

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL – Derecho fundamental

De la evolución jurisprudencial respecto a la naturaleza de derecho a la seguridad social, se resalta que en un primer momento fue amparado por conexidad con los derechos fundamentales tales como el de la vida, la dignidad humana, la integridad física. Ese criterio de la conexidad, posteriormente se vio acompañado por la afectación de sujetos merecedores de especial protección constitucional. Con el transcurrir de los años la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional ha llegado a amparar el derecho a la seguridad social directamente catalogándolo en sí mismo como derecho fundamental, conclusión a la llegó la Corte Constitucional al interpretar de manera conjunta los artículos 48 y 49 de la Constitución Política y el artículo 40 de la Ley 100 de 1993.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la evolución del carácter fundamental del derecho a la seguridad social: Corte Constitucional, Sentencias T- 453 de 1992, T-042 de 1996, SU-039 de 1998 y T-702 de 2 de octubre de 2009.

TUTELA – Mecanismo de defensa transitorio para evitar un perjuicio irremediable / TUTELA COMO MECANISMO TRANSITORIO – Mientras se hace uso de los mecanismos ordinarios de defensa / PERJUICIO IRREMEDIABLE – Debe analizarse en cada caso concreto / TUTELA COMO MECANISMO PRINCIPAL Y DEFINITIVO DE DEFENSA – Procedencia cuando el mecanismo ordinario es insuficiente, ineficaz o desproporcionado

La acción de tutela, en principio no puede ser empleada como mecanismo principal y definitivo para resolver controversias sobre las cuales el legislador ha previsto mecanismos especializados y definitivos para su resolución, dentro de los cuales también se garantiza la protección y garantía de los derechos fundamentales. Sin embargo, previendo que en casos excepcionales la exigencia de acudir a los mecanismos antes referidos, no resulta suficiente para conjurar las acciones u omisiones que amenazan o vulneran de forma grave e inminente algún derecho fundamental, se estableció en los artículos 6° y 8° del Decreto 2591 de 1991, la modalidad de la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, en otras palabras, la posibilidad de instaurar la acción constitucional mientras se hace uso de los mecanismos ordinarios de defensa, para evitar un daño considerable e irreversible, que requiere para prevenirse de una intervención inmediata, como la que puede proporcionar por su naturaleza la acción de tutela. Para la procedencia excepcional de la acción de tutela a pesar de la existencia de otro medio judicial de defensa, es necesario que el juez en cada caso determine si el eventual perjuicio posee las características de irremediable, so pena de negar el amparo solicitado por la improcedencia de la acción constitucional. Ahora bien, la Corte Constitucional en casos aún más excepcionales, donde las particularidades del caso en concreto hacen que el amparo transitorio concedido, esto es, condicionado al inicio de un proceso ordinario, sea insuficiente para conjurar la situación de amenaza o vulneración de los derechos invocados, ha establecido que la acción de tutela es el mecanismo principal y definitivo de protección y garantía de éstos, verbigracia, cuando resulta ineficaz y desproporcionado exigirle a las personas que se encuentran en un estado de indefensión, iniciar y llevar hasta su fin un proceso ordinario para asegurar la primacía de los derechos fundamentales (art. 5 C.P.) y la supremacía de la Constitución (art. 4 C.P.).

FUENTE FORMAL: DECRETO 2591 DE 1991 – ARTICULO 6 / DECRETO 2591 DE 1991 – ARTICULO 8

NOTA DE RELATORIA: Sobre el perjuicio irremediable: Corte Constitucional, sentencia T-1060 de 2007, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra. Sobre la tutela como mecanismo principal y definitivo, Corte Constitucional, sentencia T-773 de 2005, MP. Rodrigo Escobar Gil y T-085 de 2009, MP. Jaime Araujo Renteria.

PERSONA DE LA TERCERA EDAD – Protección constitucional reforzada / PERSONA DISCAPACITADA – Especial protección

La Sala señala en primer lugar, que se esta frente a la protección de los derechos fundamentales de un adulto mayor, persona de la tercera edad, pues como se verifica del acervo probatorio el señor nació el 25 de marzo de 1925 (fl. 11), lo que conlleva a afirmar sin dubitación alguna que se debe dar una protección reforzada condición del especial del sujeto, tal como lo consagra el artículo 46 de la Carta Política. De otra parte, resalta la Sala que nos encontramos frente a un caso que merece la especial protección, por cuanto no sólo como se anotó, el actor es de la tercera edad, sino porque además tiene a su cargo un hijo que padece esquizofrenia indiferenciada como se evidencia en los documentos allegados al expediente visibles a folios 12, 14 a 19, y a su esposa, también perteneciente al grupo de adultos mayores.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 46

RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL – Naturaleza jurídica de parafiscal / NATURALEZA PARAFISCAL DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA SEGURIDAD SOCIAL – Alcance / PROHIBICION DE DOBLE ASIGNACION DEL TESORO PUBLICO – No se viola si se tiene pensión estatal por servicios y pensión de vejez a cargo del ISS con anterioridad a la ley 100 de 1993

Es pertinente abordar el tema de la naturaleza jurídica de los recursos del sistema de seguridad social, dado los fundamentos que expone la administración para tomar la decisión de suspender la pensión de jubilación reconocida por “Puertos de Colombia” y para lo cual resulta pertinente hacer referencia a lo dicho por la Corte Constitucional respecto a la naturaleza del sistema de seguridad social en los siguientes términos: “La cotización para la seguridad social ... es fruto de la soberanía fiscal del Estado. Se cobra de manera obligatoria a un grupo determinado de personas, cuyos intereses o necesidades ... se satisfacen con los recursos recaudados. Los recursos que se captan a través de esta cotización no entran a engrosar las arcas del presupuesto Nacional, pues tienen una especial afectación, y pueden ser verificados y administrados tanto por entes públicos como por personas de derecho privado. La tarifa de la contribución no se fija como una contraprestación equivalente al servicio que recibe el afiliado, sino como una forma de financiar colectiva y globalmente el sistema (...)” De la naturaleza jurídica de parafiscal de los dineros destinados a la seguridad social se deriva importantes consecuencias como es el desarrollo legal en relación con la seguridad social en la cual se establece que “los recursos del sistema general de pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la Nación ni a las entidades que los administran”, como también que el Estado es “garante de los recursos pensionales aportados por los afiliados ... y controlará su destinación exclusiva, custodia y administración” (art. 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003). Ante la naturaleza parafiscal de las cotizaciones de la seguridad social, no se incurre en violación de la norma constitucional cuando se tiene una pensión estatal por servicios y la pensión de vejez a cargo del Seguro Social, respecto a situaciones consolidadas con anterioridad a la vigencia del sistema general de dicha ley. En cambio a partir de la

Ley 100 de 1993, por tratarse de un sistema integral y único, el sistema no admite que un pensionado por vejez reciba otra pensión también de vejez.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 13

NOTA DE RELATORIA: Sobre la naturaleza del sistema de seguridad social, Corte Constitucional, sentencia C-577 de 4 de diciembre de 1995. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá D.C. cuatro (4) de febrero de dos mil diez (2010).

Radicación número: 76001-23-31-000 2009- 00844-01(AC)

Actor: MATIAS BONILLA VILLA.

Demandado: MINISTERIO DE PROTECCION SOCIAL, GRUPO INTERNO DE TRABAJO, GESTION PASIVO SOCIAL PUERTOS DE COLOMBIA.

Referencia: FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

Se decide la impugnación presentada contra el fallo del 29 de septiembre de 2009, proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que rechazó por improcedente la acción de tutela interpuesta por el señor Matías Bonilla Villa.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

El señor Matías Bonilla Villa, presentó acción de tutela contra la Nación – Ministerio de Protección Social, Grupo Interno de Trabajo, Gestión Pasivo Social Puertos de Colombia, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la igualdad y a la dignidad, al suspender el pago de la mesada pensional reconocida por el Gerente del Terminal Marítimo de Buenaventura “Puertos de Colombia” mediante la Resolución No. 004752 expedida el 17 de diciembre de 1985.

La parte actora expone como fundamento de su solicitud, los hechos que se resumen a continuación:

- 1.1. El accionante manifestó que mediante Resolución No. 004752 de 1985 expedida por Puertos de Colombia se le reconoció la pensión de jubilación, a partir del 1º de julio de 1985 y que posteriormente a través del acto administrativo No. 02590 de 21 de agosto de 1987 proferido por el Instituto de Seguros Sociales se le reconoció la pensión de vejez, originada en las cotizaciones realizadas por la Empresa privada SOPORTS Ltda., cuyo número patronal era 0438207327.
- 1.2. Que hasta el mes de abril del año 2009 recibió sus mesadas pensionales sin inconveniente, pero al llegar el siguiente mes por orden del Coordinador del Grupo Interno de Trabajo, Gestión Pasivo Social Puertos de Colombia del Ministerio de Protección Social se ordenó la suspensión del pago de la mesada pensional que fue debidamente reconocida por Puertos de Colombia.
- 1.3. Expuso que en virtud de lo anterior, elevó una petición ante el Grupo Interno de Trabajo, Gestión Pasivo Social Puertos de Colombia para conocer la razón por la cual le fue suspendido el pago de su mesada pensional, ante lo cual se le informó mediante oficio del 7 de julio de 2009 que la suspensión se generó porque recibía pensión del Instituto de Seguros Sociales.
- 1.4. Finalmente, manifestó que su hijo es discapacitado y que él le provee su manutención, la cual incluye medicamentos y todo lo que es necesario para procurarle una mejor calidad de vida.

2. Pretensiones.

El accionante solicitó se le tutelen los derechos fundamentales invocados y en consecuencia se ordene el reintegro de los dineros que ha dejado de percibir por concepto de su mesada pensional reconocida por Puertos de Colombia y que no se suspenda nuevamente dicho pago.

De igual forma pide que se ordene se le restituya de inmediato el derecho al servicio médico al que tiene acceso por ser pensionado de Puertos de Colombia (fl.21)

3. Contestación de la demanda

Por medio de auto del 8 de septiembre de 2009 se admitió la acción de tutela interpuesta contra la Nación – Ministerio de Protección Social - Grupo de Interno de Trabajo, Gestión Pasivo Social Puertos de Colombia para que hiciera las manifestaciones que consideraran pertinentes (fl. 34).

El Ministerio de Protección Social, a través de la Coordinadora del Grupo de Interno de Trabajo, Gestión Pasivo Social Puertos de Colombia mediante escrito visible a folios 38 a 42 se pronunció en relación con los hechos de la solicitud de tutela, en los siguientes términos:

Expuso la naturaleza y funcionamiento interno resaltando que dentro de su competencia esta la de atender oportunamente las tutelas que cursan contra la entidad, adoptando las medidas necesarias para la defensa de sus intereses.

Manifestó la accionada, que con fundamento en el artículo 128 de la Constitución Política, se dispuso suspender transitoriamente el pago de la pensión de jubilación del señor Matías Bonilla Villa, a partir del mes de mayo de 2009, teniendo en cuenta que con la información cruzada con el Instituto de Seguros Sociales, se pudo establecer con precisión que la mencionada (sic) devenga dos pensiones a cargo del erario, una de Puertos de Colombia, y otra por parte del Seguro Social, lo cual desconoce el postulado constitucional precitado. Agrega que de la misma manera se procedió con los restantes 185 casos detectados.

Argumentó que la medida se adoptó, para prevenir el eventual e injusto menoscabo del erario pagándose dos pensiones con cargo al presupuesto de la Nación.

Consideró la entidad demandada, que se desvirtúa la presunta vulneración al mínimo vital, entre tanto, la parte actora continúe percibiendo la mesada pensional que le paga el Instituto de Seguro Social y que asciende a la suma de \$ 606.417.

4. Fallo de Primera instancia

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca mediante sentencia 29 de septiembre de 2009, visible a folios 49 a 55, rechazó la solicitud de tutela impetrada por ser improcedente, argumentando que:

“En el asunto de estudio considera la Sala que la acción de tutela es a todas luces improcedente puesto que el señor MATIAS BONILLA VILLA , cuenta según las circunstancias, con otro mecanismo de defensa judicial para la defensa de sus intereses, como es demandar en acción de nulidad y restablecimiento del derecho el acto administrativo por medio del cual se ordenó la suspensión del pago de su mesada pensional, si considera que este es lesivo de los derechos fundamentales de que da cuenta la demanda, adicional a lo anterior, dentro del proceso ante la jurisdicción contencioso administrativa, el actor cuenta con otro medio de defensa judicial establecido en la ley como lo es el de solicitar la suspensión provisional del acto acusado”.

La anterior providencia tuvo salvamento de voto del Magistrado Franklin Pérez Camargo, quien expuso que se apartaba de la decisión mayoritaria por cuanto se evidenció que las dos pensiones recibidas por el accionante tienen origen diferente, una proviene del tesoro público y la otra fue causada desde su condición de trabajador particular, lo cual las hace compatibles.

Preciso el Magistrado, que *“en Colombia antes de la expedición de la Constitución de 1991, y de manera específica previamente a la Ley 100 de 1993 el sistema de pensiones era dual, en donde los servidores públicos cotizaban pensiones únicamente a través de las cajas de previsión y los empleos y trabajadores particulares en el Instituto de Seguro Social. En ese sistema se podía establecer claramente el origen del derecho, que se haya adquirido según la relación laboral que ostentaba”.*

Resaltó las especiales circunstancias del actor al ser un adulto mayor de 84 años de edad, tener a su cargo un hijo con esquizofrenia no especificada y a su esposa, para lo cual contaba mensualmente con los dineros percibidos por las mesadas pensionales que le fueron legalmente reconocidas (fls. 56 a 63).

5. La impugnación

Mediante escrito radicado el 5 de octubre de 2009, visible a folios 68 a 73, la parte actora solicitó se revoque el fallo antes descrito y en consecuencia se tutelén los derechos fundamentales invocados.

Expresó que acoge los argumentos jurídicos expuestos por el Magistrado que salvó voto en la sentencia dictada por el Tribunal en primera instancia

Manifestó el impugnante que no existen argumentos para que sea privado de la mesada pensional reconocida por Puertos de Colombia, pues sus pensiones eran pagadas por diferentes empleadores, a saber, un particular y una entidad estatal.

De otra parte, resaltó que es un error considerar que recibe dos asignaciones del erario y que la decisión del Ministerio es claramente arbitraria, la cual se originó en el capricho de la administración.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

La Sala es competente para conocer la impugnación interpuesta contra el fallo de primera instancia en virtud de lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, el cual reglamenta la acción de tutela.

2. Generalidades de la acción de tutela.

Según lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona tiene acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que sean violados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades, o de particulares en los casos que señala la ley, y procede sólo cuando el afectado no disponga de otro medio judicial de defensa, salvo que la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Esta acción tiene dos particularidades esenciales a saber: la subsidiariedad y la inmediatez; la primera, por cuanto sólo resulta procedente cuando el perjudicado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable y; la segunda, porque se trata de un instrumento jurídico de

protección inmediata que es viable cuando se hace preciso administrar la guarda efectiva, concreta y actual del derecho fundamental sujeto a vulneración o amenaza.

3. El derecho a la seguridad social como derecho constitucional fundamental.

De la evolución jurisprudencial respecto a la naturaleza de derecho a la seguridad social, se resalta que en un primer momento fue amparado por conexidad con los derechos fundamentales tales como el de la vida, la dignidad humana, la integridad física¹. Ese criterio de la conexidad, posteriormente se vio acompañado por la afectación de sujetos merecedores de especial protección constitucional².

Con el transcurrir de los años la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional ha llegado a amparar el derecho a la seguridad social directamente catalogándolo en sí mismo como derecho fundamental, conclusión a la llegó la Corte Constitucional al interpretar de manera conjunta los artículos 48 y 49 de la Constitución Política y el artículo 40 de la Ley 100 de 1993³.

De otra parte, se resalta la aplicación de las normas supra legales que constituyen el bloque de constitucionalidad como lo son en esta materia el protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, aprobado mediante la Ley 319 de 1996 y el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos aprobado mediante la Ley 74 de 1968⁴

Corolario de lo expuesto se resalta la naturaleza de fundamental del derecho a la seguridad social.

4. Sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela como mecanismo definitivo y principal de defensa⁵.

La acción de tutela por mandato constitucional (artículo 86) y de conformidad con

¹ Sentencia T- 453 de 1992

² T-042 de 1996, SU-039 DE 1998 ENTRE OTRAS.

³ Sentencia T-702 de 2 de octubre de 2009.

⁴ Ibídem

⁵ Reiteración de la Jurisprudencia Constitucional de la Sección Segunda del Consejo de Estado, sentencia de 9 de julio de 2009. Expediente: No. 52001-23-31-000-2009-00049-01

el Decreto 2591 de 1991 que reglamenta su ejercicio, es una acción de carácter excepcional y subsidiario para la protección y garantía de los derechos fundamentales.

Lo anterior quiere decir, que la misma en principio no puede ser empleada como mecanismo principal y definitivo para resolver controversias sobre las cuales el legislador ha previsto mecanismos especializados y definitivos para su resolución, dentro de los cuales también se garantiza la protección y garantía de los derechos fundamentales.

Sin embargo, previendo que en casos excepcionales la exigencia de acudir a los mecanismos antes referidos, no resulta suficiente para conjurar las acciones u omisiones que amenazan o vulneran de forma grave e inminente algún derecho fundamental, se estableció en los artículos 6° y 8° del Decreto 2591 de 1991, la modalidad de la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, en otras palabras, la posibilidad de instaurar la acción constitucional mientras se hace uso de los mecanismos ordinarios de defensa, para evitar un daño considerable e irreversible, que requiere para prevenirse de una intervención inmediata, como la que puede proporcionar por su naturaleza la acción de tutela.

En ese orden ideas, la Corte Constitucional con el fin de delimitar el concepto de perjuicio irremediable, y por consiguiente de preservar el carácter residual y excepcional de la acción de tutela, ha establecido respecto a éste las siguientes características:

“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 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.

De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio.”⁶

Como puede apreciarse, para la procedencia excepcional de la acción de tutela a pesar de la existencia de otro medio judicial de defensa, es necesario que el juez en cada caso determine si el eventual perjuicio posee las características antes expuestas, so pena de negar el amparo solicitado por la improcedencia de la acción constitucional.

⁶ Corte Constitucional, sentencia T-1060 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Ahora bien, la Corte Constitucional en casos aún más excepcionales, donde las particularidades del caso en concreto hacen que el amparo transitorio concedido, esto es, condicionado al inicio de un proceso ordinario, sea insuficiente para conjurar la situación de amenaza o vulneración de los derechos invocados, ha establecido que la acción de tutela es el mecanismo principal y definitivo de protección y garantía de éstos, verbigracia, cuando resulta ineficaz y desproporcionado exigirle a las personas que se encuentran en un estado de indefensión, iniciar y llevar hasta su fin un proceso ordinario para asegurar la primacía de los derechos fundamentales (art. 5 C.P.) y la supremacía de la Constitución (art. 4 C.P.).

Con el fin de ilustrar la procedencia de la acción de tutela como mecanismo principal y definitivo de protección a pesar de la existencia de otro medio de defensa⁷, a manera de ejemplo podemos apreciar algunos apartes de la sentencia T-085 de 2009 del Tribunal Constitucional, M.P. Jaime Araújo Rentería, frente a la situación especial de los desplazados.

“La Constitución Política en su artículo 2° consagra como fines esenciales del Estado “...servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución...”. Concatenado a ello “las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

La efectividad de los derechos es una finalidad esencial del Estado, es lo que, entre otros aspectos, constituye su naturaleza, lo que implica que ausente esta característica se desnaturalizaría esta institución, de allí el carácter fundamental de su cumplimiento para la existencia del Estado mismo.

La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, entre otras acciones, busca la efectividad de los derechos fundamentales otorgando a toda persona un medio *“para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en 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...esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.*

Lo expuesto conduce a que si la persona no dispone de otros medios de defensa judicial o, si existiendo, es inminente la configuración de un perjuicio

⁷ Sobre el particular se pueden apreciar entre otras las siguientes providencias de la Corte Constitucional: 1. Auto 127A de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil. 2. T-773 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

irremediable, entonces se justifica el accionar de la tutela para el amparo de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados, en el primer caso al no existir o no ser idóneos los medios ordinarios de defensa judicial y en el segundo en razón de que hay un perjuicio irremediable con las características que ha señalado esta Corporación.

La existencia de otro medio de defensa judicial debe apreciarse en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante⁸, es decir, “cuando, primero, se vulnere o amenace un derecho constitucional fundamental, a juicio del juez de tutela en el caso concreto, y segundo, no se disponga de otro medio judicial de defensa verdaderamente idóneo para la protección efectiva de tales derechos”⁹.

Adicionalmente y conforme a una interpretación sistemática de la Constitución Política, se ha de tener en cuenta en el análisis de la procedencia de la acción de tutela las condiciones particulares¹⁰ en que se encuentre el presuntamente afectado en los derechos fundamentales; ello en razón de que constitucionalmente existen sujetos de especial protección que son acreedores de la acción positiva del Estado debido a sus condiciones de vulnerabilidad manifiesta, a fin de conseguir la satisfacción plena de sus derechos.

De este modo, la Constitución Política de Colombia le atribuyó al Estado la obligación de garantizar una protección especial a determinados sujetos¹¹, entre éstos expresamente se encuentran los niños, los adolescentes, **los ancianos**, los disminuidos físicos, síquicos y sensoriales, y las mujeres cabeza de familia, entre otros. Igualmente, dentro del ordenamiento colombiano existen grupos de personas que debido a las situaciones de particular debilidad y vulnerabilidad son sujetos de protección especial como es el caso de los desplazados forzados a causa de la violencia.

Al respecto, esta Corporación ha dicho que “*la acción de tutela procede como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de las personas en situación de desplazamiento forzado. En efecto, las personas que se encuentran en situación de desplazamiento gozan de un estatus constitucional especial...[que] obliga a las autoridades a reconocer que se trata de una población especialmente protegida que se encuentra en una situación dramática por haber soportado cargas excepcionales...en consecuencia, la Corte ha encontrado que resulta desproporcionado exigir el agotamiento previo de los recursos ordinarios como requisito para la procedencia de la acción¹²”¹³ (Resalta la Sala).*

En lo que atañe a la formulación de la acción de tutela a fin de obtener la satisfacción del derecho a la reparación de los daños sufridos por las víctimas del desplazamiento forzado, esta Sala considera que los medios procesales existentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y la jurisdicción ordinaria no resultan ser idóneos, pues quienes solicitan el

⁸ Numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991.

⁹ C-018-93. Esta misma idea se encuentra en diversas sentencias de tutela entre las cuales se mencionan las T- 442-07.

¹⁰ T-656-06, T-768-05, T-651-04

¹¹ Ver artículos 43, 44, 45, 46 y 47 de la Constitución Política.

¹² Una síntesis de las decisiones de la Corte en esta materia puede encontrarse en la sentencia SU-150 de 2000 y en el anexo 4 de la sentencia T-025 de 2004. Más recientemente la Corte se ha pronunciado sobre el tema en las sentencias T-740 de 2004, T-175 de 2005, T-1094 de 2004, T-563 de 2003, T-1076 de 2005, T-882 de 2005, T-1144 de 2005, T-086 de 2006 y T-468 de 2006.

¹³ T-821-07.

amparo son sujetos de especial protección constitucional, con fundamento en sus condiciones de debilidad manifiesta (art.13 C. Pol.), y víctimas de violaciones a derechos fundamentales, por lo que requieren un instrumento judicial ágil y eficaz que les brinde la posibilidad de acceder a una pronta y justa reparación, características que al ser propias de la acción de tutela, configuran su procedencia.” (Negrita fuera de texto).

5. Problema Jurídico.

Corresponde establecer en el presente fallo si los derechos fundamentales invocados como vulnerados por el señor Matías Bonilla Villa, adulto mayor de 84 años de edad, están siendo lesionados por el Ministerio de Protección Social - Grupo Interno de Trabajo, Gestión Pasivo Social Puertos de Colombia, al suspender el pago de la mesada pensional reconocida mediante la Resolución 004752 de 17 de diciembre de 1985 por el Gerente del Terminal Marítimo de Buenaventura “Puertos de Colombia”, al considerar *prima facie* que el accionante recibía dos asignaciones a cargo del presupuesto general de la Nación.

6. Análisis del caso en concreto.

En el caso sub examine, el señor Matías Bonilla Villa, en ejercicio de la acción de tutela, solicitó que se le protegieran los derechos fundamentales, que estimó lesionados por el Grupo Interno de Trabajo, Gestión Pasivo Social Puertos de Colombia al suspender arbitrariamente el pago de la mesada pensional que recibía por virtud del reconocimiento realizado por Puertos de Colombia .

En este orden de ideas, le corresponde a la Sala establecer si el derecho fundamental a la seguridad social del señor Matías Bonilla Villa está siendo lesionado por el Grupo Interno de Trabajo, Gestión Pasivo Social Puertos de Colombia al suspenderle de forma transitoria el pago de la mesada pensional, fundando su decisión en que el actor recibe dos pensiones con cargo al presupuesto general de la Nación.

La Sala señala en primer lugar, que se está frente a la protección de los derechos fundamentales de un adulto mayor¹⁴, persona de la tercera edad, pues como se verifica del acervo probatorio el señor nació el 25 de marzo de 1925 (fl. 11), lo que

¹⁴ El artículo 7 de la Ley 1276 de 2009 se establece que el “(...) Adulto Mayor. Es aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más. A criterio de los especialistas de los centros de vida, una persona podrá ser clasificada dentro de este rango, siendo menor de 60 años y mayor de 55, cuando sus condiciones de desgaste físico, vital y psicológico así lo determinen; (...)”

conlleva a afirmar sin dubitación alguna que se debe dar una protección reforzada condición del especial del sujeto, tal como lo consagra el artículo 46 de la Carta Política¹⁵.

De otra parte, resalta la Sala que nos encontramos frente a un caso que merece la especial protección, por cuanto no sólo como se anotó, el actor es de la tercera edad, sino porque además tiene a su cargo un hijo que padece esquizofrenia indiferenciada como se evidencia en los documentos allegados al expediente visibles a folios 12, 14 a 19, y a su esposa, también perteneciente al grupo de adultos mayores.

Luego de destacarse las condiciones especiales del sujeto que solicita la protección del derecho fundamental a la seguridad social, es pertinente abordar el tema de la naturaleza jurídica de los recursos del sistema de seguridad social, dado los fundamentos que expone la administración para tomar la decisión de suspender la pensión de jubilación reconocida por “Puertos de Colombia” y para lo cual resulta pertinente hacer referencia a lo dicho por la Corte Constitucional respecto a la naturaleza del sistema de seguridad social en los siguientes términos:

“La cotización para la seguridad social ... es fruto de la soberanía fiscal del Estado. Se cobra de manera obligatoria a un grupo determinado de personas, cuyos intereses o necesidades ... se satisfacen con los recursos recaudados. Los recursos que se captan a través de esta cotización no entran a engrosar las arcas del presupuesto Nacional, pues tienen una especial afectación, y pueden ser verificados y administrados tanto por entes públicos como por personas de derecho privado. La tarifa de la contribución no se fija como una contraprestación equivalente al servicio que recibe el afiliado, sino como una forma de financiar colectiva y globalmente el sistema (...)”¹⁶

De la naturaleza jurídica de parafiscal de los dineros destinados a la seguridad social se deriva importantes consecuencias como es el desarrollo legal en relación con la seguridad social en la cual se establece que “los recursos del sistema general de pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la Nación ni a las entidades que los administran”, como también que el Estado es “garante de los recursos pensionales aportados por los afiliados

¹⁵ Constitución Política de Colombia. Artículo 46. El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia.

¹⁶ Sentencia C-577 de 4 de diciembre de 1995. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

... y controlará su destinación exclusiva, custodia y administración” (art. 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003).

La naturaleza parafiscal de los recursos de la seguridad social ha servido también a la jurisprudencia de esta Corporación, para señalar los alcances de la prohibición constitucional de recibir doble asignación del tesoro público¹⁷, en los siguientes términos:

“En este orden de ideas, el alcance del término “asignación proveniente del tesoro público” no es otro que el ya definido por la Sala en concepto No. 580 de enero 27 de 1994, según el cual:

*“El término asignación proveniente del tesoro público en el sentido previsto en el artículo 128 de la Constitución Nacional, corresponde a toda remuneración, sueldo o prestación, **reconocidos a los empleados públicos o trabajadores del Estado, en razón a una vinculación laboral, bien sea legal o reglamentaria o por contrato de trabajo.** De manera que los funcionarios públicos sólo pueden recibir asignaciones; a su turno los particulares sólo perciben honorarios, cuando prestan algún servicio a las entidades de derecho público porque su relación no es laboral.”. (Negrilla fuera de texto).¹⁸*

*Adicionalmente, la Sala, en esta oportunidad, considera importante agregar a lo ya dicho sobre el particular, que el contenido de la expresión “asignación proveniente del tesoro público” está intrínsecamente vinculada a obligaciones que se deban sufragar con recursos del presupuesto público (nacional, departamental o municipal y sus entidades descentralizadas), **por lo cual no se puede afirmar que las pensiones pagadas por el ISS, entidad descentralizada de la rama ejecutiva del poder público, por ese solo hecho, provienen del tesoro público, pues tal instituto administraba en buena medida, recursos provenientes de los empleadores y trabajadores del sector privado y, en la actualidad, administra recursos parafiscales, por lo cual debe concluirse que tales recursos no son ni provienen del tesoro público.***

Como más adelante se amplía, la Corte Constitucional ya ha definido que después de la entrada en vigencia de la ley 100, aún los aportes provenientes de las entidades públicas, en su calidad de empleadores, pagados a los entes de previsión social encargados por la ley 100 de 1.993 de cubrir los riesgos en ella establecidos para los servidores estatales, tienen la naturaleza de recursos parafiscales y, por consiguiente, tampoco podría entenderse que las pensiones reconocidas por cotizaciones así

¹⁷ Artículo 128 de la Constitución Política

¹⁸ Sin perjuicio de las excepciones consagradas en la ley, el decreto reglamentario 1848 de 1969 dispuso: . **Artículo 77.- Incompatibilidades con el goce de la pensión.- El disfrute de la pensión de jubilación es incompatible con la percepción de toda asignación proveniente de entidades de Derecho Público, Establecimientos Públicos, Empresas Oficiales y Sociedades de Economía Mixta, cualquiera sea la denominación que se adopte para el pago de la contraprestación del servicio, salvo lo que para casos especiales establecen las leyes y en particular el Decreto 1713 de 1960 y la ley 1ª de 1963.”.**

financiadas, constituyen asignaciones pagadas con recursos del tesoro público.

Así, y luego de analizar este primer aspecto planteado en la consulta, encuentra la Sala que, desde el punto de vista de la prohibición constitucional consagrada en el artículo 128 de la Carta, no se configura ninguna incompatibilidad entre la recibir sueldo en un cargo público y pensión de vejez, pues no se trata de dos asignaciones provenientes del tesoro público, pues los recursos con los cuales se pagan estas últimas a cargo del ISS, provienen o de los aportes patronales y de los aportes del trabajador efectuados antes de la vigencia de la ley 100 de 1.993, o son recursos parafiscales aportados después de su vigencia, aunque es el ISS, en calidad de administrador de pensiones o del sector privado o de los afiliados al Sistema General de Pensiones, quien reconoció y se encuentra pagando las mesadas pensionales a que tienen derecho los trabajadores, bien porque en el régimen anterior hubieren cumplido los requisitos de tiempo de cotización y edad al servicio del sector privado, o bien las semanas de cotización en cualquier sector después de la vigencia de la ley 100.

*Pero, otra cosa muy diferente es que, como se explica ampliamente más adelante en este concepto, a partir de la vigencia de la ley 100 de 1.993, se **prohibió en el país** y, en términos generales, la vinculación laboral, tanto al sector público como al privado, de quienes tengan derecho a una pensión de vejez, salvo, desde luego, las excepciones establecidas expresamente en la ley respecto de algunos cargos públicos”¹⁹. (negrilla fuera del texto original).*

De la jurisprudencia transcrita es dable concluir que ante la naturaleza parafiscal de las cotizaciones de la seguridad social, no se incurre en violación de la norma constitucional cuando se tiene una pensión estatal por servicios y la pensión de vejez a cargo del Seguro Social, respecto a situaciones consolidadas con anterioridad a la vigencia del sistema general de dicha ley. En cambio a partir de la Ley 100 de 1993, por tratarse de un sistema integral y único, el sistema no admite que un pensionado por vejez reciba otra pensión también de vejez.

Ahora bien, descendiendo al caso en concreto se evidencia del acervo probatorio que al señor Bonilla Villa se le reconoció la pensión vitalicia de jubilación a cargo de “ Puertos de Colombia” por medio de la Resolución 004752 de 17 de diciembre de 1985 con efectos fiscales a partir del 1° de julio del mismo año, por haber acreditado que laboró 20 años a entidades de derecho público y contar con más de 50 años de edad (fl. 100) y que por medio de la Resolución 02590 de 21 de

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejera ponente: SUSANA MONTES DE ECHEVERRI, 8 de mayo de 2003. Radicación número: 1480

agosto de 1987 el Seguro Social se le reconoció la pensión de vejez, donde consta que las últimas cotizaciones estuvieron a cargo de una persona jurídica de derecho privado (fl. 2)

De lo anterior se colige, que al actor se le reconoció por parte de Puertos de Colombia la pensión de jubilación y que por parte del Seguro Social la pensión de Vejez y que para la época en que se reconocieron los beneficios de las prestaciones económicas (antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993), era posible que se reconocieran dos pensiones que cubrieran el riesgo de vejez, una a cargo del patrimonio administrado por el Instituto de Seguros Sociales y otra a cargo del Presupuesto General de la Nación.

Por lo expuesto y dada la naturaleza de los recursos destinados a la seguridad social, la Sala no comparte el fundamento jurídico en que se basó el Ministerio de la Protección Social, Grupo de Trabajo, Gestión Pasivo Social Puertos de Colombia para tomar la decisión de suspender la pensión de jubilación reconocida a favor del accionante, cuando arguye que “(...) *tal decisión administrativa se adoptó , para prevenir el eventual e injusto menoscabo del erario pagándose dos pensiones con cargo al presupuesto de la Nación (..)*” (fl. 44), pues no es posible afirmar que los dineros que se perciben por el señor Bonilla Villa por concepto de las pensiones de jubilación y de vejez, estén a cargo del Presupuesto General de la Nación, y que ello genere un detrimento al erario público, ya que como se resaltó los recursos que administra el Seguro Social son recursos provenientes de los empleadores y trabajadores y, en la actualidad, administra recursos parafiscales y no recursos del tesoro público, pues estos dineros no ingresan a las arcas del Estado.

En este orden de ideas, se revocará el fallo impugnado y en su lugar se concederá la acción de tutela como mecanismo principal dadas las condiciones especiales del actor, como persona de la tercera edad que tiene a cargo un hijo discapacitado, que reclama la protección del derecho de fundamental a la seguridad social.

No obstante lo anterior, es preciso aclarar que si el Ministerio de la Protección Social, Grupo de Trabajo, Gestión Pasivo Social Puertos de Colombia, considera que el acto de reconocimiento de la pensión de jubilación a favor del señor Bonilla Villa tiene vicios de ilegalidad pueda acudir la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para demandar la legalidad de dicho acto, incluso solicitando la

suspensión provisional del mismo, en aras de salvaguardar el debido proceso del señor Bonilla Villa.

III. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Falla:

Primero: REVÓASE el fallo del 29 de septiembre de 2009 proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

En su lugar, se concede la protección al derecho fundamental de la seguridad social, al señor Matías Bonilla Villa.

En consecuencia, ORDÉASE Ministerio de la Protección Social, Grupo de Trabajo, Gestión Pasivo Social Puertos de Colombia reanudar el pago de la mesada pensional de jubilación reconocida por la Resolución 004752 de 17 de diciembre de 1985, desde el mes de mayo de 2009, fecha en que suspendió dicho pago.

Segundo: Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Tercero: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cuarto: Envíese copia de esta sentencia al Tribunal de origen.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE.

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO A GERARDO ARENAS MONSALVE

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ