

Sentencia T-209/15

Referencia: Expediente T-4.656.602

Acción de tutela interpuesta por Carlos Arturo Román Pedroza contra la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.

Procedencia: Juzgado Octavo Civil del Circuito de Oralidad de Cali.

Asunto: Pensión especial de vejez de padre cabeza de familia con hijo en situación de discapacidad en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Magistrada Ponente:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D. C., abril veinte (20) de dos mil quince (2015).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Jorge Iván Palacio Palacio y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y por la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En la revisión del proceso que tramitó la acción de tutela presentada por Carlos Arturo Román Pedroza contra la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A, fallado en primera instancia por el Juzgado Octavo Civil Municipal de Cali, el 27 de mayo de 2014; y en segunda instancia por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Oralidad de la misma ciudad, mediante sentencia del 10 de julio del mismo año.

El expediente llegó a la Corte Constitucional remitido por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Oralidad de Cali, de conformidad con los artículos 86 inciso 2° de la Constitución Política, y 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991.

La Sala Doce de Selección de tutelas de esta Corte, escogió para revisión el expediente de la referencia, el 18 de diciembre de 2014.

I. ANTECEDENTES

El señor Carlos Arturo Román Pedroza interpuso acción de tutela contra la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A (en adelante PORVENIR) por la violación de sus derechos fundamentales y los de su familia a la igualdad, al debido proceso, a la seguridad social y al mínimo vital; también invocó como vulnerados los derechos a la salud, rehabilitación integral y vida digna de su hijo discapacitado, los derechos de los niños y adolescentes, el derecho a la familia y a la vida digna. Tales violaciones se habrían generado porque la entidad demandada le negó el reconocimiento de la pensión especial de vejez por ser padre cabeza de familia a cargo de un hijo discapacitado, a la que considera que tiene derecho.

A. Hechos y pretensiones

El actor, de 50 años de edad al momento de interponer la acción, afirmó ser un padre cabeza de familia sin ingresos económicos a causa de su situación familiar. Su esposa, la señora Doris Galvis, tiene "cáncer de tiroides en estado metastásico, miomas en la matriz y anemia aguda"[1]; por su condición ella no puede trabajar, su cuidado personal y económico depende del demandante.

El señor Román y su esposa tienen tres hijos, dos de ellos con problemas crónicos de salud: Ana Graciela y Carlos Arturo Román Galvis. Ella es una estudiante universitaria de 19 años con problemas renales y el hijo menor, que a la fecha de la interposición de la acción tenía 17 años, presenta una grave discapacidad mental. En efecto, fue diagnosticado con "transtorno del espectro autista, retardo mental moderado y esquizofrenia indiferenciada"[2] y ha sido calificado con un 61.40% de pérdida de capacidad laboral.

De acuerdo con lo relatado por el demandante, toda la responsabilidad en la rehabilitación y el cuidado de Carlos Arturo ha sido trasladada a la familia dadas las carencias del sistema de salud. A esto se sumó la situación familiar que le impone al actor hacerse cargo de las crisis de salud de su hijo, eventos altamente estresantes por los antecedentes de suicidio en la familia cercana a causa de enfermedades mentales. Además, por su condición, Carlos Arturo Román Galvis no puede valerse por sí mismo en tareas básicas de autocuidado o de socialización. Todas estas circunstancias han hecho imposible que el actor pueda trabajar.

El peticionario dijo estar afiliado como independiente al fondo de pensiones demandado con mucho más de 1235 semanas cotizadas, por eso consideró ser beneficiario de la pensión especial de vejez por invalidez ya que ésta exige haber cotizado 1000 semanas como mínimo (artículo 33 de la Ley 100 de 1993 reformado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003).

El actor resaltó que, en caso de duda sobre el derecho que le asiste, también resultaría aplicable el régimen de transición establecido en el parágrafo transitorio 4 del Acto Legislativo No. 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución, pues con 750 semanas cotizadas mantendría el régimen de transición hasta el 2014. Él afirmó que para julio de 2005 ya tenía 811.43 semanas cotizadas al sistema de seguridad social en pensiones.

Con base en estos elementos, el señor Román relató que se acercó a la entidad demandada y un funcionario le informó que el beneficio de la pensión especial de vejez no cubría a los afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad, como él, pues era sólo para los afiliados al régimen de prima media. Ante esa respuesta, el actor presentó una petición ante PORVENIR, en la que solicitaba el reconocimiento de su pensión, pero la respuesta -dada el 21 de octubre de 2013- fue la misma. Para agotar la vía gubernativa, el señor Román presentó los recursos de reposición y apelación (octubre 28 de 2013) y el 4 de noviembre de 2013 fue ratificada la misma postura por parte del fondo de pensiones.

El demandante agregó abundantes fundamentos legales y jurisprudenciales sobre la procedencia de la acción de tutela en materia pensional, el objetivo de la pensión especial de vejez y la protección especial que la Constitución dispensa a las personas en situación de discapacidad, para justificar sus pretensiones.

Por todo lo anterior, el señor Román solicitó que se tutelaran sus derechos fundamentales y los de su familia a la igualdad, al debido proceso, a la seguridad social, al mínimo vital, a la salud, a la rehabilitación integral y a la vida digna de un menor discapacitado; los derechos de los niños,

niñas y adolescentes, el derecho a la familia y a la vida digna. El actor concluyó que su pretensión es que se ordene a la demandada el reconocimiento de la pensión especial de vejez desde el momento en que presentó el derecho de petición con tal solicitud (21 de octubre de 2013) y que el juez de tutela adopte todas las demás órdenes necesarias para proteger los derechos fundamentales involucrados.

B. Actuaciones en sede de tutela

Primera instancia

El Juzgado Octavo Civil Municipal de Cali notificó al Fondo de Pensiones y cesantías PORVENIR para que se pronunciara sobre los hechos del caso y aportara cualquier información pertinente.

Contestación de la solicitud de tutela

El representante legal judicial[4] del Fondo de pensiones y cesantías PORVENIR contestó a la acción de tutela y solicitó que se negara la acción o se declarara improcedente.

En primer lugar enfatizó en que se le había dado respuesta de fondo a la petición presentada por el demandante y por eso se trata de un hecho superado.

Por otro lado, la entidad argumentó que el señor Román no había radicado ninguna solicitud formal de pensión de vejez y solicitó al juez de tutela que conminara al actor a presentarla junto con los documentos necesarios.

El representante agregó que, según los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez consagrados en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, interpretado en conjunto con los artículos 65 y 68 de la misma normativa, para obtener la pensión de vejez o la devolución de saldos en el régimen de ahorro individual con solidaridad, es determinante el saldo de la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado. Esta situación es diferente a la del régimen de prima media con prestación definida que establece los requisitos para la pensión de vejez en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 (modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003) y que tienen que ver con la edad de la persona y el número de semanas cotizadas, sin importar el capital aportado.

En el supuesto de un afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad que no cumpla con el requisito de capital acumulado, la misma ley prevé la devolución de saldos por vejez. Para ello deberá acreditar (i) tener 62 años si es hombre, (ii) no haber cotizado 1150 semanas, y (iii) no haber acumulado el capital necesario para tener una pensión al menos igual al salario mínimo (art. 66 ley 100 de 1993). Bajo cualquiera de las hipótesis descritas, lo procedente es presentar la solicitud formal ante la entidad junto con la documentación requerida, de conformidad con la ley. En ese sentido, cuando el señor Román cumpla los requisitos del artículo 66 precitado, puede hacer la solicitud para que PORVENIR la estudie.

En cuanto a la solicitud de pensión especial de vejez por hijo menor en situación de discapacidad, el fondo adujo que se trata de una prestación propia del régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, por eso los fondos privados, no reconocen ese tipo de prestaciones.

El representante concluyó que PORVENIR no había vulnerado ningún derecho fundamental porque actuó según la normativa vigente para el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Adicionalmente, reiteró que por vía de tutela no puede ordenarse el pago de una pensión, tal como la misma Corte Constitucional lo ha establecido, pues existen otros mecanismos de defensa judicial para el efecto.

C. Sentencias en sede de tutela

1. Sentencia de primera instancia

El 27 de mayo de 2014, el Juzgado Octavo Civil Municipal de Cali negó la acción de tutela. La providencia estudió con detalle el marco jurídico del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones (SGSSP) y consideró que éste se refiere a dos regímenes que son excluyentes, el régimen solidario de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad. En el caso de la pensión especial de vejez que reclama el accionante, el juez interpretó la normatividad legal y argumentó que esta prestación no cubre a afiliados al régimen de ahorro individual. Esto puede concluirse por la ubicación de la figura dentro del texto de la ley 100 de 1993 -en el título de régimen de prima media con prestación definida- y por la alusión al régimen de prima media para establecer el número de semanas que debe haberse cotizado (art. 33 Ley 100). Adicionalmente, el capítulo legal dedicado al régimen de ahorro individual no se refiere a la pensión especial de vejez por hijo discapacitado, razón que —a su juicio— refuerza la conclusión anterior, pues si el Legislador hubiera querido que la prestación no distinguiera entre los dos regímenes, lo habría establecido puntualmente en las dos secciones y no solo en una.

Con base en estas conclusiones el juez encontró que el señor Román estaba afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad y por eso no podría ser beneficiario de la prestación. En ese sentido, la actuación de la entidad demandada no habría vulnerado los derechos fundamentales del actor. Para el a quo, mal podría aplicarse el principio de igualdad, pues se trata de regímenes y prestaciones diferentes y entre la jurisprudencia que citó el actor, no había subreglas que permitieran extender el beneficio de la pensión especial de vejez a un afiliado de un fondo privado de pensiones. El juez concluyó que la actuación de PORVENIR fue legítima y por eso negó el amparo.

2. Impugnación

El actor impugnó el fallo de primera instancia, el 5 de junio de 2014 y enfatizó en la necesidad de protección de su hijo en situación de discapacidad. El señor Román consideró que la decisión de instancia avaló un trato desigual, inequitativo y discriminatorio con las personas en situación de discapacidad. Efectivamente, la argumentación del juez de primera instancia señaló que las personas afiliadas al régimen de prima media con prestación definida tendrían privilegios con respecto a los afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad.

El recurrente insistió en que el parágrafo 2 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 estableció que "lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones" sin distinción alguna. En ese sentido, la mención que hizo el artículo 9 al régimen de prima media era para establecer el mínimo de semanas exigido, no para excluir a los fondos privados. El señor Román afirmó que esta interpretación, concordante con el ordenamiento constitucional colombiano, le generó una convicción amparada por la buena fe que lo hizo sentir como eventual beneficiario de la prestación y no habría razón alguna para que no fuera así. Finalmente, el demandante solicitó al juez de tutela que tuviera en cuenta el espíritu de la ley -que se enfoca a la protección de los discapacitados-, recordó variada jurisprudencia constitucional sobre el tema y sobre el principio de favorabilidad en seguridad social.

3. Sentencia de segunda instancia en sede de tutela

El 10 de julio de 2014, el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Oralidad de Cali confirmó la sentencia de primera instancia. El ad quem estimó que la acción de tutela no era procedente porque existía otro mecanismo idóneo para hacer valer su derecho, ya que el actor no demostró un perjuicio irremediable que hiciera procedente un amparo transitorio. De otro lado, el demandante llevaba más de tres años sin trabajar al momento de presentar la acción, con lo que habría desconfigurado el elemento de inmediatez. De tal suerte, no procedería la tutela de manera excepcional y deberá ser el juez laboral el que estudie la situación, máxime cuando se trata de un debate interpretativo planteado por el actor y que deberá ser analizado con todas las garantías dentro del proceso ordinario establecido. Además, el juez de tutela no puede pronunciarse sobre el reconocimiento y pago de la prestación cuando no se ha demostrado el lleno de los requisitos.

II. CONSIDERACIONES

Competencia

1. La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional es competente para conocer del fallo de tutela proferido dentro del trámite de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241 (numeral 9º) de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Asunto bajo revisión y problemas jurídicos

2. El señor Carlos Arturo Román Pedroza interpuso acción de tutela contra PORVENIR para obtener su pensión especial de vejez por ser padre cabeza de familia a cargo de un hijo discapacitado, con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993. El actor espera que esa prestación le sea reconocida desde el 21 de octubre de 2013, fecha en la cual ejerció su derecho de petición ante la entidad demandada con tal solicitud. La accionada negó el beneficio por considerar que sólo podrían ser destinatarios del mismo los afiliados al régimen de prima media con prestación definida y no los afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad, que es el caso del señor Román.

Las dos instancias dentro del proceso de tutela consideraron que la interpretación jurídica hecha por PORVENIR era admisible y que, ante el dilema hermenéutico planteado en la acción y la ausencia de un perjuicio irremediable, el demandante podía acudir a la jurisdicción ordinaria laboral.

3. Los hechos expuestos muestran que a la Sala le corresponde resolver los siguientes problemas jurídicos: (i) ¿es procedente la acción de tutela para reclamar la pensión especial de vejez en el caso de un padre cabeza de familia a cargo de un hijo discapacitado, como es el caso del señor Román?; y (ii) ¿la actuación de PORVENIR violó los derechos fundamentales del actor al interpretar las normas de la Ley 100 de 1993 en el sentido de excluir a los afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad de la posibilidad de ser beneficiarios de la pensión especial de vejez para madres y padres cabeza de familia con hijos en situación de discapacidad?

4. Para resolver dichos cuestionamientos, serán abordados los siguientes temas: (i) la procedencia excepcional de la acción de tutela en materia pensional; (ii) el derecho a la seguridad social y la pensión especial de vejez para madres y padres cabeza de familia a cargo de hijos en situación de discapacidad; (iii) el derecho al debido proceso administrativo; (iv) el defecto por violación directa a la Constitución; y (v) el análisis del caso concreto.

La procedencia excepcional de la acción de tutela en materia pensional

5. La **Sentencia T-385 de 2012**[5] ha recogido la línea jurisprudencial sobre las condiciones de procedencia excepcional de la acción tutela contra actos administrativos en materia pensional. La Corte Constitucional ha establecido, **como regla general, que la solicitud de amparo no es el medio adecuado para controvertir actos administrativos en materia pensional, ya que existen mecanismos administrativos y judiciales para hacerlo. No obstante, este Tribunal ha aceptado la procedencia excepcional de la acción de tutela como mecanismo transitorio, en dos escenarios: "(i) [cuando] la actuación administrativa ha desconocido los derechos fundamentales, en especial los postulados que integran el derecho al debido proceso; y (ii) [cuando] los mecanismos judiciales ordinarios, llamados a corregir tales yerros, no resultan idóneos en el caso concreto o se está ante la estructuración de la inminencia de un perjuicio irremediable(...)"**.

6. En cuanto a la primera hipótesis, la eventual violación del derecho al debido proceso, la Sentencia T-571 de 2002[7] identificó dos circunstancias en las cuales el acto administrativo que resuelve una solicitud pensional es contrario a las garantías propias de este derecho:

"i. Cuando en el acto administrativo por medio del cual se define el reconocimiento de una pensión de jubilación se declara que el peticionario cumple con los requisitos establecidos por la ley para acceder al status de pensionado pero se le niega el reconocimiento del derecho por razones de trámite administrativo, por ejemplo la expedición del bono pensional.

ii. Cuando en el acto administrativo por medio del cual se define el reconocimiento de la pensión de jubilación se incurre en una omisión manifiesta al no aplicar las normas que corresponden al caso concreto o elige aplicar la norma menos favorable para el trabajador, en franca contradicción con la orden constitucional del principio de favorabilidad. Por ejemplo, cuando se desconoce la aplicación de un régimen especial o se omite aplicar el régimen de transición previsto en el sistema general de pensiones." (negrilla no original)

7. Sobre la segunda hipótesis, la falta de idoneidad de los recursos existentes o la existencia de un perjuicio irremediable, la jurisprudencia ha establecido que **"la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos es más estricta que contra decisiones judiciales, puesto que las controversias jurídicas que generen aquellos deben ser resueltas, de manera general y preferente, a través de los recursos judiciales contenciosos"**[8]. En efecto, la Sentencia T-214 de 2004[9] señaló que:

"El recurso de amparo, como sucede en la hipótesis de protección de todos los derechos fundamentales, es subsidiario y residual, lo que implica que si la persona cuenta con un medio de defensa efectivo a su alcance o, habiendo contado con el mismo, de manera negligente lo ha dejado vencer, la tutela devendrá improcedente. En caso de existir otro medio de defensa, procede la tutela como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable".

En ese sentido la falta de idoneidad de los recursos existentes deberá ser mínimamente probada o deducible de los hechos del caso y nunca podrá suplir la negligencia de quien no ha hecho uso oportuno de los mecanismos de defensa judicial que otorga el ordenamiento jurídico. Con todo,

no existe la obligación de iniciar el proceso ordinario antes de acudir a la acción de tutela, basta que la posibilidad esté abierta al interponer la demanda de tutela, pues si el accionante ha dejado vencer la oportunidad para iniciar el trámite del proceso ordinario, la tutela no procede como mecanismo transitorio.[10]

8. Por otra parte, la jurisprudencia constitucional ha caracterizado el perjuicio irremediable con los siguientes rasgos (i) inminencia, es decir, que la situación genera una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) gravedad, esto es, que el daño o menoscabo material o moral sea de gran intensidad; (iii) necesidad urgente de protección; y (iv) carácter inaplazable de la acción de tutela para que realmente pueda garantizar el restablecimiento de los derechos fundamentales de manera integral.[11]

En síntesis la Corte ha señalado de manera reiterada[12] que, por regla general, la tutela no procede para ordenar el reconocimiento de pensiones ya que existen medios ordinarios idóneos para resolver dichas pretensiones. Si no se evidencia la vulneración de un derecho fundamental,[13] o la acción no se ha interpuesto para evitar un perjuicio irremediable,[14] no podría proceder un mecanismo constitucional de protección de los derechos de carácter excepcional, pues la acción de tutela no puede sustituir los mecanismos ordinarios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico.

Seguridad social y pensión especial de vejez para madres o padres cabeza de hogar a cargo de hijos o hijas en situación de discapacidad

9. La jurisprudencia constitucional[16] ha establecido que el derecho a la seguridad social es un derecho fundamental y un servicio público de carácter obligatorio, progresivo, bajo la dirección, coordinación y control del Estado, además es un derecho irrenunciable que debe garantizarse a todos los habitantes (art. 49 CP)

Adicionalmente, el artículo 53 de la Constitución, dictamina que la garantía a la seguridad social es uno de los principios mínimos fundamentales de la relación laboral e implica la exigencia al Estado de garantizar el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Esta configuración constitucional se complementa con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad y que dan cuenta de la relación de la seguridad social con el derecho fundamental a la dignidad humana.[17]

Estas características hacen que este derecho tenga rango constitucional fundamental y sea susceptible de protección por medio de la acción de tutela[18]. En efecto, el derecho a la seguridad social protege a las personas que están en imposibilidad física o mental para obtener los medios de subsistencia que les permitan llevar una vida digna a causa de la vejez, del desempleo o de una enfermedad o incapacidad laboral. Uno de esos casos es el de la situación especial de las madres y padres cabeza de familia a cargo de hijos en situación de discapacidad.

10. La Sentencia C-758 de 2014[19] se pronunció recientemente sobre el contenido y alcance de la pensión especial de vejez para madre o padre con hijo o hija en situación de discapacidad[20]. Este fallo analizó las previsiones de la Ley 100 de 1993 sobre el tema, sus fines, alcance y evolución legislativa. Encontró que este cuerpo normativo establece en su título segundo la normativa aplicable al Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, concretamente, en el capítulo II, el Legislador consagró en el artículo 33, entre otras prestaciones, la pensión especial de vejez para madre o padre de hijo en situación de discapacidad (art. 33. par.

4. inc. 2).

El fallo describió que el párrafo 4° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, fue modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 y contiene las denominadas pensiones especiales de vejez, que flexibilizan el requisito de la edad para acceder a dichas prestaciones, como una medida que busca proteger y garantizar los derechos de las personas que se encuentran en situación de discapacidad y sus familias.

En concordancia con tal objetivo, el inciso segundo del párrafo 4° del artículo 33, dispone las condiciones excepcionales que deben presentarse para que la madre o padre de un hijo o hija en situación de discapacidad, acceda a la pensión de vejez, sin tener que cumplir con el requisito de edad dispuesto en el régimen ordinario que desarrolla tal prestación:

"La madre trabajadora cuyo hijo padezca invalidez física o mental, debidamente calificada y hasta tanto permanezca en este estado y continúe como dependiente de la madre, tendrá derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez. Este beneficio se suspenderá si la trabajadora se reincorpora a la fuerza laboral. Si la madre ha fallecido y el padre tiene la patria potestad del menor inválido, podrá pensionarse con los requisitos y en las condiciones establecidas en este artículo". (Apartes subrayados declarados **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLES**, pues también incluyen al padre).

11. Sin embargo, en aquella ocasión la Corte constató la existencia de divergencias interpretativas sobre el alcance de la norma. En efecto, algunos intervinientes consideraban que esta pensión especial de vejez sólo era aplicable al régimen de prima media con prestación definida, mientras que otros entendían que era aplicable también al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Para establecer la interpretación correcta de la disposición, la Corte analizó sus antecedentes legislativos, las decisiones de la Corte Constitucional en la materia y la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al respecto.

12. Este Tribunal encontró que, de la evolución del texto durante el trámite legislativo, era posible concluir que el requisito del número de semanas cotizadas aplicaba a cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones. Efectivamente, no hubo discusiones que demostraran lo contrario y sólo hubo cambios en la ubicación del artículo, lo que ha llevado a que algunos interpreten que esa pensión sólo es aplicable al régimen de prima media con prestación definida.

Esta primera conclusión se reforzó cuando la Corte analizó la doble finalidad del Proyecto de Ley: (i) reconocer un beneficio para las madres con hijos en situación de discapacidad, y (ii) crear una medida que contribuyera a la rehabilitación, desarrollo e integración social de los menores en situación de discapacidad. De acuerdo con estos objetivos es claro que la disposición pretende proteger a las personas con discapacidad, quienes se pueden beneficiar del acompañamiento y afecto de sus padres. Tal propósito no hizo ninguna distinción entre quienes cotizaban en el régimen de prima media o en el de ahorro individual.

13. La irrelevancia de la pertenencia a un régimen pensional específico para ser beneficiario de esta pensión especial de vejez, también fue constatada al rastrear la línea jurisprudencial constitucional en la materia, tanto en sede de control abstracto como de control concreto. En los

casos de control abstracto, la Corte Constitucional se ha pronunciado en dos oportunidades para incluir a sujetos no mencionados en la literalidad de la norma inicial: mayores de 18 años y padres cabeza de familia. En efecto, la **Sentencia C-227 de 2004**[22] decidió declarar inexecutable la expresión "menor de 18 años", toda vez que generaba una restricción injustificada que impedía el cumplimiento efectivo de la finalidad para la cual fue creada dicha medida y vulneraba el principio de igualdad. En ese mismo caso, la Corte analizó los requisitos que deben ser cumplidos para acceder a la pensión especial de vejez y concluyó que:

"(...) Este tipo especial de pensión constituye una excepción a la exigencia general de haber alcanzado una determinada edad (en este momento, 60 años los hombres y 55 las mujeres) para poder acceder a la pensión de vejez. Es decir, la norma hace posible que las madres – o los padres – de las personas que padecen una invalidez física o mental puedan acceder a la pensión sin importar su edad.

De acuerdo con la norma, para acceder a este beneficio deben cumplirse cuatro condiciones:

que la madre (o el padre) haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuanto menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez;

que el hijo sufra una invalidez física o mental, debidamente calificada;

que la persona discapacitada sea dependiente de su madre – o de su padre, si fuere el caso; y

que el hijo afectado por la invalidez sea menor de 18 años. [requisito declarado inexecutable]

A su vez, la disposición establece como condición de permanencia dentro de este régimen especial de pensión de vejez:

1. que el hijo afectado por la invalidez física o mental permanezca en esa condición – según certificación médica - y continúe como dependiente de la madre; y

- 2) que ésta no se reincorpore a la fuerza laboral."

Posteriormente, la Sentencia C-989 de 2006[23], analizó el inciso segundo del párrafo 4º del artículo 9º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993. En esa ocasión, se demandó por inconstitucionalidad la restricción expresa a la aplicación del beneficio de la pensión especial de vejez a los padres, pues sólo era extensivo a las madres. Para declarar la constitucionalidad condicionada de la norma –sujeta a la inclusión de los padres- la Corte reiteró la finalidad de la pensión especial de vejez: desarrollar una medida de acción afirmativa que contribuyera a la garantía de los derechos de las personas en situación de discapacidad.

14. En sede de tutela la Corte también se ha pronunciado en reiteradas oportunidades sobre el alcance del inciso segundo del párrafo 4º y los requisitos para acceder a la pensión especial de vejez.[24]

La **Sentencia T-889 de 2007**[25] encontró cuestionable, en términos del derecho a la igualdad, que se negara el reconocimiento de la pensión especial de invalidez a madres o padres de personas discapacitadas que cumplieran con los requisitos de la Ley 797 de 2003, por pertenecer al régimen especial del magisterio. En aquella oportunidad dijo que "[...] si se tiene en cuenta que el objeto del inciso 2º del párrafo 4º del artículo 9º de la ley 797 de 2003 es proteger a las personas discapacitadas, no resulta válido el trato diferente que se le otorga a las personas en condiciones de discapacidad cuyos padres hacer (sic) parte de un régimen de excepción." En ese

orden de ideas, la Corte ha entendido que el elemento común relevante de quienes se benefician de la pensión especial de vejez, no es el régimen pensional del cual hacen parte la madre o padre que lo solicita, sino la especial protección que deben tener las personas en situación de discapacidad que dependen del cuidado de sus progenitores y obtienen provecho de él, contribuyendo con esto a su desarrollo y adecuada rehabilitación.

En 2009 y 2010, esta Corporación también se pronunció sobre el alcance del requisito del número de semanas cotizadas, cuando el solicitante de la pensión especial de vejez hacía parte del régimen de transición (Sentencias T-176 de 2010 y T-651 de 2009, MP Luis Ernesto Vargas Silva)

Por otra parte, en cuanto a los casos en los que las Administradoras de Fondos de Pensiones exigen requisitos adicionales y más gravosos -distintos a los previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993- para reconocer la pensión especial de vejez por hijo en situación de discapacidad, la Corte manifestó en la Sentencia T-962 de 2012 que:

"(...) la exigencia de requisitos gravosos, tal como la prueba de dependencia económica a menores de edad, respecto a los cuales se debe entender conviven y subsisten con sus padres en razón a su condición de menores, configura una acción vulneratoria de los derechos tanto del afiliado o del pensionado así como de su hijo en situación de discapacidad. En el caso de menores de edad es de vital importancia recordar la especial protección iusfundamental que de sus derechos consagra la Constitución plasmado en el artículo 44 superior."

La inconstitucionalidad de estas exigencias también fue reiterada en la Sentencia T-101 de 2014. En este caso Colpensiones exigía que la madre estuviera laborando al momento de solicitar la pensión especial.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

15. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se ha ocupado de la aplicación del beneficio de la pensión especial de vejez para la madre o el padre que tengan un hijo en situación de discapacidad, cuando ellos hagan parte del régimen de ahorro individual y no del de prima media, como en este caso.

Tal y como lo cita la Sentencia C-758 de 2014, el fallo de la Corte Suprema del 18 de agosto de 2010 (Radicado 32204, M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza) decidió el recurso de casación en contra de un fondo privado de pensiones que lo promovió porque debía reconocer la pensión especial de invalidez a favor del solicitante de la prestación. Un primer grupo de argumentos del fallo fue la distinción que existe entre los regímenes de prima media y ahorro individual, y como la pensión especial de vejez es común a los dos sin que exista ninguna justificación que permita reconocer el beneficio sólo para uno de los sistemas.

Un segundo grupo de argumentos afirmó que una distinción que permitiera acceder al beneficio a quienes hacen parte del régimen de prima media pero no a las madres o padres con hijos en situación de discapacidad del régimen de ahorro individual, desconocería el propósito que tenía el Legislador al introducir este cambio en la Ley 797 de 2003. En efecto, la Corte Suprema consideró que la única razón por la que la ley hizo referencia al régimen de prima media, fue determinar el requisito de semanas cotizadas para evitar que fuera un requerimiento dinámico que aumentaría cada año, hasta el 2015.

Finalmente, la Corte Suprema afirmó que, aunque la Corte Constitucional ha reconocido la

libertad de configuración del Legislador para distinguir el tratamiento de ciertas prestaciones entre un régimen especial y el general, en este caso el Legislador se abstuvo de hacer tal diferenciación y por eso, mal podría hacerla el intérprete.

16. Con base en los argumentos anteriores, la Sentencia C-758 de 2014, concluyó lo siguiente: (i) la pensión especial de vejez es una medida de acción afirmativa que busca garantizar los derechos de personas en condición de discapacidad, sujetos de especial protección constitucional, a fin de promover su rehabilitación adecuada; (ii) el beneficio consagrado en el inciso segundo del parágrafo 4º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, se extiende a padres y madres cabeza de familia de niños y adultos en situación de discapacidad; (iii) existe una comprensión de origen legislativo que reitera esta finalidad y no distingue entre los dos regímenes pensionales; (iv) la interpretación constitucional en sede de control abstracto considera que la mención al régimen de prima media con prestación definida sólo tiene por objeto aclarar el número de semanas de cotización que permiten a los padres o madres acceder al beneficio, no excluir a las madres o padres pertenecientes al Régimen de Ahorro individual, pues esto iría en contradicción con el fin de salvaguardar a sujetos especialmente protegidos por la Constitución y en contravía del principio de igualdad; (v) la interpretación constitucional en sede de control concreto ha seguido la finalidad de la norma ya mencionada y por eso ha proscrito los requisitos adicionales para acceder a la prestación o la distinción entre el régimen ordinario pensional y los regímenes especiales como categorías relevantes para analizar la concesión del beneficio; y (vi) la Corte Suprema de Justicia también ha reiterado la finalidad protectora de la norma y la ilegitimidad de cualquier distinción basada en el régimen pensional del padre o madre por considerarla discriminatoria con sujetos especialmente protegidos, especialmente para con los hijos o hijas en situación de discapacidad.

17. La Sala Plena no encontró ninguna justificación proporcionada y razonable para permitir una interpretación que generara como resultado la exclusión de la pensión especial de vejez por hijo en situación de discapacidad de quienes hacen parte del régimen de prima media. La razón principal de esta conclusión es que la medida busca proteger al hijo con discapacidad, siendo este el elemento común relevante para quienes están afiliados al régimen de prima media o al régimen de ahorro individual. Una interpretación contraria sería violatoria del derecho a la igualdad, de la obligación de adoptar medidas a favor de las personas en situación de discapacidad y, si el caso concreto corresponde, de los derechos prevalentes del niño contenidos en la Constitución. De igual modo se opondría a diversas normas que integran el bloque de constitucionalidad en materia de los derechos de las personas con discapacidad.[26]

Con base en los argumentos anteriores, la Corte declaró la exequibilidad condicionada de la expresión "siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez" en el entendido que, el beneficio pensional previsto en dicho artículo debe ser garantizado tanto a los padres y las madres afiliados al régimen de prima media con prestación definida, como a los padres y las madres afiliados al régimen de ahorro individual.

El derecho fundamental al debido proceso administrativo[27]

18. La Sentencia T-768 de 2013 dijo que, de conformidad con el artículo 29 de la Constitución, el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, e incluye como elemento básico de este derecho - en este último tipo de actuaciones- la observancia de lo prescrito en la ley y en las reglas especiales sobre el asunto en trámite a fin de evitar cualquier acto arbitrario.

El respeto a las garantías sustanciales y procesales que informan el debido proceso constitucional, son aplicables al proceso administrativo. En efecto, es posible identificar los siguientes principios: (i) legalidad, (ii) autoridad administrativa competente, (iii) favorabilidad, (iv) el derecho a ser oído y a intervenir en el proceso -directamente o a través de abogado- a presentar, controvertir pruebas e interponer recursos contra la decisión que se tome y (v) el debido proceso sin dilaciones injustificadas. Adicionalmente, debe cumplir con los principios que orientan las actuaciones administrativas: (vi) igualdad, (vii) moralidad, (viii) eficacia, (ix) economía, (x) celeridad, (xi) imparcialidad y (xii) publicidad (art. 209 C.P.).

19. En razón a que el proceso de reconocimiento de una pensión es un trámite administrativo, debe respetar el derecho fundamental al debido proceso, por consiguiente, toda actuación en contrario hace procedente el cuestionamiento excepcional por vía de tutela, siempre y cuando se constate que no hay mecanismos de defensa judicial, éstos no son idóneos o, aunque existan y sean adecuados, se presenta un riesgo cierto de que se genere un perjuicio irremediable.

La procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos, es un asunto que ha sido abordado por esta Corporación en múltiples ocasiones a través de la asimilación a la tutela contra providencias judiciales, por lo que son aplicables las premisas en que se fundamenta esta posibilidad, y las reglas establecidas para el examen de procedibilidad.

20. Para analizar la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos, el juez debe constatar que se cumplan los requisitos generales señalados por la Corte en la Sentencia C-590 de 2005[28] para las decisiones judiciales, que también son condiciones de procedencia de la acción de tutela contra los actos administrativos: (i) que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional; (ii) que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, a menos que se trate de evitar la consumación de un perjuicio irremediable; (iii) que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la afectación; (iv) cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto determinante en la decisión que resulta violatoria de los derechos fundamentales; (v) que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos afectados y que la misma se hubiere alegado en el proceso, siempre que esto hubiera sido posible.

21. Con respecto a los tipos de defectos que generan la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales que, como ya se dijo, también aplican a la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos, la jurisprudencia ha reconocido los siguientes:

(i) el defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario que profirió la decisión impugnada, carece de competencia para ello;

(ii) el defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el funcionario actuó completamente por fuera del procedimiento establecido;

(iii) el defecto fáctico, que surge cuando el funcionario administrativo carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que sustenta la decisión;

(iv) el defecto material o sustantivo, que se configura cuando la decisión se fundamenta en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión;

(v) el error inducido, que se da cuando el funcionario es víctima de un engaño, por parte de terceros, que lo conduce a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales;

(vi) la decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los funcionarios de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos;

(vii) el desconocimiento del precedente, que se origina cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el funcionario administrativo aplica una ley que limita sustancialmente dicho alcance; y

(viii) la violación directa de la Constitución, que es el defecto resultante de infringir directamente una o varias disposiciones constitucionales o normas razonablemente vinculables a la Constitución.

22. En suma, para determinar la procedencia de la acción de tutela en contra de un acto administrativo, el juez constitucional deberá verificar tres situaciones: i) el cumplimiento de los requisitos formales de procedibilidad, ii) la existencia de alguna o varias de las causales genéricas establecidas por la Corporación para hacer procedente el amparo material y, iii) la necesidad de intervención del juez de tutela, para evitar la consumación de un perjuicio irremediable. En ese marco, corresponde al juez constitucional evaluar cada caso concreto.

23. La Sentencia T-040 de 2014 se ha referido al derecho al debido proceso administrativo en materia pensional y reconstruyó la línea jurisprudencial sobre el tema,[29] pues la Corte ha sostenido que las actuaciones de las administradoras de pensiones como prestadoras del servicio público de la seguridad social, deben estar sujetas al debido proceso, en respeto a los derechos y obligaciones de los afiliados sometidos a las decisiones de la administración.

24. De los casos estudiados sobre el debido proceso en materia pensional se puede concluir que: (i) el administrado es sujeto de protección constitucional contra los actos arbitrarios o ilegales que se producen en desconocimiento del debido proceso; (ii) el respeto de los derechos fundamentales por parte de la administración en la resolución de una petición pensional involucra una mayor diligencia y cuidado por parte de la entidad administradora; (iii) es incongruente la decisión proferida con información inexacta, máxime si el afiliado manifiesta la existencia de un yerro en la historia pensional, solicita su actualización y la entidad no corrige o verifica dicha situación, y (iv) los efectos adversos de la mora patronal y de la falta de diligencia en el cobro por parte de la administradora de fondos de pensiones, no pueden ser trasladados al afiliado, con mayor razón si la omisión impide la consolidación del derecho pensional.

El defecto por violación directa de la Constitución

25. En cuanto al defecto de violación directa de la Constitución, la jurisprudencia ha considerado que puede no ser una burda trasgresión de la Carta, pero sí se presenta por decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales.[30]

Este defecto[31] se origina en la obligación que les asiste a todas las autoridades de velar por el cumplimiento del mandato consagrado en el artículo 4° de la Carta Política, según el cual "la Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales".

La procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales y actos administrativos por violación directa de la Constitución, en principio fue considerada como un defecto

sustantivo[32]. Posteriormente, la **Sentencia T-949 de 2003**[33] la incluyó como una causal de procedibilidad de la acción de tutela de carácter independiente y autónomo[34]. Esta interpretación se consolidó en la **Sentencia C-590 de 2005**, en la que la Corte al estudiar una acción pública de inconstitucionalidad contra la disposición del Código de Procedimiento Penal, que aparentemente proscribía la acción de tutela contra fallos dictados por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, incluyó definitivamente la violación directa de la Constitución como un defecto autónomo que justifica la procedencia de la tutela contra providencias judiciales. Este tribunal constitucional sostuvo que: "(...) la violación directa de la Constitución opera en dos circunstancias: uno (i), cuando se deja de aplicar una disposición ius fundamental a un caso concreto, dos (ii), al aplicar la ley al margen de los dictados de la Constitución".

La jurisprudencia constitucional también ha sostenido que procede la tutela contra providencias judiciales por violación directa de la Constitución cuando:

"(a) en la solución del caso se dejó de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional, (b) se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata y (c) el juez en sus resoluciones vulneró derechos fundamentales y no tuvo en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución. En el segundo caso, el juez debe tener en cuenta en sus fallos, que con base en el artículo 4 de la C.P, la Constitución es norma de normas y que en todo caso en que encuentre, deduzca o se le interpele sobre una norma que es incompatible con la Constitución, debe aplicar las disposiciones constitucionales con preferencia a las legales mediante el ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad"[35]

26. En conclusión, la superioridad de la Constitución, la aplicación directa de algunos mandatos y prohibiciones vinculan a funcionarios administrativos aunque se trate de empleados de entidades particulares. Por eso es posible que una decisión pueda discutirse en sede de tutela cuando desconozca o aplique indebida e irrazonablemente tales postulados.

El análisis del caso concreto

27. Corresponde ahora a esta Sala analizar si PORVENIR desconoció los derechos fundamentales del señor Carlos Arturo Román y de su hijo por haber incurrido en violación directa de la Constitución al negarse a estudiar la procedencia de su pensión especial de vejez por ser padre cabeza de hogar a cargo de un hijo en situación de discapacidad. En efecto, la entidad demandada alegó que esa prestación solo es aplicable a los afiliados al régimen de prima media con prestación definida y no al régimen de ahorro individual al que pertenece el actor. Previo al análisis de fondo, la Sala hará el estudio de procedibilidad de la acción de tutela en este caso.

Cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos

El asunto debatido reviste relevancia constitucional

28. El caso bajo análisis se refiere a la violación del derecho al debido proceso en una actuación administrativa en materia pensional que violó la Constitución por la no aplicación de las normas en materia de pensión especial de vejez para un padre cabeza de familia a cargo de un hijo en situación de discapacidad. La conducta de la entidad accionada tiene hondas repercusiones en los derechos de sujetos especialmente protegidos por la Constitución: las personas en situación de discapacidad y los padres cabeza de familia. Por eso la Sala considera que el requisito se ha cumplido tanto por razones de justicia material como de pedagogía constitucional. En efecto, la

decisión de PORVENIR y las sentencias de instancia dejan desprotegido a un joven en situación de discapacidad y a su padre, quien es cabeza de familia sin ninguna justificación plausible. Además, los argumentos de la entidad acusada, refrendados por los jueces de instancia, demuestran una confusión interpretativa a pesar de un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia –previo a la ocurrencia de los hechos del caso- que deja en claro que los afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad pueden solicitar, con el lleno de los requisitos, la pensión especial de vejez, si son cabeza de familia a cargo de hijos en situación de discapacidad.

El demandante no estaba obligado a agotar los medios de defensa judicial a su alcance por su falta de idoneidad y por la amenaza de un perjuicio irremediable. Estos elementos generan la procedibilidad de la acción de tutela como mecanismo transitorio

29. Aunque, en principio, el demandante cuenta con las acciones judiciales ordinarias laborales para solicitar el reconocimiento de la pensión especial de vejez, en criterio de la Sala, los hechos que fundamentan la presente acción de tutela muestran que dichos medios no son idóneos ni eficaces para garantizar la protección constitucional invocada.[36]

La falta de idoneidad y eficacia de la acción ordinaria laboral para el reconocimiento de la pensión especial de vejez son consecuencias de la interpretación integral del contexto del caso. Efectivamente, la condición de padre cabeza de familia del actor y la grave discapacidad que padece su hijo, permiten concluir que los dos requieren un tratamiento acorde con su situación de vulnerabilidad, pues por expreso mandato de la Constitución Política (art. 13 y 47 de la C.P.) en concordancia con la jurisprudencia constitucional[37], son sujetos de especial protección para el ordenamiento superior. Por otra parte, el accionante está desempleado debido a la situación de su familia, en la que él debe atender a su hijo discapacitado, a su esposa que padece una enfermedad terminal y a sus otros dos hijos. Los hechos y pruebas obrantes el expediente muestran que el demandante no sólo se encuentra en riesgo de no tener las posibilidades para cuidar a su hijo debido a la negativa de PORVENIR de estudiar su solicitud de pensión especial de vejez de acuerdo con la normatividad aplicable, sino que, además, está en peligro el mínimo vital del actor y de su núcleo familiar, incluidos su hijo y su esposa, quienes no pueden trabajar por razones de salud.

La Sala considera que remitir al demandante al trámite ordinario implicaría el desconocimiento de la posibilidad efectiva de acceder a la pensión especial de vejez. En efecto, la vida del joven Carlos Arturo Román Galvis está en riesgo constante por su condición psiquiátrica, que le hace propenso al suicidio[38], es probable que la espera y la falta de acompañamiento familiar –causada por la carencia de recursos mínimos para subsistir- lleven al indeseable resultado del acelerado deterioro de su salud y su eventual muerte prematura.

Existió inmediatez entre los hechos y el ejercicio de la acción de tutela

30. Esta exigencia jurisprudencial reclama la verificación de una correlación temporal entre la solicitud de tutela y el hecho judicial vulnerador de los derechos fundamentales, de tal manera que la acción de tutela solo será procedente cuando se interpone en un plazo razonable, prudencial y proporcionado con respecto a la vulneración del derecho.[39]

31. La presente acción cumple con el requisito de inmediatez ya que la respuesta a la última actuación administrativa del demandante se presentó el 4 de noviembre de 2013 y la acción de tutela fue interpuesta el 19 de mayo de 2014. Si bien transcurrieron algo más de 6 meses entre la

última respuesta de PORVENIR y la presentación de la acción, deben tenerse en cuenta las particularidades del caso para interpretar el fenómeno de la inmediatez.

32. Diversos fallos de esta Corte han considerado distintos lapsos de tiempo como razonables para efectos de analizar la inmediatez, pues la razonabilidad dependerá de las circunstancias de cada caso concreto.[40] La sentencia T-684 de 2003 estableció algunos elementos para la determinación de la procedibilidad de la acción de tutela respecto al principio de inmediatez:

"1) si existe un motivo válido para la inactividad de los accionantes; 2) si esta inactividad injustificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión y 3) si existe un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados"

Por su parte, la **Sentencia T-521 de 2013**[42] recordó dos excepciones al principio de la inmediatez que son:

"(i) Que se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual.[43] Y (ii) que la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros."

33. La reclamación constitucional del actor versa sobre una prestación de tracto sucesivo que no le ha sido reconocida, la vulneración de sus derechos continúa vigente y se materializa cada día en que el demandante no tiene el apoyo de la pensión que le permita cuidar a su hijo sin padecer angustias económicas derivadas del hecho de que no puede trabajar hace varios años. Finalmente, cabe resaltar que la atención de su esposa enferma de cáncer terminal y de su hijo discapacitado en riesgo constante de suicidio, permiten a esta Sala concluir que sería desproporcionado exigirle al señor Román la carga de acudir a un juez en un plazo inferior al que usó, que fue un poco mayor a los 6 meses desde la última actuación de PORVENIR. Además el proceso administrativo seguido ante la entidad demandada permite inferir la diligencia con la que el demandante ha tratado de obrar desde que comenzó el trámite a pesar de las difíciles circunstancias familiares por las que atraviesa desde hace varios años.

Se identificaron, de manera razonable, los hechos que generaron la vulneración de derechos fundamentales

34. El demandante expuso con claridad las actuaciones de PORVENIR en las cuales le comunicaban no ser destinatario de las normas relativas a la pensión especial de vejez, con lo cual su hijo Carlos Arturo Román Galvis quedaría desprotegido, pues el señor Román es padre cabeza de hogar y ha dejado de trabajar para atenderlo. Adicionalmente, todo el núcleo familiar se vería afectado por la decisión de PORVENIR. Como es lógico, el señor Román requiere ingresos para poder sostener al resto de su familia, entre quienes hay una mujer con una enfermedad terminal. Esta situación muestra la afectación de múltiples derechos enunciados por el actor: igualdad, debido proceso, seguridad social, mínimo vital, y varios derechos de las personas en situación de discapacidad: salud, rehabilitación integral y vida digna. De tal manera la Sala encuentra que se ha cumplido el requisito.

La irregularidad procesal tuvo incidencia directa en la decisión que resulta vulneradora de los derechos fundamentales

35. El argumento dado por PORVENIR para negarse a iniciar el estudio del derecho -que eventualmente le asiste al señor Román- de recibir una pensión especial de vejez por ser padre cabeza de familia a cargo de un hijo en situación de discapacidad, fue que él no es destinatario de las normas sobre la materia por estar afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad. La posición de la entidad decidió excluir al demandante de la prestación y ni siquiera estudió si él cumplía o no con el lleno de los requisitos exigidos por la Ley 100 de 1993. Una interpretación diferente, como la sostenida desde 2010 por la Corte Suprema de Justicia, habría llevado a que PORVENIR no pudiera utilizar ese argumento y tuviera que entrar a estudiar si el demandante cumplía los requisitos previstos en la ley para ser beneficiario de esta pensión. De tal manera, la Sala constata que la irregularidad ocurrida llevó a no considerar al demandante como eventual destinatario de una prestación aunque sí lo era. Por las razones anteriores, para la Sala no cabe duda de la trascendencia de la irregularidad procesal ocurrida por la aplicación indebida de la ley, por soslayar la interpretación de la Corte Suprema de Justicia y por excluir ab initio a un eventual beneficiario de la pensión especial de vejez sin el estudio de los requisitos que debe cumplir.

La violación del derecho al debido proceso administrativo por infracción directa de la Constitución en la actuación de PORVENIR

36. En el presente asunto el accionante considera vulnerados sus derechos constitucionales a la seguridad social, al debido proceso, entre otros, por parte de PORVENIR, entidad que se negó a reconocerle la pensión especial de vejez por hijo en situación de discapacidad contemplada en el inciso 2 del parágrafo 4 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Según expuso esta Sala previamente, los presupuestos normativos de la pensión especial de vejez implican que esta prestación debe ser otorgada a la madre o padre de familia que, entre otros requisitos, haya cotizado al Sistema General de Pensiones al menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión ordinaria de vejez.

37. El accionante alegó tener más de 1235 semanas cotizadas, por eso consideró ser beneficiario de la pensión especial de vejez por invalidez ya que ésta exige haber cotizado 1000 semanas como mínimo (artículo 33 de la Ley 100 de 1993 reformado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003)

El actor resaltó que, en caso de duda sobre el derecho que le asiste, también resultaría aplicable el régimen de transición establecido en el parágrafo transitorio 4 del Acto Legislativo No. 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 CP, pues con 750 semanas cotizadas mantendría el régimen de transición hasta el 2014. Él afirmó que para julio de 2005 ya tenía 811.43 semanas cotizadas al sistema de seguridad social en pensiones.

Por su parte, PORVENIR alegó que la pensión especial de vejez es una prestación que sólo está destinada a personas afiliadas al régimen de prima media con prestación definida y no al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Los jueces de instancia consideraron que la interpretación de PORVENIR era plausible y debía ser el juez ordinario quien dirimiera la controversia, a pesar de que hay jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que resuelve el punto desde 2010.

38. Cabe anotar que una sentencia de este Tribunal Constitucional, posterior al trámite de este caso en instancias, resolvió el asunto en sede de control abstracto, con lo que ya no existe dilema interpretativo alguno. En efecto, la sentencia C-758 de 2014 determinó que no es un criterio relevante para la determinación del derecho a la pensión especial de vejez para madre o padre cabeza de familia a cargo de un hijo discapacitado el régimen al que pertenezca, la prestación resulta aplicable a los afiliados de cualquiera de los dos sistemas, siempre que se cumplan los demás requisitos establecidos en la ley. Tales requerimientos son (i) que la madre o el padre haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuanto menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez; (ii) que el hijo sufra una invalidez física o mental, debidamente calificada; (iii) que la persona en situación de discapacidad sea dependiente de su madre o de su padre.

39. La Sala observa que PORVENIR dejó de aplicar la normatividad a la situación de señor Román bajo una interpretación literal aislada que no tomó en consideración la finalidad de la norma en cuanto a la protección de las personas en situación de discapacidad, finalidad constitucional indiscutible, ni tampoco incluyó la lectura sistemática de la Ley 100 de 1993. Podría pensarse que la normatividad es poco clara y es, hasta cierto punto, justificable la actuación de PORVENIR. No obstante, la Corte Suprema de Justicia, en sede de casación, había resuelto un caso similar para la fecha en la que el señor Román presentó su solicitud, en él establecía que la interpretación correcta y acorde con la Constitución es aquella que el demandante presentó desde el inicio de su trámite administrativo ante la demandada. En ese sentido la violación de la Constitución en que incurrió PORVENIR no es, ni mucho menos, excusable.

40. Aunque la Corte ha constatado la violación de los derechos fundamentales invocados y existen elementos de juicio aportados por el demandante y no controvertidos por PORVENIR sobre el cumplimiento de los requisitos necesarios para acceder a la pensión especial de vejez (el afiliado es padre cabeza de familia[45], afirma haber cotizado el número de semanas requeridas[46], la incapacidad y dependencia económica de su hijo Carlos Arturo Román Galvis está debidamente documentada[47]) el análisis detallado del lleno de las exigencias para la obtención de la prestación debe ser hecha por la entidad competente.

No obstante, teniendo en cuenta los elementos contextuales del caso –que exigen la adopción de una decisión de manera urgente- y las piezas probatorias obrantes en el expediente, esta Sala otorgará a PORVENIR un plazo de 48 horas para que estudie y resuelva de fondo la petición presentada por el señor Carlos Arturo Román Pedroza el día 21 de octubre de 2013 con base en la información que él presentó y la que tiene la entidad en sus propios archivos. Para resolver si el señor Román tiene derecho a la pensión especial de vejez por ser padre cabeza de familia a cargo de un hijo discapacitado, PORVENIR deberá tomar en consideración lo dicho por esta Corte Constitucional en esta sentencia y en la C-758 de 2014 sobre la irrelevancia del régimen pensional al que pertenece el actor, por no ser un requisito para establecer el derecho a la mencionada prestación, de conformidad con lo establecido en el inciso 2 del parágrafo 4 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993. Ya que la petición deberá tenerse por presentada el 21 de octubre de 2013, en caso de que el señor Román tenga derecho la pensión especial de vejez, deberá reconocerse desde esa fecha y, al momento de su pago, deberán hacerse los ajustes monetarios correspondientes.

Es importante recordarle a PORVENIR que tiene la obligación de acatar la jurisprudencia vigente sobre la interpretación de esta norma y de otras normas aplicables a fin de evitar incurrir

nuevamente en este tipo de vulneraciones. Además, con base en la jurisprudencia constitucional deberá otorgar un tratamiento digno y celero, sin imponer trabas administrativas o exigencias desproporcionadas en virtud de la especial protección constitucional de los sujetos involucrados.

Conclusión

41. Es procedente la acción de tutela para reclamar la pensión especial de vejez en el caso de un padre cabeza de familia a cargo de un hijo discapacitado que aún no ha agotado el proceso ordinario laboral por dos razones: (i) por la violación del derecho al debido proceso administrativo en el momento de la solicitud de la prestación; y (ii) por la falta de idoneidad del recurso ordinario, pues constituye una carga desproporcionada –en tiempo y dinero– para el demandante. Además, las difíciles situaciones familiares que caracterizan este tipo de casos, en general, configuran la amenaza de un perjuicio irremediable que debe ser evitado por vía de la acción de tutela.

Por otra parte, existe una violación directa a la Constitución, que no sólo es una violación del derecho al debido proceso sino que a la vez se proyecta en la violación de varios derechos fundamentales, cuando un fondo de pensiones privado exige que el afiliado pertenezca al régimen de prima media con prestación definida para que –siendo padre o madre cabeza de familia a cargo de un hijo en situación de discapacidad– pueda solicitar la pensión especial de vejez. En efecto, esta violación del derecho al debido proceso parte de una interpretación inconstitucional del inciso 2º del parágrafo 4º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, es discriminatoria con las personas discapacitadas y sus padres o madres que son cabeza de hogar –todos ellos sujetos de especial protección constitucional– e impone requisitos inexistentes y gravosos al solicitante en contravía de lo previsto por el ordenamiento superior y desarrollado de manera constante por la jurisprudencia de esta Corporación.

III. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Oralidad de Cali, el 10 de julio de 2014. En su lugar, CONCEDER la acción de tutela interpuesta por Carlos Arturo Román Pedroza contra la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas y sin exigir documentos o información adicional –salvo aquella que no repose en sus archivos– proceda a analizar y decidir sobre la solicitud de pensión especial de invalidez por ser padre cabeza de hogar a cargo de un hijo en situación de discapacidad, presentada por el señor Carlos Arturo Román Pedroza, el día 21 de octubre de 2013. Para hacerlo deberá obrar de conformidad con la parte motiva de esta providencia, según la cual se trata de una prestación en la cual no es un criterio relevante el régimen pensional al que pertenece el solicitante. En caso de que el señor Román tenga derecho la pensión especial de vejez, deberá reconocerse desde esa fecha y, al momento de su pago, deberán hacerse los ajustes monetarios correspondientes.

TERCERO: Por Secretaría General de esta Corporación, LÍBRENSE las comunicaciones indicadas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ANDRÉS MUTIS VANEGAS

Secretario General (E)

[1] Fl. 56 cuaderno de pruebas.

[2] Fl. 57 cuaderno de pruebas.

[3] Fls. 17 a 20 cuaderno de pruebas.

[4] Fl. 77 cuaderno de pruebas.

[5] MP Jorge Iván Palacio Palacio.

[6] Sentencia T-076 de 2011 MP Luis Ernesto Vargas Silva.

[7] MP Jaime Córdoba Triviño.

[8] Sentencia T-076 de 2011.

[9] MP Eduardo Montealegre Lynett.

[10] Ver, entre otras, la Sentencia T-812 de 2000 MP Antonio Barrera.

[11] Esta doctrina ha sido reiterada en diversas ocasiones, ver, por ejemplo las Sentencias SU-544 de 2001, MP Eduardo Montealegre Lynett, T-1316 de 2001, MP (E) Rodrigo Uprimny Yepes, T-983-01, MP Álvaro Tafur Galvis.

[12] Sentencia T-702 de 2008, MP Manuel José Cepeda.

[13] "En la sentencia T-043 de 2007. MP. Jaime Córdoba Triviño, la Corte reiteró que "de manera general, la acción de tutela resulta improcedente para el reconocimiento de pensiones. No obstante lo anterior, el amparo constitucional será viable excepcionalmente, cuando en el caso sujeto a examen concurren las siguientes tres condiciones: (i) que la negativa al reconocimiento de la pensión de invalidez, jubilación o vejez se origine en actos que en razón a su contradicción con preceptos superiores puedan, prima facie, desvirtuar la presunción de legalidad que recae sobre las actuaciones de la administración pública; (ii) que esa negativa de reconocimiento de la

prestación vulnere o amenace un derecho fundamental; y (iii) que la acción de tutela resulte necesaria para evitar la consumación de un perjuicio ius fundamental irremediable". Nota tomada de la sentencia T-702 de 2008.

[14] "Ver entre otras, las sentencias T-100 de 1994. MP. Carlos Gaviria Díaz, T-1338 de 2001. MP. Jaime Córdoba Triviño y SU-995 de 1999, MP. Carlos Gaviria Díaz, T-859 de 2004, MP: Clara Inés Vargas Hernández, T-043 de 2007. MP. Jaime Córdoba Triviño." Nota tomada de la sentencia T-702 de 2008.

[15] "Corte Constitucional, Sentencia T-106 de 1993, MP. Antonio Barrera Carbonell. La Corte afirmó que la posibilidad de acudir a la acción de tutela "(...)sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza por virtud de una conducta positiva o negativa de una autoridad pública o de particulares en los casos señalados por la ley, a través de una valoración que siempre se hace en concreto, tomando en consideración las circunstancias del caso y la situación de la persona, eventualmente afectada con la acción u omisión." Ver también, la sentencia T-480 de 1993, MP: José Gregorio Hernández Galindo." Nota tomada de la sentencia T-702 de 2008.

[16] Ver la Sentencia T-101 de 2014, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[17] Al respecto, ver la Sentencia T-658 de 2008, MP Humberto Antonio Sierra Porto.

[18] Sentencia T-730 de 2012, MP (e) Alexei Julio.

[19] MP (e) Martha Victoria Sáchica Méndez.

[20] Los fundamentos 10 a 17 de esta sentencia condensan los argumentos dados por la Sentencia C-758 de 2004 para interpretar el alcance de la pensión especial de vejez. Del mismo modo se retoman las líneas jurisprudenciales allí establecidas de manera resumida.

[21] Sentencia T-176 de 2010 MP Luis Ernesto Vargas Silva, reiterada en la Sentencia T-101 de 2014.

[22] MP Manuel José Cepeda.

[23] MP Alvaro Tafur.

[24] Ver Sentencias T-563 de 2011 MP Humberto Sierra, T-962 de 2012 MP Luis Ernesto Vargas Silva y T-101 de 2014 MP Jorge Ignacio Pretelt.

[25] MP Humberto Sierra.

[26] Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

[27] Los fundamentos 18 a 22 de esta providencia retoman la reconstrucción hecha por este despacho en la sentencia T-946 de 2014.

[28] MP Jaime Córdoba.

[29] Entre las sentencias citadas ver T-595 de 2007, MP Jaime Córdoba Triviño; T-855 de 2011,

MP Nilson Pinilla y T-325 de 2012, MP Mauricio González Cuervo.

[30] Sentencia C-590 de 2005. MP Jaime Córdoba Triviño.

[31] La Sentencia SU-918 de 2013, MP Jorge Ignacio Pretelt, se ha referido a esta causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, pero sus argumentos resultan aplicables a la acción de tutela contra actos administrativos.

[32] Sentencias SU-1722 de 2000, MP (e) Jairo Charry y SU-159 de 2002, MP Manuel José Cepeda.

[33] MP Eduardo Montealegre Lynett.

[34] Ver también la Sentencia T-462 de 2003, MP Eduardo Montealegre Lynett.

[35] Sentencia T-809 de 2010, MP Juan Carlos Henao Pérez. Esta causal de procedibilidad también ha sido aplicada en las Sentencias T-747 de 2009, MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-555 de 2009, MP Luis Ernesto Vargas Silva y T-071 de 2012, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, entre otras.

[36] Un caso similar fue resuelto en la Sentencia T-176 de 2010.

[37] Ver, entre otras, la Sentencia T-279 de 2011, MP Luis Ernesto Vargas Silva.

[38] Fl. 53 cuaderno de pruebas.

[39] Sentencia T-377 de 2009. MP María Victoria Calle. Este párrafo retoma lo dicho por este despacho en la Sentencia T-926 de 2014.

[40] Sentencia T-743 de 2008 MP Manuel José Cepeda.

[41] "En esta misma línea se encuentra la sentencia T-1229 de 2000" esta cita corresponde a la nota 10 de la Sentencia T-265 de 2009 MP Humberto Sierra Porto.

[42] MP Mauricio González.

[43] "Por ejemplo la sentencia T- 1110 de 2005 (F.J # 46), entre otras." Cita contenida en otra cita, tomada de la Sentencia T-521 de 2013.

[44] "Sentencia T-158 de 2006 y T-429 de 2011." Cita tomada de la Sentencia T-521 de 2013.

[45] Fl. 56 cuaderno de pruebas.

[46] Fls. 47-55 y 58 cuaderno de pruebas.

[47] Fls. 17-21 cuaderno de pruebas.



