COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia T/941/11

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de tutela
Referencia	T/941/11
Expediente	—
Fecha	2011-12-15
Sala	Sala Octava de Revisión
Magistrado ponente	HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Derecho Fundamental A La Seguridad Social Y Proteccion Por Medio De Accion De Tutela
- Accion De Tutela Para Reconocimiento De Pension De Vejez

Resumen del caso (según la propia sentencia)

Derechos fundamentales y por no haber agotado los medios ordinarios de defensa García contra el Banco de Comercio Exterior de Colombia- BANCOLDEX, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y el Instituto de Seguros Sociales

Texto completo

T-941-11 REPÚBLICA DE COLOMBIA Sentencia T-941/11 DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL Y PROTECCION POR MEDIO DE ACCION DE TUTELA- Reiteración de jurisprudencia ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE VEJEZ- Reiteración de jurisprudencia sobre procedencia excepcional ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE VEJEZ- Improcedencia por no afectar derechos fundamentales y por no haber agotado los medios ordinarios de defensa Referencia: expediente T-3.190.225 Acción de tutela instaurada por José Hernando Otero García contra el Banco de Comercio Exterior de Colombia- BANCOLDEX, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y el Instituto de Seguros Sociales – ISS Magistrado ponente :

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO Bogotá D.C., quince (15) de diciembre de dos mil once (2011) La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, Luis Ernesto Vargas Silva y María Victoria Calle Correa, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, especialmente las de los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente SENTENCIA Dentro del proceso de revisión del fallo proferido en instancia única por el Juzgado veinticinco (25) Civil del Circuito de Bogotá.

I. ANTECEDENTES El señor José Hernando Otero García interpuso acción de tutela contra el Banco de Comercio Exterior de Colombia (en adelante BANCOLDEX), el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (en adelante MINAGRICULTURA) y el Instituto de Seguros Sociales (en adelante ISS), por la presunta vulneración de su derecho fundamental a la Seguridad Social. El actor sustenta sus pretensiones en los siguientes 1.

Hechos 1.1. El accionante de 67 años de edad manifiesta haber laborado cerca de 22 años, desde el mes de marzo de 1969, periodo durante el cual estuvo vinculado, entre otras entidades, con el Instituto Colombiano de Reforma Agraria -

INCORA entre el 17 de marzo de 1969 y el 15 de marzo de 1970 y con el Fondo de Promoción de Exportaciones - PROEXPO entre el 2 de junio de 1975 y el 21 de abril de 1980.

1.2. Mediante Resolución No. 024253 del 12 de agosto de 2010 el ISS negó la pensión de vejez al actor, aduciendo falta de semanas, por cuanto sólo contaba con 810 semanas cotizadas.

1.3. Manifiesta el accionante que no fueron tenidos en cuenta los periodos laborados en PROEXPO y en el INCORA, lo cual representa aproximadamente 302 semanas. El desconocimiento del ISS de las semanas anotadas obedece a la omisión por parte de las entidades mencionadas de pagar, en su momento, los aportes pensionales de acuerdo a la ley, bajo el entendido, por parte de la primera, de inexistencia de relación laboral con el señor José Hernando Otero García y, respecto de la segunda, con el argumento de que no era la obligada al pago de los aportes pensionales del actor.

1.4. Conforme al artículo 22 de la Ley 7 de 1991, a partir de 1992 BANCOLDEX asumió todos los derechos y obligaciones de PROEXPO y, de acuerdo con el artículo 26 del Decreto 1292 de 2003, el MINAGRICULTURA es el responsable actual de los procesos judiciales y reclamaciones contra el INCORA.

1.5. Frente a la negativa, el señor José Hernando Otero García interpuso acción de tutela contra el Banco de Comercio Exterior de Colombia, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y el Instituto de Seguros Sociales, por la supuesta vulneración de su derecho fundamental a la Seguridad Social, el cual considera vulnerado por parte de las referidas entidades, al abstenerse de realizar los aportes en su momento y al negarle el reconocimiento de la pensión de vejez.

2. Solicitud de tutela La tutela interpuesta por el accionante persigue que se ordene a BANCOLDEX y al MINAGRICULTURA el pago al ISS de los aportes pensionales actualizados y causados durante el tiempo de trabajo del accionante en estas entidades y el reconocimiento por parte del ISS de la pensión de vejez a su favor.

Sustenta su solicitud señalando que BANCOLDEX y el MINAGRICULTURA vulneraron su derecho fundamental a la Seguridad Social y quebrantaron sus obligaciones legales al incumplir el pago de los aportes pensionales al ISS durante el tiempo que trabajó para el Estado colombiano.

Por su parte, aduce que el ISS de igual forma vulneró su derecho a la Seguridad Social al negar el reconocimiento de la pensión de vejez, puesto que es su obligación exigir y cobrar jurídicamente a BANCOLDEX y al MINAGRICULTURA los aportes pensionales que financian el fondo común de naturaleza pública con el que se financia la Seguridad Social de todos los afiliados.

3. Respuesta del Banco de Comercio Exterior de Colombia – BANCOLDEX Mediante escrito presentado por apoderado judicial, BANCOLDEX solicita se deniegue el amparo del derecho fundamental presuntamente vulnerado, por la improcedencia de la acción de tutela.

Señala que no existe claridad sobre la responsabilidad de la entidad demandada al pago de aportes pensionales del accionante, por cuanto no tuvo relación laboral con éste y no existe un reconocimiento judicial de quién es el responsable de dicha obligación.

Por consiguiente, se debe acudir a la jurisdicción ordinaria para determinar las obligaciones en cabeza de las partes. El juez de tutela no puede entrar a definir dicha situación, pues de hacerlo, desbordaría su competencia como juez constitucional y desconfiguraría la acción de tutela, mecanismo procedente cuando existen obligaciones ciertas y precisas. De esta forma, solamente cuando se defina judicialmente las obligaciones pensionales de los Agregados Comerciales, se podrá acudir a la acción de tutela para solicitar la protección de los derechos derivados de éstas.

Añade que no obran en el expediente pruebas que evidencien la existencia de un perjuicio irremediable que amenace los derechos fundamentales del accionante.

Lo anterior puesto que el actor no se considera en situación de ancianidad y no se encuentran pruebas que establezcan que el tutelante se encuentra en una difícil situación económica.

4. Respuesta de MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL Mediante escrito presentado por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, el MINAGRICULTURA solicita se desestimen las pretensiones del demandante.

Manifiesta que mediante oficio No. 20113400094401 de 25 de abril de 2011, se remitieron las certificaciones laborales solicitadas por el accionante para el trámite pensional.

Añade que según el artículo 2 del Decreto 4986 de 2007, las obligaciones relacionadas con el reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas del sistema general de pensiones de los ex servidores públicos del liquidado INCORA, quedaron en cabeza del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

Dicha obligación incluye los aportes pensionales del régimen de prima media con prestación definida al Instituto de Seguros Sociales. II. ACTUACIONES PROCESALES 1.

Primera instancia Mediante sentencia de treinta (30) de junio de 2011 la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá declaró improcedente la acción de tutela impetrada. Según consideraciones del a-quo existen otros medios de defensa judicial idóneos para ordenar el reconocimiento de prestaciones sociales o el pago de acreencias laborales, que no fueron agotados por el accionante.

Añade que ante la incertidumbre jurídica sobre quién es el obligado a realizar los aportes pensionales de los Agregados Comerciales, es el juez ordinario quien debe resolver tal conflicto, “sin que sea la acción de tutela el medio adecuado para determinar quién tiene derecho en este litigio, a quién le corresponde la responsabilidad del pago, qué tipo de vinculación tenía el accionante con cada entidad, los tiempos en que se desempeñó allí, si hay lugar o no al bono pensional, los pagos realizados, entre otros, factores que requieren un profundo y concienzudo debate probatorio, que no puede darse por vía de tutela, bajo el sofisma de la vulneración de los derechos fundamentales del autor.” Aunado a lo anterior, no se demostró la existencia de un perjuicio irremediable.

Aunque el actor cuenta con 67 años de edad y según su historia médica padece de una enfermedad coronaria y colitis ulcerática, no se prescribe control de ejercicio ni una dieta estricta, por lo cual se infiere la falta de inminencia y urgencia del perjuicio alegado. No se acreditó que el actor se encuentre en condiciones económicas que pongan en riesgo su mínimo vital, más aún cuando la negativa de reconocimiento de la pensión de vejez es del 12 de diciembre de 2010 y 10 meses después incoa acción de tutela. Por último señala que la procedencia de la acción de tutela en aras de evitar un perjuicio irremediable requiere que el accionante haya desplegado cierta actividad procesal administrativa mínima, la cual nunca fue agotada.

2. Impugnación La sentencia de primera instancia fue apelada por el accionante, quien consideró que el fallo de primera instancia desconoció los fundamentos de la acción de tutela, omitió pronunciarse sobre la violación del derecho fundamental alegado, ignoró las fuentes de derecho vinculantes y no resuelve el fondo de la controversia.

3. Segunda instancia Mediante sentencia de veintiuno (21) de julio de 2011 la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura de Bogotá confirmó la decisión de primera instancia.

Según consideraciones del a-quem no existe prueba en el expediente que acredite que el accionante haya ejercido hasta el momento la acción judicial ordinaria respectiva y, ante tal situación, en atención al carácter subsidiario de la acción de tutela, no puede convertirse el juez constitucional en un funcionario que desplace las competencias judiciales ordinarias.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE 1. Competencia 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. Presentación del caso y problema jurídico Corresponde a esta Sala proferir la sentencia de revisión de la tutela impetrada por el señor José Hernando Otero García contra el Banco de Comercio Exterior de Colombia- BANCOLDEX, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y el Instituto de Seguros Sociales – ISS, en donde el accionante solicita el pago por parte de BANCOLDEX y el MINAGRICULTURA al ISS de los aportes pensionales actualizados y causados durante el tiempo de trabajo del accionante en estas entidades y el reconocimiento de la pensión de vejez por parte del ISS.

El problema jurídico que plantea la acción impetrada consiste en determinar la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de la pensión de vejez, teniendo en cuenta que no hay certeza sobre la existencia de relación laboral entre las entidades demandadas y el accionante, y que no existe precisión sobre el obligado a realizar los aportes pensionales. A partir de lo anterior, determinar si BANCOLDEX, el MINAGRICULTURA y el ISS vulneraron el derecho fundamental a la Seguridad Social del actor al omitir realizar los aportes y negar el reconocimiento de su pensión de vejez.

Para resolver el problema jurídico planteado el análisis de la Sala se va a concentrar en determinar i) la seguridad social como derecho constitucional fundamental y su protección por medio de la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia, ii) la procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento de la pensión de vejez. Reiteración de jurisprudencia y, iii) finalmente, se dará solución al caso concreto.

3. 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 ”.

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 [1] . 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

preveíble disminución de la producción laboral lo que les dificulta o impide obtener los recursos para disfrutar de una vida digna [2] .

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 [3] .

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” [4] .

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. 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 [5] 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 -, como el derecho a la pensión de vejez, cuya implementación política, legislativa, económica y técnica es más exigente que la de otras y depende de fuertes erogaciones económicas en un contexto de escasez de recursos. Esto supone que algunas veces sea necesario adoptar políticas legislativas y/o reglamentarias para determinar específicamente las prestaciones exigibles y las condiciones para acceder a las mismas, las instituciones obligadas a brindarlas y su forma de financiación, teniendo en cuenta que se debe atender, de modo prioritario, a quienes más lo necesitan. Sobra decir que, en esta tarea, el legislador y la administración deben respetar los mandatos constitucionales y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad, para lo cual deben tener en cuenta las interpretaciones que los órganos autorizados han hecho sobre el alcance de los derechos que reconocen estas normas [6] .

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 cuál es el contenido prestacional constitucionalmente determinado.

En este sentido, la Corte ha señalado que sólo una vez adoptadas las medidas de orden legislativo y reglamentario , si se cumplen los requisitos previstos en estos escenarios, las personas pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de estos derechos fundamentales cuando quiera que este se encuentre amenazado de vulneración o haya sido conculcado [7] , 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 [8] .

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

4. La procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento de la pensión de vejez. Reiteración de jurisprudencia De conformidad con la jurisprudencia reiterada de esta Corporación [9] , la acción de tutela no procede, en principio, para ordenar el reconocimiento de prestaciones derivadas del derecho a la seguridad social, como la pensión de vejez.

La razón para ello es el carácter subsidiario que posee el mecanismo judicial previsto en el artículo 86 de la Constitución [10] , pues el legislador ha establecido un escenario judicial concreto para los eventuales conflictos que surjan a

propósito de la exigencia de este derecho, cual es la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social según el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social [11] .

Sin embargo, la jurisprudencia constante de esta Corporación [12] , con base en el artículo 86 de la Constitución, también ha indicado dos excepciones a la regla general de la improcedencia.

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

Uno de los criterios determinantes ha sido el de la avanzada edad del peticionario, sobretodo si sobrepasa el índice de promedio de vida en Colombia (74 años), pues el mecanismo ordinario resulta ineficaz si es probable que la persona no exista para el momento en el que se adopte un fallo definitivo tomando en cuenta el tiempo considerable que demora un proceso de esta índole y la edad del actor [13] .

Así en sentencia T 456 de 2004 se afirmó por este alto Tribunal que: “ Si una persona sobrepasa el índice de promedio de vida de los colombianos (se estima en 71 años), y ella considera que se le ha dado un trato discriminatorio en el reajuste pensional y por tal motivo ha reclamado ante juez competente, pero se estima razonablemente que el solicitante ya no existiría para el momento que se produjera la decisión judicial, debido a su edad avanzada, unido esto al alto volumen de procesos que razonablemente producen demora en la decisión, pese al comportamiento diligente del juzgador, entonces, ese anciano no tiene otro medio distinto al de la tutela para que, provisionalmente, mientras se decide el fondo del asunto por el juez natural, se ordene el respeto a su derecho. Por supuesto que el Juez de Tutela debe hacer un equilibrado análisis en cada caso concreto, no olvidando que en el momento de transición institucional que vive el país, es posible una demora en las decisiones judiciales. O sea, no se puede adoptar una solución mecánica para todos los casos sino que debe analizarse individualmente a cada uno de ellos .” [14] Ahora bien, la Corte también ha tomado en cuenta otros factores que no tienen que ver con las condiciones personales del peticionario, como es la posibilidad de que para el momento del fallo definitivo el conflicto sobre el cumplimiento de los requisitos para la pensión de vejez haya perdido su razón de ser. Para ilustrar este punto resulta clarificador traer a colación la sentencia T-052-08 en la que se precisó:

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

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

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

La jurisprudencia constitucional, con el fin de comprobar la presencia de un perjuicio irremediable en el caso concreto, que en la mayoría de los casos consiste en la afectación del mínimo vital del peticionario(a) y de su familia, ha utilizado criterios como (i) la edad del actor(a) para ser considerado(a) sujeto de especial protección por ser una persona de la tercera edad, (ii) el estado de salud del (la) solicitante y su familia, y (iii) las condiciones económicas del peticionario(a) [15] .

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

Si se alega como perjuicio irremediable la afectación del mínimo vital, la Corte ha indicado que si bien es posible presumir su afectación, en general quien alega una vulneración de este derecho como consecuencia de la falta de reconocimiento de su pensión, debe acompañar su afirmación de alguna prueba, al menos sumaria.

Esta Corporación ha reconocido que la informalidad de la acción de tutela no exonera al actor de probar, aunque sea de manera sumaria, los hechos en los que basa sus pretensiones [16] .

En relación con la existencia del otro medio de defensa judicial ha señalado la jurisprudencia de la Corte que no existe la obligación de iniciar el proceso ordinario antes de acudir a la acción de tutela, basta que dicha posibilidad esté abierta al interponer la demanda. Sin embargo, si el demandante ha dejado vencer la oportunidad para iniciar el trámite del proceso ordinario, por prescripción o caducidad de la acción, la tutela no procede como mecanismo transitorio [17] .

Adicionalmente, la Corte ha exigido que se haya desplegado cierta actividad procesal administrativa mínima por parte del interesado(a) [18] .

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

5. Análisis del caso concreto En el presente asunto el señor José Hernando Otero García considera vulnerado su derecho a la seguridad social por la negativa del Instituto de Seguros Sociales – ISS al reconocimiento de la pensión de vejez y por la omisión por parte del Instituto Colombiano de Reforma Agraria – INCORA y el Fondo de Promoción de Exportaciones – PROEXPO de realizar los aportes pensionales durante el tiempo de trabajo del accionante en estas entidades. El accionante interpone acción de tutela contra el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y el Banco de Comercio Exterior de Colombia – BANCOLDEX, puesto que estas entidades asumieron los derechos y obligaciones del INCORA y PROEXPO respectivamente.

Los jueces de instancia denegaron el amparo solicitado por considerar que la acción de tutela era improcedente, puesto que el asunto de la controversia, esto es, la determinación de la existencia de relación laboral y por ende, la delimitación del obligado a realizar los aportes pensionales, es de competencia del juez ordinario; no se demostró la existencia de un perjuicio irremediable y; no existe prueba en el expediente que acredite que el accionante haya ejercido hasta el momento la acción judicial ordinaria respectiva.

Esta Sala con base en los antecedentes y consideraciones expuestas anteriormente, pretende dar solución al siguiente problema jurídico: determinar la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de la pensión de vejez, teniendo en cuenta que no existe certeza de la existencia de relación laboral entre las entidades demandas y el accionante, y que no hay precisión jurídica sobre el obligado a realizar los aportes pensionales. A partir de lo anterior, determinar si BANCOLDEX, el MINAGRICULTURA y el ISS vulneraron el derecho fundamental a la Seguridad Social del actor al omitir realizar los aportes y negar el reconocimiento de la pensión de vejez.

Con el propósito de establecer si en el presente caso es procedente o no la acción de tutela impetrada para reclamar las pretensiones del accionante, y siguiendo los lineamientos de la jurisprudencia constitucional, primero debemos establecer si: (i) conforme a las pruebas allegadas al proceso, le asiste al accionante el derecho pensional que reclama y éste fue negado de manera caprichosa o arbitraria; (ii) se encuentra plenamente demostrada la afectación de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna del actor o de su núcleo familiar; (iii) estamos en presencia de un sujeto

de especial protección constitucional y; (iv) existe certeza sobre la ocurrencia sobre la existencia de un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales del accionante de no hacerse efectivo el reconocimiento de la pensión.

Conforme a las pruebas allegadas al proceso, es evidente la incertidumbre jurídica, por un lado, sobre la existencia de una relación laboral entre las entidades demandadas y el accionante, y por el otro, sobre el obligado a realizar los aportes pensionales a favor del señor José Hernando Otero García. Solo a partir de la determinación cierta y precisa de las obligaciones mencionadas, se puede entrar a discutir la eventual existencia de una vulneración al derecho a la seguridad social del accionante por parte de BANCOLDEX, el MINAGRICULTURA y el ISS al negar el reconocimiento de su pensión de vejez.

De esta forma, la determinación del alcance y contenido de las obligaciones de los Agregados Comerciales, es competencia del juez ordinario, quien debe resolver tal conflicto, sin que sea la acción constitucional el mecanismo apropiado para determinar derechos litigiosos. Por consiguiente, el problema jurídico que el actor pretende resolver en sede de tutela, no es algo que pueda dilucidarse dentro del trámite sumario de la acción de tutela. En tratándose de derechos litigiosos de naturaleza legal, la competencia prevalente para su resolución radica en cabeza de la justicia laboral o contencioso administrativa, según sea el caso. El juez de tutela sólo podrá – de forma excepcional – entrar a dirimir asuntos relativos al reconocimiento de pensión en los precisos casos en los cuales esté demostrado con certeza el derecho que arbitrariamente no fue reconocido.

Por su parte, si bien el señor José Hernando Otero García manifiesta encontrarse en difíciles condiciones económicas, dicha afirmación no se acreditó de tal forma que se pueda inferir un riesgo al mínimo vital y/o vida en condiciones dignas, más aún cuando la negativa del ISS al reconocimiento de la pensión de vejez del accionante es del 12 de agosto de 2010 y sólo 10 meses después incoa acción de tutela.

Respecto a la calidad de sujeto de especial protección constitucional, que cobija al accionante en el proceso de la referencia, es preciso resaltar que el índice promedio de vida de los colombianos, estimado en 74 años de edad, ha sido tenido en cuenta como uno de los factores determinantes de la procedencia de la acción de tutela en materia de reconocimiento de pensión, puesto que el mecanismo ordinario resulta ineficaz si es probable que la persona no exista para el momento en el que se adopte un fallo definitivo, tomando en cuenta el tiempo considerable que demora un proceso de esta índole y la edad del actor. De esta forma, de admitir todas las acciones de amparo que son interpuestas por personas que tienen más de 60 años de edad, se vaciarían las competencias de la justicia ordinaria. En el presente caso el accionante tiene 67 años, se encuentra por debajo del promedio de vida en Colombia, por lo cual no es posible inferir que se encuentre en riesgo inminente de fallecer antes de que se produzca un fallo definitivo en las instancias ordinarias.

Con relación al último punto, esto es, la certeza sobre la existencia de un perjuicio irremediable de los derechos fundamentales del accionante a partir de la negativa al reconocimiento de la pensión de vejez que solicita, encontramos que, si bien la historia médica del accionante describe que padece de una enfermedad coronaria y colitis ulcerática , no se prescribe control de ejercicio, ni una dieta estricta, ni un tratamiento médico específico que permita inferir la inminencia y urgencia del perjuicio alegado.

Aunado a lo anterior, la Corte ha precisado que la procedencia de la acción de tutela en aras de evitar un perjuicio irremediable requiere que el accionante haya desplegado cierta actividad procesal administrativa mínima, la cual nunca fue agotada en este caso. De acuerdo con el texto Constitucional, por el carácter subsidiario de la acción de tutela, a toda persona le asiste la obligación de hacer uso, en un escenario previo a la instauración de la acción de tutela, de las herramientas ordinarias previstas en el ordenamiento jurídico. Lo que se persigue con dicha medida es que la acción de tutela no se convierta en una vía alternativa o herramienta que usurpe los mecanismos judiciales ordinarios o especiales

de protección de los derechos y administración de justicia, sino que se erija como un mecanismo extraordinario encaminado a la protección constitucional de los derechos fundamentales.

Por lo anteriormente expuesto, siendo evidente que la controversia versa sobre derechos litigiosos inciertos, la existencia de un mecanismo ordinario idóneo previsto por el ordenamiento jurídico para solucionar la controversia y la falta de certeza sobre la existencia de un perjuicio irremediable, la acción de tutela es improcedente. Por tanto, la Sala Octava de Revisión de esta Corporación, confirmará el fallo de fecha veintiuno (21) de julio de 2011 de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura de Bogotá.

IV. 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 el fallo de primera y segunda instancia emitidos por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura de Bogotá respectivamente, con base en las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.

Segundo.-ÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados. Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO Magistrado LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA Magistrado Con aclaración de voto MARÍA VICTORIA CALLE CORREA Magistrado Con aclaración de voto MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ Secretaria General ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA MARIA VICTORIA CALLE CORREA A LA SENTENCIA T-941/11 Referencia:

Expediente T-3190225 Acción de tutela instaurada por José Hernando Otero García contra el banco de Comercio Exterior de Colombia –BANCOLDEX, y el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y el Instituto de Seguros Sociales –ISS- .

Magistrado Ponente: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO Estoy de acuerdo parcialmente con esta providencia, en cuanto no concedió la acción de tutela instaurada. En mi concepto, no había suficientes elementos para concluir que el demandante hubiese trabajado para BANCOLDEX y el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural , y aparte tampoco había razones para pensar que estas dos eran las entidades encargadas de hacer aportes pensionales a favor del actor. No obstante, disiento del presente fallo en la medida en que fundó la decisión sobre la base de la improcedencia del amparo, conclusión a la cual arribó tras sostener que no hay “certeza sobre la existencia de un perjuicio irremediable” . En mi concepto, sí había buenas razones para considerar que el demandante promovía el amparo con el fin de evitar un perjuicio irremediable, y para sostener que estaban dados todos los elementos característicos de este perjuicio.

En efecto, la jurisprudencia de esta Corte ha señalado que el perjuicio irremediable es un perjuicio grave e inminente, que demanda actuaciones urgentes e impostergables.

[19] Esas notas están presentes en el perjuicio que el actor pretende evitar. Así, por una parte, cuenta con una avanzada edad (67 años) que si bien no es suficiente para convertirlo por sí sola en un sujeto de especial protección constitucional, lo cierto es que sí debe tenerse en cuenta porque la falta de unos aportes, que el demandante considera necesarios para recibir su pensión de vejez, regularmente impacta con mucha mayor fuerza en una persona que ha superado los sesenta y cinco años de edad que en otra más joven o con menor edad. Este impacto es todavía más relevante, si se tiene en cuenta que en la historia clínica del peticionario hay evidencias de problemas coronarios y ulceráticos. En mi opinión, y en vista de que no había otros elementos probatorios que indicaran como correcta una conclusión opuesta, esto era suficiente para asumir que el demandante pretendía evitar un perjuicio grave.

Este perjuicio, que el actor buscaba impedir, era asimismo actual. El señor José Hernando Otero García no solicitaba el pago de aportes pensionales por un perjuicio que estaba por ocurrir, sino por un perjuicio que con buenos motivos juzgaba estar experimentando al momento de interponer el amparo. Al ser una persona de avanzada edad, y además con un problema comprobado de salud física, la falta de unos ingresos pensionales era perjudicial para él. De hecho, la falta de ingresos es perjudicial para cualquier persona. Y por lo tanto lo era también para el señor Otero García. La Sala afirma que las difíciles condiciones económicas, por las cuales el peticionario dijo estar atravesando, no están bien acreditadas para inferir un riesgo de menoscabo en sus derechos fundamentales. Pero no dice por qué no puede presumirse la veracidad de ese aserto, de acuerdo con el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, si ninguna de las entidades refutó ese punto en particular.

De acuerdo con las pruebas aportadas al proceso, enjuiciadas a la luz de la Constitución, de la jurisprudencia de esta Corte y del decreto 2591 de 1991, es razonable concluir que el perjuicio que quería impedir el tutelante era grave y actual. Por lo cual, su situación demandaba acciones urgentes e impostergables.

La primera de ellas era estudiar y decidir el fondo del asunto, debido a que no estaba en discusión si concurría alguna otra causal de improcedencia de la tutela. Ya en este otro momento del juicio, era preciso concluir que el amparo no debía concederse por hacer falta los mínimos elementos de juicio que probaran la relación laboral del peticionario con las entidades accionadas, y el deber de estas de hacer aportes pensionales a su favor. Esta me parecía una carga mínima, que el actor sin embargo no satisfizo.

Por las anteriores razones, decidí aclarar el voto. Fecha ut supra, MARÍA VICTORIA CALLE CORREA Magistrada [1] (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.

[2] Sentencia T-284 de 2007. [3] Sentencia C-623 de 2004. [4] Posición planteada desde la sentencia T-406 de 1992. [5] 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.

[6] Al respecto ver las Sentencias C-616 de 2001, C-130 de 2002, C-791 de 2002 y SU-623 de 2001. [7] Sentencia T-016 de 2007. [8] Ibídem. [9] Sentencias T-174-08, T-762-08, T-286-08, T-239-08, T-052-08, T-607-07, T-691A-07, T-652-07, T-307-07, T-376-07, T-284-07, T-529-07, T-149-07, T-935-06, T-229-06, entre otras.

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

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

[12] Sentencias T-762-08, T-286-08, T-239-08, T-052-08, T-691A-07, T-376-07, T-284-07, T-529-07, T-149-07, T-229-06, entre otras. [13] Sentencias T-239-08, T-284-07, T-149-07 y T-229-06.

[14] Sentencia T-456/94, T-529/05, T- 149 de 2007 entre otras. [15] Sentencia T-762-08, T-376-07, T-607-07, T-652-07, T-529-07, T-935-06 y T-229-06, entre otras.

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

[17] Sentencias T-286-08, T-284-07, T-871 de 1999, T-812 de 2000, entre otras. [18] Ibídem. [19] Las características del perjuicio irremediable fueron delimitadas por la Corte desde la sentencia T-225 de 1993 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa). Luego fueron reconocidas por la Sala Plena de la Corte en la sentencia C-531 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz, SV. Jorge Arango Mejía, Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara). En aquella se dijo:

“[a]l examinar cada uno de los términos que son elementales para la comprensión de la figura del perjuicio irremediable, nos encontramos con lo siguiente: || A).El perjuicio ha de ser inminente:

"que amenaza o está por suceder prontamente". Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles:

cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia. || B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto

se verifica cómo la precisión y la prontitud dan señalan la oportunidad de la urgencia. || C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente. || D).La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social”.

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.