08, T-286-08, T-239-08, T-052-08, T-607-07, T-691A-07, T-652-07, T-307-07, T-376-07, T-284-07, T-529-07, T-149-07, T-935-06, T-229-06, entre otras.

[12] "Esta acción [la de tutela] sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable".

[13] ARTICULO 2o. COMPETENCIA GENERAL. <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de: (...) 4. Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan.

[14] Sentencias T-762-08, T-286-08, T-239-08, T-052-08, T-691A-07, T-376-07, T-284-07, T-529-07, T-149-07, T-229-06, entre otras.

[15] Sentencias T-239-08, T-284-07, T-149-07 y T-229-06.

[16] Sentencia T-762-08, T-376-07, T-607-07, T-652-07, T-529-07, T-935-06 y T-229-06, entre otras.

[17] Ibídem.

[18] En sentencia SU-995 de 1999 la Corte señaló que "(...) en esta clase de procesos preferentes y sumarios, el régimen probatorio está orientado por las facultades excepcionales que confiere el Decreto 2591 de 1991 al juez de amparo, especialmente en los artículos 18, 20, 21 y 22. Además, en la aplicación de las reglas de la sana crítica, debe partir el fallador del principio de la buena fe, constitucionalizado en el artículo 83 de la Carta de 1991." En el mismo sentido, ver las sentencias T-174-08, T-286-08, T-284-07, T-307-07 y T-1088 de 2000, entre otras.

[19] Sentencias T-286-08, T-284-07, T-871 de 1999, T-812 de 2000, entre otras.

[20] Sentencia T-248-08, T-154-08, T-529-07, T-158-06, T-871-05 y T-545-04, entre otras.

[21] Sentencia T-545-04.

[22] Sentencias T-248-08, T-545-04 y T-871 de 2005.

[23] Sentencia T-871-05.

[24] Sentencia T-248-08.

[25] Sentencia T-158-06, T-871-05 y T-545-04.

[26] Fundamento 9 de esta sentencia.

[27] Folio 1, cuaderno 2.

[28] Folio 13, cuaderno 2.

[29] Folios 3-6, cuaderno 2.

[30] Folio 13, cuaderno 2.

[31] Folio 1, cuaderno 2.

[32] Folio 8, cuaderno 2.

[33] Folio 10, cuaderno 2.

[34] Sentencias C-298 de 2002, C-152 de 2002 y C-624 de 2003, entre otras.

[35] "PARÁGRAFO 1o. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:

a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;

b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados;

c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.

e) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que antes de la Ley 100 de 1993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.

En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional.

Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el petitionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte" (subrayas fuera de texto).

[36] *Ibídem*.

[37] Personas que el 1 de abril de 1994 tuviesen 35 años o más de edad si son mujeres o cuarenta años de edad o más si son hombres ó 15 años o más de servicios cotizados.

[38] Fundamentos 16-18 de la presente sentencia.

[39] Sentencia T-284-07.

[40] Artículo 12 del acuerdo 49 de 1990.

[41] Folio 11, cuaderno 2

2



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

