COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia T/757/11

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de tutela
Referencia	T/757/11
Expediente	—
Fecha	2011-10-07
Sala	Sala Octava de Revisión
Magistrado ponente	HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Partes	Luis Henry Ocampo contra el CONSORCIO PROSPERAR. Segundo.- Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones previstas en e

Temas que titula la Corte Constitucional

- —

Resumen del caso (según la propia sentencia)

Ver el texto completo.

Texto completo

T-757-11 REPÚBLICA DE COLOMBIA Sentencia T-757/11 DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL- Protección constitucional El derecho a la seguridad social es un derecho fundamental y que, cuando se presente 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.

FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL- Finalidad/ SUBCUENTA DE SUBSISTENCIA DEL FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL- Finalidad La subcuenta de solidaridad tiene como objetivo subsidiar los aportes al Régimen General de Pensiones de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte. El subsidio que se concede con los recursos que éste maneja reemplaza los aportes que el empleador y el trabajador tienen que realizar al subsistema de pensiones, cuando éste es trabajador dependiente o la totalidad del aporte en el caso que aquél sea trabajador independiente, hasta por un salario mínimo como base de cotización. La subcuenta de subsistencia persigue la “protección de las personas en estado de indigencia o de pobreza extrema”, mediante el otorgamiento de un subsidio económico hasta del 50% del salario mínimo mensual vigente a aquellos ciudadanos que tengan 65 años o más, hayan residido por lo menos durante los últimos 10 años, carezcan de recursos económicos suficientes para su congrua subsistencia y que residan en una institución sin ánimo de lucro para ancianos indigentes, de acuerdo con los artículos 257 y 258 de la Ley 100 de 1993.

SUBCUENTA DE SUBSISTENCIA DEL FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL- Límite de edad en cuanto a acceso La ayuda otorgada por intermedio de la Subcuenta de Solidaridad con el objetivo subsidiar los aportes que el empleador y el trabajador tienen que realizar al subsistema de pensiones, está sometida a un límite de edad en cuanto a acceso - 55 o 58 años, dependiendo del régimen en el que se encuentre afiliado- y a la terminación de la obligación de brindar éste auxilio por parte del fondo, que es 65 años de edad.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL- No vulneración por cuanto el accionante tiene 65 años y excede la edad para tener subsidio de la pensión de vejez Referencia: expediente T-3.086.270 Acción de tutela instaurada por Luis Henry Ocampo contra el CONSORCIO PROSPERAR.

Magistrado Ponente: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO Bogotá D.C., siete (7) de octubre de dos mil once (2011). La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados María Victoria Calle Correa, Luis Ernesto Vargas Silva 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 Cuarto Civil Municipal de Pereira y el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de la misma ciudad, en primera y segunda instancia respectivamente, en la acción de tutela instaurada por Luis Henry Ocampo contra el CONSORCIO PROSPERAR.

I. ANTECEDENTES El pasado nueve (9) de marzo de dos mil once (2011) el ciudadano Luis Henry Ocampo interpuso acción de tutela ante el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Pereira solicitando el amparo de su derecho fundamental a la seguridad social, el cual, en su opinión, ha sido vulnerado por el CONSORCIO PROSPERAR.

De acuerdo con la solicitud de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, la accionante sustenta su pretensión en los siguientes Hechos 1.- El señor Luis Henry Ocampo se afilió al Instituto de Seguros Sociales, el 25 de abril de 1967.

2.- Debido a la imposibilidad de seguir realizando los aportes necesarios para acceder a su pensión de vejez, el 1 de diciembre de 1997 el peticionario se “ afili[ó] al Régimen subsidiado de pensiones FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL – CONSORCIO PROSPERAR [1] ” 3.- En este fondo estuvo inscrito hasta el 23 de julio de 2005, momento en el cual fue retirado por haber iniciado el trámite de la pensión de vejez.

4.- El 1 de diciembre de 2006 fue incluido nuevamente en la lista de beneficiarios del fondo de solidaridad pensional manejado por el CONSORCIO PROSPERAR.

5.- Por haber cumplido la edad máxima permitida para recibir el subsidio pensional conforme el artículo 29 de la Ley 100 de 1993, el peticionario de nuevo fue excluido de aquél el 1 de septiembre de 2009.

Solicitud de Tutela 6- Con fundamento en los hechos narrados, el ciudadano Luis Henry Ocampo solicitó la protección de su derecho fundamental a la seguridad social que considera vulnerado por parte de la entidad demandada al haberle sido cancelado el auxilio de pensión de vejez otorgado por el Fondo de Solidaridad Pensional, pues en su opinión, esta actuación le impide acceder a su pensión de vejez. En consecuencia, pide sea inscrito otra vez en éste, con el objetivo de que pueda cotizar las semanas requeridas para que le sea reconocida esta prestación.

Respuesta de la entidad demandada 7.- La parte accionada por medio de escrito del 11 de marzo de 2011 respondió la acción de tutela de la referencia, y solicitó denegar el recurso de amparo.

8.-Indicó que, el artículo 29 de la Ley 100 de 1993 impide reintegrar o vincular a cualquier persona que sea mayor de 65 años de edad al programa de subsidio al aporte en pensión del Fondo de Solidaridad Pensional.

Decisiones judiciales objeto de revisión Sentencia de primera instancia 9.- El Juzgado Cuarto Civil Municipal de Pereira concedió el amparo solicitado, pues consideró que la aplicación del artículo 29 de la Ley 100 de 1993, en este caso, era contraria a los mandatos establecidos por la Constitución Nacional.

Así, señaló que negarle la inclusión al actor en el Fondo de Solidaridad Pensional afectaría gravemente sus derechos a la seguridad social, al mínimo vital y a la protección especial que tiene éste por ser una persona de la tercera edad.

Impugnación 10.- La entidad demandada interpuso recurso de apelación contra la decisión proferida por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Pereira con el objetivo de que revoque la decisión de primera instancia.

Sentencia de segunda instancia 11. El Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pereira revocó la sentencia de primera instancia, pues consideró que la acción de tutela impetrada fue interpuesta 18 meses después del retiro del actor del Fondo de Solidaridad Pensional, por lo que no fue interpuesta en un plazo razonable u oportuno.

Aunado a lo anterior, indicó que en el presente evento no se configuraba la existencia de un perjuicio irremediable, pues el petente "mientras activaba la jurisdicción constitucional, estaba en disponibilidad de desarrollar otros medios que le permitieran seguir cotizando el tiempo faltante" [2] II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS 1. Competencia 1.- Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico 2.- En atención a lo expuesto, esta Sala de Revisión debe determinar si el CONSORCIO PROSPERAR vulneró el derecho fundamental a la seguridad social del señor Luis Henry Ocampo al haberle sido cancelado el auxilio de pensión de vejez otorgado por el Fondo de Solidaridad Pensional y con ello impidió que éste haya completado los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993 para acceder a la pensión de vejez.

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) el Fondo de Solidaridad Pensional; y finalmente (iii) el caso concreto.

4. La seguridad social como derecho constitucional fundamental y su protección por medio de la acción de tutela - Reiteración de Jurisprudencia- 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 " [3] .

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 [4] .

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 [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 [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” [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 [8] .

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.

Es por ello que en pronunciamientos más recientes esta Corte ha señalado que todos los derechos constitucionales son fundamentales [9] 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).

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 -, 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 [10] .

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, sin excepción, 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 [11] , 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 [12] .

De esta forma queda claro que el derecho a la seguridad social, 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.

5. El Fondo de Solidaridad Pensional Como desarrollo del principio de solidaridad que informa el Sistema de Seguridad Social, conforme el artículo 48 Constitucional, el legislador instituyo el Fondo de Solidaridad Pensional.

Este fondo, de acuerdo con el artículo 25 de la Ley 100 de 1993, es “ una cuenta especial de la Nación sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social ” [13] cuyos recursos están dispuestos según el artículo 27 de la Ley 100 de 1993, en dos subcuentas: una de solidaridad y otra de subsistencia [14] .

La subcuenta de solidaridad tiene como objetivo subsidiar los aportes al Régimen General de Pensiones de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la

totalidad del aporte [15] .

El subsidio que se concede con los recursos que éste maneja reemplaza los aportes que el empleador y el trabajador tienen que realizar al subsistema de pensiones, cuando éste es trabajador dependiente o la totalidad del aporte en el caso que aquél sea trabajador independiente, hasta por un salario mínimo como base de cotización [16] .

La subcuenta de subsistencia persigue la " protección de las personas en estado de indigencia o de pobreza extrema" [17] , mediante el otorgamiento de un subsidio económico hasta del 50% del salario mínimo mensual vigente a aquellos ciudadanos que tengan 65 años o más, hayan residido por lo menos durante los últimos 10 años, carezcan de recursos económicos suficientes para su congrua subsistencia y que residan en una institución sin ánimo de lucro para ancianos indigentes, de acuerdo con los artículos 257 y 258 de la Ley 100 de 1993.

Tanto la Subcuenta de Solidaridad como la Subcuenta de Subsistencia están reguladas en el Decreto 3771 de 2007, en el cual se encuentran los requisitos para que una persona pueda ser beneficiaria de una u otra.

Así, en lo que respecta al Fondo de Solidaridad Pensional, que es la que importa en el caso concreto, el artículo 13 del mencionado Decreto [18] , establece:

"Son requisitos para ser beneficiarios de los subsidios de la subcuenta de solidaridad, los siguientes: 1. Ser mayor de 35 años y menor de 55 años si se encuentran afiliados al ISS o menores de 58 años si se encuentran afiliados a los fondos de pensiones siempre y cuando no tengan un capital suficiente para financiar una pensión mínima y contar con doscientas cincuenta (250) semanas como mínimo, previas al otorgamiento del subsidio, independientemente del régimen al que pertenezcan.

2. Ser mayores de 55 años si se encuentran afiliados al ISS o de 58 si se encuentran afiliados a los fondos de pensiones, siempre y cuando no tengan un capital suficiente para financiar una pensión mínima y contar con quinientas (500) semanas como mínimo, previas al otorgamiento del subsidio, independientemente del régimen al que pertenezcan.

3. Estar afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud. PARÁGRAFO 1o. En el caso de los concejales, además de los requisitos anteriores, deben pertenecer a municipios de categoría 4, 5 o 6 y el subsidio se mantendrá sólo por el periodo en el que se ostente la calidad de concejal, siempre y cuando el municipio en el que se ejerza dicha calidad pertenezca a alguna de las mencionadas categorías.

PARÁGRAFO 2o. Para los discapacitados y madres comunitarias, los requisitos continuarán siendo los señalados en la Ley 1151 de 2007 y Ley 1187 de 2008, respectivamente".

Ahora bien, es necesario tener presente para la Subcuenta de Solidaridad el límite que impone el artículo 29 de la Ley 100 de 1993: "Cuando el afiliado que haya recibido subsidios del Fondo de Solidaridad Pensional exceda de los sesenta y cinco (65) años de edad y no cumpla con los requisitos mínimos para acceder a una pensión de vejez, la entidad administradora respectiva devolverá el monto de los aportes subsidiados con los correspondientes rendimientos financieros a dicho Fondo.

Las entidades administradoras deberán llevar cuentas separadas de los aportes recibidos del Fondo y establecerán los mecanismos de seguimiento de los beneficiarios." (Negrillas fuera del texto) Acorde a este límite, se encuentra el artículo 24 del Decreto 3771 de 2007 el cual, en su ordinal b, establece como causal de pérdida de derecho al subsidio llegar a 65 años de edad:

" b) Cuando cese la obligación de cotizar en los términos del artículo 17 de la Ley 100 de 1993 o cuando cumplan 65 años de edad, de conformidad con lo señalado en el artículo 29 de la Ley 100 de 1993 ;"(Negrillas fuera del texto) En este orden de ideas, la ayuda otorgada por intermedio de la Subcuenta de Solidaridad con el objetivo subsidiar los aportes que el empleador y el trabajador tienen que realizar al subsistema de pensiones, está sometida a un límite de edad

en cuanto a acceso - 55 o 58 años, dependiendo del régimen en el que se encuentre afiliado- y a la terminación de la obligación de brindar éste auxilio por parte del fondo, que es 65 años de edad.

6. Caso concreto En el presente asunto, el señor Luis Henry Ocampo considera vulnerado su derecho fundamental a la seguridad social por parte del CONSORCIO PROSPERAR, entidad que suspendió el auxilio de pensión de vejez otorgado con los recursos del Fondo de Solidaridad Pensional y con ello impidió que éste completara los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993 para acceder a la pensión de vejez.

La entidad demandada indica que el subsidió que recibía el actor por parte de la subcuenta de solidaridad fue cancelado debido a que el literal b) del artículo 24 del Decreto 3771 de 2007 establece como edad máxima para otorgar el mencionado auxilio los 65 años de edad.

La mencionada disposición, considera esta Sala, tiene como objetivo garantizar el principio de sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad en Pensiones que se encuentra consagrado en el artículo 48 Constitucional, pues contribuye a la racionalización y distribución de los recursos que el Fondo de Solidaridad Pensional posee.

En este sentido, es importante destacar que los recursos del fondo están destinados a solventar a todas aquellas personas que se encuentren en una situación que les impida realizar los aportes al subsistema de pensiones, por lo que, debido a la escasez de recursos con los que se cuenta para hacer éste, es necesario distribuir estos dineros de tal forma que puedan organizarse de la mejor manera posible con el objetivo de cobijar a la mayor cantidad de individuos y así lograr una cobertura universal.

Si se permitiera que este subsidio perdurara en el tiempo ocasionaría que una gran parte de ciudadanos no pudiera beneficiarse de éste y con ello verse imposibilitados acceder a su pensión de vejez por no cumplir las semanas mínimas de cotización las requeridas en la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, de no existir este tipo de limitantes el subsidio perduraría en el tiempo de forma indefinida, ocasionando una disminución significativa en los dineros del mencionado fondo, lo podría llevar a privar a otras personas, que también lo necesiten, de este beneficio.

En este orden de ideas , esta Sala encuentra que existen razones suficientes para hacer cesar a los 65 años de la obligación de continuar realizando el pago del subsidio de los aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones.

Aunado a lo anterior, la referida medida se inscribe dentro del marco de apreciación que tiene el Gobierno Nacional al momento de reglamentar las leyes que hayan sido aprobadas por el Congreso de la República, conforme al numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

Por estas razones, debe ser aplicado el literal b) del artículo 24 del Decreto 3771 de 2007 de manera estricta por parte de los administradores de los recursos del fondo de solidaridad, como es el caso del CONSORCIO PROSPERAR.

Esta Corporación ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre los limites etáreos para acceder a este beneficio pensional. Así, en la sentencia T-818 de 2009 este Alto Tribunal indicó que constituía una afrenta al derecho a la seguridad social y a la protección reforzada de las personas de la tercera edad negar la afiliación a la subcuenta de solidaridad pensional a una persona mayor de 65 años que contaba en su haber con 918 semanas cotizadas, por lo que se ordenó al Consorcio PROSPERAR afiliar a Rosa Angélica Serna a la Subcuenta de Solidaridad del Fondo de Solidaridad Pensional.

Como se puede observar, el tema objeto de estudio en el caso resuelto por la sentencia en mención iba encaminado a la afiliación a de una persona que había cumplido la edad máxima para acceder al subsidio y no con la desvinculación de un individuo de la subcuenta de solidaridad por cumplir el límite de edad, por lo que no puede ser tomada esta decisión como precedente para el caso en cuestión.

De acuerdo con lo anterior, la Sala de Revisión confirmará el fallo de segunda instancia proferido por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pereira en la acción de tutela instaurada por Luis Henry Ocampo contra el CONSORCIO PROSPERAR.

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.- CONFIRMAR por las razones expuestas el fallo de segunda instancia proferido por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pereira en la acción de tutela instaurada por Luis Henry Ocampo contra el CONSORCIO PROSPERAR.

Segundo.- 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 MARIA VICTORIA CALLE CORREA Magistrado Con aclaración de voto LUIS ERNESTO VARGAS SILVA Magistrado Ausente con permiso MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ Secretaria General ACLARACION DE VOTO DE LA MAGISTRADA MARIA VICTORIA CALLE CORREA A LA SENTENCIA T-757/11 Referencia:

Expediente T-3086270 Acción de tutela instaurada por Luis Henry Ocampo contra el Consorcio Prosperar. Magistrado Ponente: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala a continuación expongo las razones que me llevaron a aclarar mi voto en esta ocasión:

La Sala analizaba el caso de una persona que se afilió al régimen subsidiado de pensiones “fondo de solidaridad pensional” en 1997, en vista de que no podía seguir cotizando al sistema general de pensiones. No obstante el 1° de septiembre de 2009 fue excluida de ese régimen porque cumplió la edad máxima permitida para recibir el subsidio pensional establecido en el artículo 29 de la Ley 100 de 1993: 65 años. Solicita que se lo inscriba de nuevo en el régimen subsidiado de pensiones con el fin de que su pensión le sea reconocida, pero la Sala le niega esa posibilidad.

La sentencia señala que hay una disputa entre el ISS y el tutelante, en cuanto al número de semanas cotizadas. Porque mientras el ISS dice que tiene 759 semanas cotizadas, el actor asegura que tiene 900. Además, el fallo sostiene que la normatividad pertinente establece un límite de edad para beneficiarse del subsidio pensional: los 65 años. Superado ese límite, si la persona no cuenta con la edad y las semanas de cotización necesarias para obtener una pensión de vejez, pierde los aportes subsidiados, pues estos deben serle devueltos al fondo que efectuó tales aportes Esa sería la consecuencia de aplicar el artículo 29 de la Ley 100 de 1993.

[19] Por lo demás, el fallo dice que ni siquiera si se ordena reinscribir al tutelante al fondo, y ordenarle a este que continúe pagando aportes pensionales subsidiados a nombre del peticionario, lograría este último cumplir con los requisitos mínimos para obtener una pensión porque actualmente el tope máximo de aportes subsidiados por persona es de 650 semanas. Pues bien, hasta el momento, a nombre del tutelante se han efectuado 531cotizaciones, razón por la cual sólo podrían hacerse 119 más a su nombre. No obstante, ni siquiera si se suman esas 119 a su nombre lograría cumplir con los requisitos para pensionarse, que son los establecidos en el Acuerdo 49 de 1990. ¿Por qué no? Porque la sentencia acepta la versión del ISS en el sentido del que el actor sólo tiene 759 cotizadas. Entonces, si le sumamos a 759 semanas, 119 más, el resultado sería 878 semanas, lo que llevaría a concluir que se haría innecesario ordenar la inclusión del tutelante al fondo subsidiado de pensiones, pues en todo caso no va a alcanzar a cumplir los requisitos para pensionarse.

En la providencia se cita la sentencia T-818 de 2009 (MP. Pinilla Pinilla. Unánime), en la cual la Corte dijo que a una persona a la cual se le había negado su afiliación al fondo subsidiado de pensiones, sólo por superar el límite de edad establecido en la ley para ello, se le habían violado sus derechos fundamentales. En ese caso, entonces, la Corte ordenó inaplicar la normatividad correspondiente y ordenó que se la incluyera como afiliada a tal fondo. Esto es todo lo pertinente de ese fallo:

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

Empero, si bien la actora no cumple formalmente las calidades para ser beneficiaria de la Subcuenta de Solidaridad, conforme a la presunción de buena fe, frente a lo que afirma en la demanda y no es rebatido, considera esta corporación que, aun así, su condición de persona de muy avanzada edad en tanto sujeto de especial protección constitucional por circunstancias de indefensión y vulnerabilidad con respecto a las demás personas (art. 46 superior), permite la inaplicación de las normas de requisito de edad para acceder a dicha subcuenta, puesto que resulta contrario al irrenunciable derecho a la seguridad social que la actora se halle impedida para gozar la pensión de vejez, faltándole dos años para cumplir las 1000 semanas, cuando manifiesta expresamente su disposición de cotizar lo restante y de no encontrarse en estado de indigencia, pensión que a su turno ascendería al menos a un salario mínimo legal vigente.

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

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

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

No obstante, dice esta providencia que ese “precedente” no es aplicable sólo porque en ese caso se trataba un asunto de “afiliación de una persona que había cumplido la edad máxima para acceder al subsidio” y en este el asunto se refiere a la “desvinculación de un individuo de la subcuenta de solidaridad por cumplir el límite de edad” .

Pues bien, no estoy de acuerdo con el razonamiento que siguió la Sala en esta oportunidad, en mi aclaración, parto de señalar que se trata de una persona que está solicitando su reintegro al régimen subsidiado de pensiones, el cual es para personas sumamente pobres. En ese contexto, mis discrepancias con el fallo surgen de una diferente interpretación de la sentencia T-818 de 2009, la cual a mi juicio sí era un precedente vinculante para este caso, y de una distinta interpretación de la normatividad aplicable a la situación del tutelante. Paso a exponer estos puntos.

En primer término debo anotar que en mi criterio la sentencia T-818 de 2009 no es un precedente sólo para los casos de afiliación tardía. En ese sentido, no creo que sea válido decir que esa sentencia no es vinculante para este caso sólo porque esta vez se resuelve un asunto de desafiliación o desvinculación, y no uno de afiliación tardía. Esa es simplemente una diferencia. Y no basta con señalar una diferencia entre dos casos para concluir que la forma como se resolvió el primero no es vinculante para resolver el segundo. Si eso fuera así, jamás habría un precedente aplicable a un

caso, porque la mayoría de los casos tienen diferencias entre sí. Lo que es necesario es señalar por qué esa diferencia es relevante; es decir, por qué esa diferencia amerita que el nuevo caso se resuelva distinto del anterior. La fuerza vinculante de la jurisprudencia se fundamenta en el derecho a la igualdad de trato, pero también en el derecho de las personas a que la administración de justicia elabore un discurso constitucional coherente.

Así las cosas, me parece que la sentencia T-818 de 2009 es vinculante también para los casos de desvinculación, en los cuales una persona pretenda vincularse de nuevo pero se le impida tal vinculación por su edad. Es más, en principio, se aplica a todos los asuntos en que las personas queden excluidas de los beneficios del régimen subsidiado de pensiones, sólo porque están más allá de la edad máxima establecida en la normatividad para ser beneficiarias de los subsidios. De ese modo, la ratio decidendi de la sentencia T-818 de 2009 es esta: la Constitución prohíbe excluir a las personas de un régimen como el subsidiado de pensiones, nada más que por su edad (sólo y exclusivamente por ello). Para excluirlos de esa posibilidad, la Constitución exige que se valoren otros aspectos del caso, tales como las condiciones de la persona excluida del régimen (su vulnerabilidad, su capacidad para seguir cotizando y para satisfacer de manera autónoma las necesidad básicas más urgentes, entre otras).

En este caso la Sala perdió de vista que el procedimiento de una sentencia que interpreta derechos fundamentales no se diferencia en mucho de la de otros instrumentos o documentos normativos que reconocen, interpretan y aclaran los alcances de los derechos humanos. En todos esos contextos jurídicos, el entendimiento de los derechos debe estar orientado –tal como lo han reconocido la Corte Constitucional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la doctrina más autorizada a este respecto- no hacia la máxima reducción del amparo a los mismos, sino hacia la protección más amplia posible de sus titulares (principio pro homine).

[20] Si eso se hubiera tenido en cuenta en este caso, el alcance atribuido a la sentencia T-818 de 2009 habría sido distinto, y más cercano a los propósitos de una Constitución como la nuestra.

Ahora bien, en definitiva la providencia sugiere que también hay otra diferencia –aunque no la menciona expresamente- entre este caso y el resuelto en la sentencia T-818 de 2009. Y es que mientras en el caso de la sentencia T-818 de 2009 la persona excluida en realidad podía cumplir los requisitos mínimos para pensionarse por vejez, si se la incluía en el régimen subsidiado de pensiones, al parecer en este asunto ello resulta imposible. Si eso fuera así; es decir, si en este caso resultara imposible que el peticionario obtenga los requisitos para pensionarse, por más que sea nuevamente incluido en el régimen subsidiado de pensiones, admitiría la solución que se le da al caso. Sin embargo, no es tan claro que eso sea imposible. Muestro por qué:

Primero que todo, no entiendo por qué en el fallo se dice que las semanas cotizadas al sistema son solamente 759, como dice el ISS, y no 900, como lo afirma el tutelante. Dice la Sala que es porque el demandante no aportó pruebas de lo que dice. ¿Pero hay pruebas de lo contrario? ¿Sólo una afirmación del ISS o copia de su historial de cotizaciones? Si es sólo una afirmación del ISS, ¿por qué debe dársele más crédito al ISS que al tutelante? Si es más que una afirmación, ¿por qué no se expone cuáles son las demás pruebas obrantes? Pero aparte de eso, y en el supuesto que sean solamente 759 las semanas cotizadas, en la sentencia se parte de la base de que el hecho de que sea solo ese el número de semanas, hace imposible que el actor pueda obtener en algún momento la pensión gracias a los beneficios del régimen subsidiado de pensiones. Sin embargo, esa conclusión no me parece cierta. En efecto, sigo el razonamiento de la providencia en cuanto dice que los requisitos mínimos para pensionarse que se le exigen al actor, están establecidos en el Acuerdo 049 de 1990: es decir, 1000 semanas de cotización.

También lo sigo, en cuanto afirma que como el peticionario tiene a la fecha supuestamente 759 semanas, le harían falta 241 semanas más para ajustar las 1000. En lo que no estoy de acuerdo es en las razones que dan para asegurar que en el régimen subsidiado, a lo sumo podrían hacer 119 semanas de cotización más a su nombre. Porque según el fallo, el

número máximo de semanas de cotización a nombre de una persona en el régimen subsidiado es de 650. Como asume que eso es así, y advierte que hasta la fecha a nombre del demandante se han hecho 531, entonces concluye que este último solo tiene la posibilidad de que a su nombre se hagan 119 semanas de cotización más, pero no 241.

No obstante, no es cierto que el límite de semanas de cotización aplicable al demandante sea de 650. Ese límite apenas se vino a introducir con el Decreto 4944 de 2009, que a propósito de los requisitos para ser beneficiario de los subsidios de la subcuenta de solidaridad, modificó en su artículo 1 el artículo 13 del Decreto 3771 de 2007, y en ese decreto quedó claro que ese límite se aplica a quienes ingresen después de su entrada en vigencia, (el 18 de diciembre de 2009) y no a quienes hubieran ingresado antes.

Por eso el artículo 2 del Decreto 4944 de 2009 tiene un parágrafo 2°, que dice: “los beneficiarios de los subsidios para el aporte en pensión del Fondo de Solidaridad Pensional antes de la expedición del presente decreto, continuarán recibiendo el subsidio en las mismas condiciones establecidas al momento de su ingreso” . Por lo tanto, en ese decreto no se le aplica al demandante, quien ingresó al régimen subsidiado de pensiones mucho antes de su expedición e inicio de su vigencia. Cuando el accionante entró al sistema, estaba en vigencia el Decreto 1858 de octubre 26 de 1995 “por el cual se reglamenta el subsidio de aportes al sistema general de pensiones” , que no definía ninguna temporalidad, y permitía que las personas permanecieran en el régimen hasta cuando cumplieran los requisitos mínimos de la pensión, dentro de los demás límites legales.

Fecha ut supra, MARÍA VICTORIA CALLE CORREA Magistrada [1] Folio 2, Cuaderno 2. [2] Folio 11, Cuaderno 3. [3] 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 Nº 102, relativo a la norma mínima de la seguridad social (1952) y Convenio Nº 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”.

[4] (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;

[5] Sentencia T-284-07. [6] Sentencia C-623 de 2004 [7] Posición planteada desde la sentencia T-406 de 1992. [8] Víctor Abramovich, Christian Courtis, Los derechos sociales como derechos exigibles, Editorial Trotta, Madrid, 2002.

[9] 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.

[10] Al respecto ver las Sentencias C-616 de 2001, C-130 de 2002, C-791 de 2002 y SU-623 de 2001 [11] Sentencia T-016-07. [12] Ibídem. [13] Articulo 25 de la Ley 100 de 1993.

[14] Artículo 27 Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 8° de la Ley 797 de 2003. [15] Artículo 26 de la Ley 100 de 1993. [16] Ibídem [17] Literal i) del articulo 2 de la Ley 797 de 2003.

[18] Modificado por el artículo 1 del Decreto 4944 de 2009. [19] El artículo 29 de la Ley 100 de 1993 establece: “[c]uando el afiliado que haya recibido subsidios del Fondo de Solidaridad Pensional exceda de los sesenta y cinco (65) años de edad y no cumpla con los requisitos mínimos para acceder a una pensión de vejez, la entidad administradora respectiva devolverá el monto de los aportes subsidiados con los correspondientes rendimientos financieros a dicho Fondo”.

[20] Acerca de la aplicación del mismo en el ámbito internacional, puede consultarse el texto de O’Donnell, Daniel: “Introducción al derecho internacional de los derechos humanos”, en Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional , Vol. I, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2003, pp. 61-63.

Según este último, en virtud del principio pro homine “cuando hay dos posibles interpretaciones de una norma, se presume que la interpretación más garantista es la más idónea” . Como lo ha reconocido en la doctrina, por ejemplo, Alexy, Robert:

Teoría de los derechos fundamentales , Segunda edición, Trad. Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2007, pp. 63 y ss, y Diez Picazo, Luis María:

Sistema de derechos fundamentales , Madrid, Thompson-Civitas, 2003, pp. 39 y ss

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 9 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.