

## **Procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento del derecho a la pensión de vejez (Sentencia T-090-2009)**

La presente reseña tiene como objeto hacer un análisis de la Sentencia T-090 de 2009<sup>1</sup>, en la cual, la Corte Constitucional colombiana reitera algunos criterios para definir en qué casos es procedente la acción de tutela para el reconocimiento de la pensión de vejez. En este caso, además, la Corte hace una síntesis acerca de las distintas doctrinas para hacer exigible, vía acción de tutela, los derechos sociales.

### HECHOS

El actor solicitó el reconocimiento y pago de su pensión de vejez al Instituto de Seguros Sociales –ISS– el 6 de Septiembre de 2006. El ISS negó el reconocimiento, argumentando que el peticionario es beneficiario del régimen de la Ley 100 de 1993, el cual exige 1.075 semanas de cotización, número superior a las 1.007 semanas que llevaba cotizadas. No obstante, el peticionario indicó que su caso se encuentra cobijado por el Acuerdo 49 de 1990, en virtud del cual sólo debe cotizar 1.000 semanas para acceder a la pensión de vejez.

Para el año 2006, el peticionario cumplió la edad requerida y el acuerdo 49 de 1990 le exige sólo 1.000 semanas de cotización para acceder al derecho. El argumento giró en torno a la aplicación de éste régimen pues había cotizado bajo su vigencia.

Con fundamento en los hechos narrados el ciudadano interpone acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social que, considera, han sido vulnerados por la entidad demandada al no reconocerle la pensión de vejez. Los jueces de instancia resuelven negar el amparo con el argumento de la improcedencia de la acción, por existir otro mecanismo de defensa judicial. Finalmente, el caso llega a

\* Estudiante de cuarto año de derecho y monitor del departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia.

1 M. P.: HUMBERTO SIERRA PORTO.

consideración de la Corte Constitucional, órgano ante el cual se plantea el siguiente problema jurídico ¿El Instituto de Seguros Sociales vulneró los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social del actor al negarle el reconocimiento de su pensión de vejez? Problema cuya resolución lleva a la Corte a ocuparse de varios asuntos entre los que se destacan: 1. La seguridad social como derecho constitucional fundamental y su protección por medio de la acción de tutela. 2. Procedencia de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento de la pensión de vejez. 3. El principio de favorabilidad en materia pensional.

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

##### LA SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL Y SU PROTECCIÓN POR MEDIO DE LA ACCIÓN DE TUTELA

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, y se consagra en el artículo 48 de la Carta política, según el cual, “se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social”.

Este derecho demanda el diseño de una estructura básica, al requerir, por un lado, el establecimiento de instituciones encargadas de la prestación del servicio y, por otro, la provisión de unos fondos que garanticen su buen funcionamiento.

Sobre este punto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha acogido distintas teorías para explicar la exigibilidad por vía de tutela de este tipo de derechos.

La primera teoría 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*.

La segunda teoría admitió que los derechos sociales, económicos y culturales, 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”<sup>2</sup>.

2 Posición planteada desde la Sentencia T-406 de 1992.

La tercera teoría ha mostrado que los derechos civiles y políticos, así como los derechos sociales, económicos y culturales son derechos fundamentales que implican obligaciones de carácter negativo y positivo<sup>3</sup>. El Estado debe abstenerse de realizar acciones orientadas a desconocer estos derechos, y a su vez, debe adoptar un conjunto de medidas y desplegar ciertas actividades que implican exigencias de orden prestacional.

La última teoría indica que *todos los derechos constitucionales son fundamentales*<sup>4</sup> pues se conectan de manera directa con los valores que el Constituyente quiso elevar a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. 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. La necesidad del desarrollo político, reglamentario y técnico *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, quién es el sujeto obligado, quién es el titular y cuál es el contenido prestacional constitucionalmente determinado. 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.

#### PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA RECLAMAR EL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

La regla general es la subsidiariedad de la acción de tutela. Esta acción 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 que el legislador ha previsto mecanismos ordinarios para su protección.

Sin embargo, la Corte Constitucional ha establecido dos excepciones a la regla general de improcedencia. La primera, cuando el mecanismo ordinario no resulte idóneo y eficaz en el caso concreto, por ejemplo, cuando se contempla la posibilidad de que la persona no exista para el momento en que se adopte un fallo definitivo, tomando en cuenta el tiempo que demora un proceso de esta índole y la edad del actor. La segunda, cuando a pesar de la existencia de un medio judicial ordinario idóneo y eficaz, la acción de tutela *es necesaria como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable*, por ejemplo, cuando la falta de suministro de un medicamento

3 Cfr. Sentencia T-087 de 2005.

4 Cfr. Sentencias T-016 de 2007 sobre el derecho a la salud, T-585 de 2008 sobre el derecho a la vivienda y T-580 de 2007 sobre el derecho a la seguridad social.

incluido en el Plan Obligatorio de Salud –POS– pone en riesgo inminente la salud o la vida del actor.

#### EL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN MATERIA PENSIONAL

De acuerdo con los artículos 53 de la Constitución Política y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, el principio de favorabilidad en materia laboral consiste en el imperativo que tiene el operador jurídico de optar por la situación más favorable al trabajador en caso de *duda en la aplicación e interpretación* de las fuentes formales de derecho. Un problema de interpretación existe cuando la norma en cuestión admite más de una lectura y hay duda sobre cuál de ellas se debe aplicar al caso concreto<sup>5</sup>. Según la jurisprudencia Constitucional el principio de favorabilidad tiene dos elementos: 1. La noción de duda ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, y 2. La noción de interpretaciones concurrentes.

#### CASO CONCRETO

De la Ley 100 de 1993 se desprenden dos interpretaciones acerca de la posibilidad de acumular el tiempo laborado en las entidades estatales para este caso.

La primera interpretación surge a raíz de una lectura literal e independiente de los artículos 33 y 36 de dicha ley; el primero señala los requisitos para acceder a la pensión de vejez según la Ley 100 de 1993, y permite al autor la acumulación del tiempo laborado en todas las entidades tanto públicas como privadas; pero el interesado tiene una desventaja y es que no alcanza las 1.070 semanas que le exige la norma. Por otro lado, está la lectura literal del artículo 36 que contempla el régimen de transición (las personas que cumplan con las condiciones descritas en la norma podrán adquirir la pensión con los requisitos de edad, tiempo monto de la pensión de vejez establecido en el régimen anterior, que es el acuerdo 049 de 1990) el cual le permite al autor pensionarse con 1.000 semanas de cotización; pero tiene una desventaja y es que no le admite la acumulación en todas las entidades en que laboró, por lo tanto, tampoco podría acceder al beneficio.

La segunda interpretación de la ley consiste en una lectura integral, optando por la aplicación de los dos artículos pero solamente en la parte que beneficia al autor. En cuanto al artículo 33, se le permite acumular el tiempo laborado en todas las entidades, y en cuanto al artículo 36, se aplican los

5 Cfr. Sentencias T-248 y T-154 de 2008, T-529 de 2007, T-158 de 2006, T-871 de 2005 y T-545 de 2004, entre otras.

requisitos del régimen de transición que le permite pensionarse solamente con 1.000 semanas de cotización.

Según la corte es claro que la interpretación más favorable para el accionante es la segunda, pues con ella conserva los beneficios del régimen de transición, que le permite pensionarse con 1.000 semanas de cotización, y además, permite la acumulación de las semanas laboradas en todas las entidades.

De acuerdo con lo anterior, la Sala de Revisión revocó el fallo de segunda instancia, y concedió el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social.

#### NUESTRO CRITERIO

Discrepamos de las consideraciones de la Corte Constitucional relacionadas con la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento del derecho a la seguridad social. La Corte concluye que *todos los derechos constitucionales son fundamentales*<sup>6</sup>, pues se conectan de manera directa con los valores que el Constituyente quiso elevar a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Ahora bien, agrega la Corte, que una cosa es la fundamentalidad de los derechos y otra muy distinta la posibilidad de hacerlos efectivos a través de la acción de tutela.

Consideramos equivocada la tesis anterior, ya que una característica primordial de los derechos fundamentales es que estos son exigibles vía acción de tutela (así se concibió en el art. 86 de la Constitución)<sup>7</sup>, por lo tanto la Corte yerra al afirmar que una cosa es que x sea derecho fundamental, y otra totalmente distinta es que x se pueda exigir vía acción de tutela. A nuestro juicio, la acción de tutela se consagró precisamente para la protección inmediata de todos los derechos fundamentales. Esto nos lleva a considerar que lo que en principio parece una idea muy progresista para darle el carácter de fundamental a todos los derechos que aparecen en la Constitución, independientemente del capítulo en que se ubiquen, resulta ser una continuación de lo que anteriormente se ha considerado, y es que no siempre procede la acción de tutela para la protección de derechos económicos sociales y culturales, sino que se deben dar unos supuestos específicos para que ésta proceda.

La Corte también señala que *sólo una vez adoptadas las medidas de orden legislativo y reglamentario*, si se cumplen los requisitos previstos en

6 Cfr. Sentencias T-016 de 2007 sobre el derecho a la salud, T-585 de 2008 sobre el derecho a la vivienda, y T-580 de 2007 sobre el derecho a la seguridad social.

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

estos escenarios, las personas pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de los derechos económicos sociales y culturales, ya que, de lo contrario, hay una indeterminación de los sujetos obligados y el contenido de las prestaciones exigibles.

Esta tesis resulta inadecuada porque pese a que no exista un desarrollo legislativo frente a estos derechos, sí hay un desarrollo Constitucional acerca de cuáles son los derechos económicos, sociales y culturales, además, por vía jurisprudencial, la Corte ha considerado que todos los derechos son fundamentales, por lo tanto no hay motivo alguno para condicionar la exigencia de estos derechos solamente hasta cuando se hayan tomado las medidas de orden legislativo y reglamentario. Ejemplo de lo anterior es el artículo 49 de la Constitución Nacional el cual dispone que la atención en salud y el saneamiento ambiental son servicios a cargo del *Estado*. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. El mencionado artículo muestra que no hay una indeterminación del sujeto activo obligado, ya que la misma Constitución le asigna al Estado la función de atención en salud y saneamiento ambiental.

Como conclusión, consideramos que si la Corte Constitucional, por vía jurisprudencial, le ha dado el carácter de fundamental a todos los derechos, igualmente todos ellos deben ser exigibles vía acción de tutela, ya que de lo contrario sería como tener el derecho pero sin poder exigirlo, lo que equivale en últimas a tener un derecho de papel, el cual se encuentra consagrado en la Constitución pero que no se puede proteger en la práctica.