

Sentencia T-112/12

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia excepcional y subsidiaria/DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE Y DEFECTOS SUSTANTIVOS Y FACTICOS

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES/ DERECHOS ADQUIRIDOS-Desconocimiento/DESCONOCIMIENTO DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE IRRENUNCIABILIDAD Y FAVORABILIDAD EN MATERIA PENSIONAL Y AFECTACION DEL DEBIDO PROCESO

DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia

El juez está vinculado por las decisiones proferidas por los órganos de cierre de las respectivas jurisdicciones (ordinaria, contencioso administrativa y constitucional), cuya observancia no constituye una mera facultad discrecional, sino que se convierte en una obligación ineludible que se fundamenta, particularmente, en el principio de igualdad (supuestos fácticos iguales deben resolverse de forma similar), buena fe y confianza legítima, por el mantenimiento de un mínimo de seguridad jurídica y por motivos de racionalidad y de coherencia del sistema jurídico. Sin embargo, la regla del respeto por el precedente no es absoluta, salvo en materia constitucional cuya doctrina se hace obligatoria, de donde surge que el juez constitucional puede apartarse de la misma o de la vertida en decisiones de su superior, siempre y cuando de forma expresa, amplia y suficiente, explique las razones por las cuales su actuación difiere. En caso de que el cambio de postura no se justifique expresamente, la consecuencia no puede ser otra que la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso.

DEFECTO SUSTANTIVO COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia

DEFECTO FACTICO EN SENTENCIA DE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO-Caso en que tuvo por cierto un hecho que no se desprende del material probatorio obrante/DEFECTO FACTICO EN SENTENCIA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO-Caso en que consideró, sin estar probado, que la

demandante tenía el status de pensionada y que percibía efectivamente la mesada pensional a cargo de Cajanal

El Tribunal tuvo por cierto un hecho que no se desprende del acervo probatorio obrante: el efecto del status de pensionada por parte de la actora, cual es percibir efectivamente la mesada pensional a cargo de CAJANAL. Es decir, sin motivo válido tuvo por no probado un hecho que se desprende de las pruebas obrantes de manera clara y objetiva, cual es que la accionante no estaba recibiendo la mesada pensional de parte de la citada entidad. Dicha irregularidad incidió directamente en la decisión emitida, debido a que con base en ese argumento, la entidad demandada concluyó que debido a que la actora recibía la mesada pensional a cargo de CAJANAL no era posible con base en los mismos aportes, ordenar el reconocimiento de otra pensión.

DERECHO A LA PENSION DE JUBILACION-Caso en que la demandante cotizó al Seguro Social, y a Cajanal, pero ésta nunca profirió resolución de reconocimiento

Siguiendo dichos lineamientos jurídicos, no era difícil para el Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño determinar que la situación jurídico pensional de la actora al acreditar 17 años, 10 meses y 24 días de cotización a CAJANAL y el resto hasta completar más de 20 años en el Seguro Social y casi 67 años de edad (al momento de acudir al proceso ordinario) se subsume en el supuesto fáctico contemplado en el artículo 7º de la Ley 71 de 1988 que exige para los empleados oficiales 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo, acumulados en una o varias de las entidades de previsión social y en el Instituto de los Seguros Sociales, para acceder al derecho a una pensión de jubilación, siempre que cumplan 60 años de edad si es varón y 55 años o más si es mujer. En lo referido al ingreso base para liquidar la pensión se toma el 75% (art. 8º del Decreto 2709 de 1994) del promedio de “los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión (...)” (artículo 21 de la Ley 100 de 1993). i) De esta manera, una vez la actora cumplió los requisitos de edad y semanas o tiempo mínimo exigido de cotización en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988 (20 años de cotización y más de 55 años de edad), de acuerdo a lo regulado el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (régimen de transición), ipso facto obtuvo la condición de jubilada y en consecuencia de ella se predica un derecho adquirido (art. 58 ibídem, conc. Art. 11 Ley 100 de 1993 e inc. 2º, 5º y el parág. del art. 36 ejusdem), que conlleva el reconocimiento pleno y oportuno de su jubilación y por

tanto al disfrute de la misma, que debió garantizarse por la entidad judicial demandada (art. 2º C.P.) en aplicación del principio de favorabilidad y primacía de la realidad sobre las formas (art. 53 C.P.), de irrenunciabilidad de la seguridad social en pensiones (art. 48 C.P.) y los derechos adquiridos (arts. 58 C.P., 11 y 36 inc. 2º, 5º y parágrafo de la Ley 100 de 1993)

DEFECTO SUSTANTIVO EN SENTENCIA DE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO POR NO APLICAR NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES QUE REGULAN EL CASO-Caso en que consideró, sin estar probado, que la demandante tenía el status de pensionada y que percibía efectivamente la mesada pensional a cargo de Cajanal

De acuerdo a lo anotado en el punto anterior, el derecho a la pensión se incorporó de manera definitiva en el patrimonio de la actora, quedando protegido de cualquier acto de autoridad que pretenda desconocerlo, debido a que la Constitución lo garantiza y protege como se expuso en el apartado 4 de esta providencia. En definitiva, la realización del derecho a la seguridad social en pensiones en cuanto a su condición más favorable, debió garantizarse por el Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño, en cumplimiento de su obligación jurídico - funcional de asegurar los derechos inalienables (art. 5º C.P.) de las personas como un fin esencial del Estado (art. 2º C.P.), lo que indica que no era indispensable que la actora en el trámite de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho incoado contra el Seguro Social, renunciara expresamente a la pensión reconocida judicialmente a cargo de CAJANAL. Menos aún podía hacerse tal exigencia, cuando, de un lado, no se puede renunciar a lo que no se ha reconocido mediante acto administrativo, explicable en el hecho de que la actora no solicitó el cumplimiento del fallo, ni presentó la documentación respectiva para ello, precisamente porque su interés, fundado en el principio de favorabilidad, era obtener la pensión de mayor valor y, del otro, reinaba la incertidumbre del sentido en que se pronunciaría la sentencia en segunda instancia contra el Seguro Social. Indudablemente a juicio de esta Sala de Revisión, las irregularidades en las que incurrió la entidad judicial demandada, consistentes en defecto fáctico, sustantivo y desconocimiento del precedente vertical, vulneró los derechos fundamentales que le asisten a la actora al debido proceso, acceso efectivo a la administración de justicia y mínimo vital y móvil, los cuales se ampararán, previo a revocar el fallo emitido el 4 de agosto de 2011 por la Sección Quinta del Consejo de Estado que modificó, en el sentido de rechazar el amparo solicitado, la sentencia impugnada proferida el 24 de marzo de 2011 por la Sección Cuarta del Consejo de Estado que negó la solicitud de protección constitucional. Como consecuencia de la configuración de

los defectos encontrados por la Sala de Revisión y la consecuente procedencia de la acción de tutela contra la sentencia dictada el 6 de agosto de 2010 por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Nariño, sería del caso dejar sin efectos el fallo y ordenar a la entidad judicial demandada enmendar las irregularidades y restablecer los derechos fundamentales afectados, de no ser porque se advierte que existen razones de índole constitucional que autorizan a esta Corte adoptar directamente las medidas pertinentes con la finalidad de garantizar la eficacia de las garantías básicas vulneradas.

DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE VERTICAL POR PARTE DE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO SOBRE EL ALCANCE DEL ARTICULO 128 DE LA CP APLICADO EN PENSIONES/PROHIBICION CONSTITUCIONAL DE DOBLE ASIGNACION

Para esta Sala de Revisión, en estricto sentido no puede inferirse, como lo hizo el Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño que se trataba de dos asignaciones por la misma causa, a reconocer a la misma persona y con base en el mismo régimen pensional, por las siguientes razones: (i) la pensión reconocida judicialmente a cargo de CAJANAL no se estaba percibiendo, lo que autorizaba al Tribunal a que definiera si había lugar a ordenar al Seguro Social el reconocimiento y pago de la pensión reclamada, supeditando la ejecución de lo resuelto, a que no podía materializarse el pago de la mesada pensional a cargo de CAJANAL que era la menos favorable; (ii) el origen de la pensión solicitada por la actora al Seguro Social, no solo lo constituyen las cotizaciones realizadas a CAJANAL por espacio de 17 años, diez meses y 24 días, sino las que hizo al Seguro Social como trabajadora independiente, luego del retiro forzoso que sufrió en el 2003, que sumadas producen más de 20 años, cotizados, requeridos para la pensión de jubilación y, (iii) en estricto sentido no puede predicarse la cosa juzgada, debido a que en las demandas laborales administrativas incoadas por la actora no se presenta la identidad de sujeto, objeto y causa. Mientras que la primera demanda se dirigió contra CAJANAL, la segunda lo fue contra el Seguro Social. Se insiste igualmente en que mientras que las cotizaciones hechas a CAJANAL sustentaron la nulidad y restablecimiento del derecho contra dicha entidad, las que se hicieron a CAJANAL y al Seguro Social fundamentaron la demanda contra esta última entidad. Es evidente entonces que a pesar de que el Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño citó la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la prohibición constitucional de doble asignación proveniente del tesoro público (art. 128 C.P.), extendido en materia pensional, al adecuar la situación fáctica a la regla extraída, no aplicó dicho lineamiento. De haberlo seguido, indudablemente el

sentido de la decisión hubiese sido totalmente distinto.

MEDIDAS PARA RESTABLECER INMEDIATAMENTE EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS-Caso en que no se da orden al Tribunal de emitir un nuevo fallo sino al Seguro Social Pensiones que profiera resolución reconociendo y ordenando el pago de pensión de jubilación a la demandante

No es razonable ni proporcionado someter a la actora, persona de la tercera edad, sujeto de especial protección constitucional cuya vulneración del mínimo vital y móvil es evidente, al trámite en segunda instancia de un fallo a emitir por el Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño, por medio del cual se ordena el pago de la pensión de jubilación por aportes a la que tiene derecho por cumplir los requisitos legales exigidos para su reconocimiento, cuando es claro que la celeridad e inmediatez como principios que guían el amparo tutelar, autorizan a esta Corporación para que profiera las medidas pertinentes, de manera adecuada y oportuna para el restablecimiento eficaz de los derechos fundamentales vulnerados.

Referencia: expediente T-3.215.150

Demandante: Irma Matilde Ortiz De Enríquez.

Demandado: Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Nariño.

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá, D. C., veinte (20) de febrero de dos mil doce (2012)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Nilson Elías Pinilla Pinilla, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de las providencias proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, por la Secciones Cuarta y Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el veinticuatro (24) de marzo y el cuatro (4) de agosto de dos mil once

(2011), respectivamente.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

El primero (01) de marzo de dos mil once (2011), la señora Irma Matilde Ortiz de Enríquez, por intermedio de apoderada judicial, impetró acción de tutela en contra del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Nariño, por haber proferido la sentencia del 6 de agosto de 2010, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado por ella en contra del Seguro Social Pensiones.

2. Reseña fáctica

La peticionaria fundamenta la acción de tutela en los siguientes hechos:

2.1. Mediante Acuerdo número 64, proferido el 11 de diciembre de 2003 por el Tribunal Superior de Pasto, fue desvinculada del cargo de Juez Quinto Civil Municipal de esa ciudad, por haber llegado a la edad de retiro forzoso.

2.2. Al momento de la desvinculación del cargo, se encontraba vinculada al Sistema General de seguridad Social en Pensiones, a la Caja Nacional de Previsión Social -CAJANAL-, ante quien cotizó por espacio de 17 años, 10 meses y 24 días de los cuales los últimos 12 años y siete meses sirvió a la Rama Judicial.

2.3. El 27 de enero de 2004, solicitó a CAJANAL el reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por retiro forzoso, con fundamento en lo regulado en el artículo 10º del Decreto 546 de 1971, petición que le fue negada, motivo por el cual, en enero de 2005, acudió a la vía judicial con la finalidad de que se le reconociera dicha prestación.

2.4. A través de sentencia emitida el 5 de junio de 2008, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Pasto, ordenó a CAJANAL reconocer la pensión de vejez por retiro forzoso, a título de pensión sustitutiva de la de jubilación, en cuantía del 49% del último salario devengado, incluyendo en él todos los factores salariales. Surtido el grado jurisdiccional de consulta, la decisión fue confirmada el 28 de agosto de 2009 por el Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño.

2.5. Con la finalidad de acrecentar el monto de su pensión que le permita vivir en condiciones dignas, luego de su desvinculación obligada de la Rama Judicial en el 2003, decidió dedicarse al litigio y a las consultorías externas, por lo que se afilió en pensiones al Seguro Social como trabajadora independiente y continuó cotizando en el Sistema General de Pensiones hasta cumplir los 20 años exigidos legalmente.

2.6. Buscando materializar el objetivo que se propuso, en febrero de 2006 solicitó al Seguro Social el reconocimiento de la pensión de jubilación, la cual le fue negada mediante Resoluciones 2487 de 2006 y 370 del 5 de febrero de 2007.

2.7. Contra los mencionados actos administrativos, a comienzos de 2007, acudió al mismo tiempo, en acción de nulidad y restablecimiento del derecho¹ y en acción de tutela en búsqueda de la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la “pensión de jubilación”², debido a que llevaba más de tres años y medio sin percibir ingresos y contaba con 69 años de edad.

2.8. La acción constitucional se definió con el amparo transitorio de los derechos fundamentales de petición, seguridad social y mínimo vital, mientras la jurisdicción de lo contencioso administrativo se pronuncia, decisión que fue confirmada por la Corte Constitucional, a través de la sentencia T-711 de 2007, por medio de la cual ordenó al Seguro Social que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo “proceda a reconocer la pensión de jubilación”³ a la actora, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 6º del Decreto 546 de 1971.

2.9. El proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho incoado contra el Seguro Social, fue definido en primera instancia por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Pasto al proferir la sentencia del 19 de diciembre de 2008, que accedió a las súplicas de la demanda y ordenó a la entidad demandada, reconocer y pagar la pensión de jubilación correspondiente al 75% del último salario devengado, de acuerdo a lo regulado en el artículo 6º del Decreto 546 de 1971.

2.10. Apelado el fallo por el Seguro Social, a través de sentencia proferida el 6 de agosto de 2010, el Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño, revocó la decisión recurrida, con fundamento, principalmente en que: (i) no es posible reconocer una pensión de jubilación con base en los mismos tiempos de servicios, que sirvieron para reconocer otra pensión, aunque

sea de menor monto; (ii) la prohibición dispuesta en el artículo 128 de la Constitución, referida a que nadie puede recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, no exceptúa el reconocimiento de dos pensiones por la misma causa⁴ y, (iii) la actora no demostró que hubiera renunciado a la pensión reconocida por CAJANAL, ni solicitó la conmutación pensional, para que se le reconociera la más favorable, en razón a que en toda la actuación guardó silencio.

2.11. Aunque el Tribunal presumió que era beneficiaria de la pensión de vejez que le fue concedida por decisión judicial, CAJANAL nunca expidió el acto administrativo accediendo a tal derecho, como lo demuestran las certificaciones expedidas por BUEN FUTURO y FOPEP en cuanto a que no aparece como pensionada de estos administradores de recursos. De allí que renunció tácitamente a la segunda pensión a la que se accedió judicialmente (a la de CAJANAL), al haber conmutado dicha prestación y obtuvo una más favorable (la del Seguro Social).

2.12. A pesar de que en el curso del proceso ordinario, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Nariño, mediante providencia proferida el 20 de noviembre de 2009 oficiosamente practicó una prueba consistente en solicitar a CAJANAL que allegara copia auténtica de los actos administrativos que hubiere emitido, reconociendo la pensión de vejez por retiro forzoso en su favor, dicha entidad se limitó a remitir los actos que negaron esa prestación, debido a que nunca le reconoció la calidad de pensionada.

2.13. Como consecuencia de la citada sentencia, fue retirada de la nómina de pensionados del Seguro Social, por lo que dejó de recibir su única fuente de ingresos, debido a que no está pensionada a cargo de CAJANAL, ni cuenta con recursos económicos que le permitan vivir en condiciones dignas a los 73 años de edad, a pesar de haber cotizado por más de 20 años en pensiones, por lo que debe acudir a la solidaridad de su familia para solventar sus necesidades básicas.

3. Fundamentos de la acción de tutela.

La actora considera que la sentencia emitida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Nariño que definió en segunda instancia el recurso de apelación, en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho a la que acudió contra el Seguro Social, tendiente al reconocimiento de la pensión de jubilación reclamada, incurrió en los defectos sustantivo,

fáctico y desconocimiento de precedente como causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela.

Sustenta el defecto sustantivo en la interpretación errónea del artículo 128 de la Constitución y por : (i) dejar de aplicar los artículos 48 y 53 constitucionales y, (ii) por desconocimiento de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado en materia de exclusión de pensiones y permitir que se escoja la más favorable.

En efecto, sostiene que el Tribunal interpretó el artículo 128 de la Carta en forma contraria a los principios de favorabilidad e irrenunciabilidad de las pensiones (art. 53 C.P.), en razón a que debiendo aplicar la regla normativa y jurisprudencial que indica la posibilidad de escoger el emolumento más favorable para el pensionado, decidió la anulación del derecho a la pensión de jubilación a cargo del Seguro Social y dejar vigente la de CAJANAL, entidad que nunca expidió la respectiva resolución, por lo que no se recibió ninguna mesada pensional a cargo de dicha entidad, de donde surge que no era posible endilgar la doble asignación prohibida por la Constitución.

Fundamenta el defecto fáctico en que en la sentencia se tuvo por probado un hecho que no solo no podía deducirse del material probatorio obrante, como lo es su status de pensionada por retiro forzoso a cargo de CAJANAL. Dicha condición no se infiere del expediente administrativo remitido por CAJANAL al Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño, en el que aparecen solamente los actos administrativos que negaron la pensión de vejez reclamada ya que no podía remitir un acto administrativo que no existe. Mucho menos, si aparecía probado en el expediente que estaba recibiendo la mesada pensional del Seguro Social.

Sostiene que ante el reconocimiento judicial de dos pensiones (la primera a cargo del Seguro Social, ordenada por el Juez de tutela, confirmada por la Corte Constitucional y luego por el Juzgado Primero Administrativo de Pasto en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y, la segunda a cargo de CAJANAL, ordenada por el Juzgado Sexto Administrativo de Pasto y confirmada en consulta por el Tribunal Administrativo de Nariño), decidió simplemente escoger la más favorable. Por ese motivo, a pesar de la decisión judicial en su favor, nunca solicitó a CAJANAL expedir el acto administrativo que le otorgara el status de pensionada, lo que demuestra que renunció a dicho beneficio y se acogió al más benévolo,

que además es excluyente con el que se reconoció primero.

Finalmente afirma que en su caso, se acreditaron en la solicitud de amparo constitucional, los requisitos genéricos de procedencia de la acción de tutela contra la providencia judicial impugnada.

3.1. Pretensiones de la acción de tutela.

Por lo expuesto, solicita acceder a la protección de los derechos fundamentales invocados como vulnerados por la entidad judicial demandada. Se deje sin efectos la sentencia proferida el 6 de agosto de 2010 por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Nariño, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho al que acudió en contra del Seguro Social -Pensiones- y en consecuencia, ordenar que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo, la entidad tutelada, profiera nueva sentencia, siguiendo los lineamientos constitucionales, tendientes a restablecer las garantías básicas afectadas, que se concreta en ordenar al Seguro Social el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a que tiene derecho y que venía percibiendo antes de la citada sentencia.

4. Oposición a la demanda de tutela.

La acción de tutela fue conocida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, corporación que por auto del cuatro (04) de marzo de dos mil once (2011), resolvió tramitarla, correr traslado al Tribunal Administrativo de Nariño, así como vincular al Director del Instituto de los Seguros Sociales, a través de su oficina jurídica, como tercero interesado en las resultas de la acción de tutela⁵.

4.1. Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Nariño.

Beatriz Isabel Melodelgado Pabón, Presidenta del Tribunal Administrativo de Nariño⁶, manifestó que la sentencia reprochada se encuentra ajustada a derecho, en particular, se siguieron los lineamientos del Consejo de Estado en cuanto al reconocimiento de la pensión ordinaria para los funcionarios de la Rama Judicial y la prohibición de doble asignación que provenga del tesoro público (art. 128 C.P.).

Agregó que la decisión está debidamente motivada fáctica y jurídicamente, de donde se infiere que no puede calificarse de haber incurrido en irregularidades. El Tribunal valoró

especialmente el hecho de que la actora acudió en dos acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, encaminadas a acceder a la pensión ordinaria con aplicación del régimen especial para los servidores judiciales: el primero contra CAJANAL que terminó con sentencia favorable y el segundo contra el ISS, en primera instancia accediendo igualmente a las súplicas de la demanda, pero al resolver la segunda instancia, el Tribunal debió adoptar las medidas para evitar un doble reconocimiento de mesada pensional a favor de la accionante, lo que condujo a revocar la segunda decisión que resolvió la misma causa jurídica.

Por lo anotado, solicitó se desestimaran las pretensiones de la acción de tutela.

4.2. El Seguro Social -Pensiones-.

Darlynne Amalia Mejía Olmos, Asesora de la Vicepresidencia de Pensiones del Seguro Social, confirmó que el 11 de marzo de 2011, recibió vía fax la vinculación a la acción de tutela, la que direccionó inmediatamente al Grupo de Jurídica Nivel Nacional para que se refiriera a la acción de tutela, sin que aparezca en el expediente respuesta alguna⁷.

5. Pruebas que obran en el expediente.

Con la acción de tutela se allegó copia auténtica del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado contra el Instituto de Seguros Sociales, en el cual se destacan las siguientes pruebas documentales:

5.1. Copia de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho incoado por la actora el 16 de abril de 2007, en contra del Seguro Social, tendiente a la anulación de las resoluciones que negaron el reconocimiento de la pensión de vejez reclamada (folios 4 a 21 del cuaderno 3 del expediente de tutela).

5.2. Copia de las Resoluciones 2487 del 18 de septiembre de 2006 y 370 del 5 de febrero de 2007, por medio de las cuales, en su orden, el Seguro Social -Pensiones- no reconoció la pensión reclamada y confirmó lo decidido (folios 22 al 30 del cuaderno 3 del expediente de tutela).

5.4. Copia de la sentencia del 2 de noviembre de 2007, proferida en primera instancia por el Juzgado Primero Administrativo de Pasto, por medio de la cual declaró la nulidad de las

resoluciones, expedidas por el Seguro Social que contienen la negativa en el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación reclamada por la accionante. En consecuencia, condenó a la entidad demandada a reconocer y ordenar el pago de dicha prestación (folios 164 a 196 del cuaderno 3 del expediente de tutela).

5.5. Copia de la sentencia T-711 del 7 de septiembre de 2007, emitida por la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, a través de la cual se accedió a la protección transitoria de los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y al mínimo vital. Por consiguiente, se ordenó al Seguro Social, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo, reconozca la pensión de jubilación a la actora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6º del Decreto 546 de 1971 (folios 197 a 220 del cuaderno 3 del expediente de tutela).

5.6. Copia de la Resolución número 3347 del 14 de octubre de 2007, proferida por el Jefe del Departamento de Pensiones del Seguro Social del Cauca, a través de la que se dio cumplimiento al mencionado fallo de tutela (folios 232 y 233 del cuaderno 3 del expediente de tutela).

5.7. Copia del Auto para mejor proveer, dictado el 20 de noviembre de 2009 por la Sala Sexta del Tribunal Administrativo de Nariño, por medio del cual se ordenó oficiar a CAJANAL para que dentro de los 10 días siguientes, envíe copia auténtica de los actos administrativos emitidos en cumplimiento de la sentencia adoptada por esa entidad judicial el 28 de agosto de 2009 (folios 353 a 355 del cuaderno 3 del expediente de tutela).

5.8. Copia del oficio del 01 de febrero de 2009, a través del cual la Coordinadora Jurídica de CAJANAL remitió copia auténtica y legible de todo el expediente administrativo que contiene, entre otros, las resoluciones 6525 de 2004 y 8925 de 2004, respectivamente, a través de las que se negó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación reclamada por la actora (folios 373 a 512 del cuaderno 3 del expediente de tutela).

II. DECISIÓN JUDICIAL QUE SE REvisa.

1. Primera instancia.

Mediante sentencia del veinticuatro (24) de marzo de dos mil once (2011), la Sección Cuarta

de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, decidió negar la protección de los derechos fundamentales invocados como vulnerados, tras considerar que el desacuerdo manifestado por la actora con la interpretación de las normas que hizo el Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño en el fallo que no accedió a las súplicas de la demanda, no constituye desconocimiento del derecho fundamental al debido proceso, máxime cuando la aplicación de las disposiciones efectuada, responde a criterios expuestos de manera razonada, que no implican desbordamiento del orden jurídico⁸.

2. Impugnación.

Durante el término otorgado para el efecto, la apoderada judicial de la actora, mediante escrito del dos (02) de junio de dos mil once (2011), impugnó la anterior decisión, con fundamento en que el fallo de tutela de instancia no explicó la razonabilidad encontrada en la sentencia reprochada, adoptada por el Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño. De la misma manera, reiteró los argumentos por los cuales considera que la mencionada entidad judicial vulneró los derechos fundamentales invocados⁹.

3. Segunda instancia.

Mediante sentencia del cuatro (4) de agosto de dos mil once (2011), la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado modificó el fallo impugnado y en su lugar, rechazó por improcedente la acción de tutela, con fundamento en que no se encuentran probados los defectos fáctico y sustantivo en el fallo emitido por el Tribunal Administrativo de Nariño, debido a que la accionante ya es beneficiaria de la pensión de jubilación por parte de CAJANAL, conforme a lo ordenado por la sentencia del 5 de junio de 2008, dictada por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Pasto¹⁰.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia.

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico.

Esta Sala de Revisión debe determinar si en el presente caso se configuran los defectos fáctico, sustantivo y desconocimiento del precedente vertical, atribuidos por la actora a la sentencia proferida el 6 de agosto de 2010 por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Nariño, que revocó el fallo emitido por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Pasto, que había accedido a la nulidad de las resoluciones proferidas por el Instituto de Seguros Sociales, y ordenó a dicha entidad reconocer y ordenar el pago de la pensión de jubilación a la accionante.

2.1 Metodología a seguir para solucionar el problema jurídico.

Para solucionar el problema jurídico planteado, la Sala de Revisión realizará un análisis de la jurisprudencia de esta Corte sobre los siguientes tópicos: (i) procedencia subsidiaria y residual de la acción de tutela contra providencias judiciales, con énfasis en el desconocimiento del precedente y los defectos sustantivo y fáctico; (ii) el carácter fundamental del derecho a la seguridad social en pensiones y, cómo el desconocimiento de los derechos adquiridos y de los principios constitucionales de irrenunciabilidad y favorabilidad en materia pensional afecta el debido proceso, y (iii) se entrará a solucionar el caso concreto.

3. Procedencia subsidiaria y residual de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Desde el inicio de sus labores, esta Corporación ha sostenido de manera reiterada y uniforme la procedencia excepcional y subsidiaria de la acción de tutela contra providencias judiciales.

En efecto, de acuerdo a la última sentencia mencionada, los requisitos generales de procedibilidad que deben acreditarse para el enjuiciamiento constitucional de una providencia judicial, son los siguientes¹²: (i) que la cuestión debatida resulte de evidente relevancia constitucional, en razón a que el juez de tutela no está autorizado para involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones; (ii) agotamiento de todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial que puede utilizar la persona afectada, salvo cuando se procure evitar la consumación de un perjuicio irremediable; (iii) debe acudir a la solicitud de protección constitucional dentro de un

término razonable, a partir del momento en el que se presentó el hecho que ocasionó la vulneración de los derechos fundamentales; (iv) si se atribuye una irregularidad procesal, debe existir claridad de que la misma tiene un efecto decisivo en la sentencia que se impugna y que afecta derechos fundamentales del accionante, a no ser que tal irregularidad que lesiona gravemente garantías básicas, como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, caso en el cual, el amparo de los derechos se origina de manera independiente a la incidencia que tengan en el juicio y por tal razón hay lugar a su anulación; (v) que la parte actora describa razonablemente tanto los hechos como los derechos fundamentales afectados y que hubiere alegado la vulneración en el proceso judicial, siempre que hubiere sido posible y, (vi) que no se trate de una acción de tutela contra un fallo de tutela.

Por su parte, de acuerdo a la doctrina de la Sala Plena de esta Corte contenida en la sentencia C-590 de 2005, las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela, involucra la acreditación de cualquiera de las siguientes irregularidades o defectos, atribuibles a la providencia judicial¹³: (i) orgánico, relacionado con la absoluta falta de competencia del funcionario judicial para emitir la providencia impugnada; (ii) procedimental absoluto, que se genera cuando la autoridad judicial actúa completamente al margen del procedimiento establecido; (iii) fáctico, que se origina cuando el juez decide sin el apoyo probatorio que le permita aplicar el supuesto legal en el que apoya la decisión; (iv) material o sustantivo, atinente a los casos en los cuales la autoridad judicial decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión; (v) error inducido, que surge cuando el juez fue víctima de un engaño por parte de terceros, que lo conduce a emitir una decisión que afecta derechos fundamentales; (vi) decisión sin motivación, referido al incumplimiento por parte del juez de dar cuenta de los fundamentos de hecho y de derecho en los que apoya sus decisiones, que es en donde reposa su legitimidad funcional; (vii) desconocimiento del precedente, que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional fija el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica la ley limitando sustancialmente dicho alcance y, (viii) violación directa de la Constitución.

En síntesis, la procedencia excepcional y subsidiaria de la acción de tutela contra providencias judiciales, está sujeta, en cada caso, a la acreditación concurrente de los requisitos genéricos y de alguno de los defectos o irregularidades imputables a la providencia

judicial analizada, con la consecuente amenaza o vulneración de derechos fundamentales de las partes o de los intervinientes en el proceso.

Debido a que la accionante atribuye los defectos fáctico, sustantivo y desconocimiento del precedente vertical a la sentencia impugnada, enseguida la Sala procede a sintetizar la línea jurisprudencial sobre los mismos, para luego entrar a verificar si se encuentran o no configurados, previa acreditación de los requisitos genéricos de procedibilidad.

3.1. Breve caracterización del desconocimiento del precedente como causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia.

De manera reiterada ha sostenido esta Corporación que el desconocimiento del precedente vertical (se origina en un funcionario o Corporación judicial de superior jerarquía) y horizontal (proviene del mismo juez o de corporación judicial de similar jerarquía) obligan al juez, debido a la igualdad de trato jurídico en la aplicación de los preceptos legales, de acuerdo a lo contemplado en el artículo 13 constitucional. Es decir, la autonomía judicial encuentra restricciones en la eficacia de los derechos fundamentales¹⁴.

Justamente, el juez está vinculado por las decisiones proferidas por los órganos de cierre de las respectivas jurisdicciones (ordinaria, contencioso administrativa y constitucional), cuya observancia no constituye una mera facultad discrecional, sino que se convierte en una obligación ineludible que se fundamenta, particularmente, en el principio de igualdad (supuestos fácticos iguales deben resolverse de forma similar), buena fe y confianza legítima, por el mantenimiento de un mínimo de seguridad jurídica y por motivos de racionalidad y de coherencia del sistema jurídico.

Sin embargo, la regla del respeto por el precedente no es absoluta, salvo en materia constitucional cuya doctrina se hace obligatoria¹⁵, de donde surge que el juez constitucional puede apartarse de la misma o de la vertida en decisiones de su superior, siempre y cuando de forma expresa, amplia y suficiente, explique las razones por las cuales su actuación difiere¹⁶. En caso de que el cambio de postura no se justifique expresamente, la consecuencia no puede ser otra que la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso.

3.2. Breve caracterización del defecto sustantivo como causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia.

Esta Corporación ha sostenido que el defecto sustantivo como causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, consiste en una irregularidad que surge como consecuencia de una actuación judicial en la que se aplica una norma que de forma palpable no regula el asunto o no tiene en cuenta la que lo define o adopta una hermenéutica contraria a los postulados de razonabilidad jurídica¹⁷.

Dentro de las modalidades identificadas por esta Corporación en las que puede presentarse esta irregularidad, se tienen las siguientes¹⁸: (i) cuando la decisión impugnada se apoya en una norma que indiscutiblemente no se aplica al caso; (ii) cuando la autoridad judicial realiza una aplicación indebida del precepto concerniente; (iii) cuando la aplicación o la hermenéutica que hace la disposición en el caso, desconoce sentencias con efecto erga omnes que han definido su alcance; (iv) cuando no se atiende a la interpretación sistemática de la norma, es decir, no se tienen en cuenta otras disposiciones que regulan el asunto; (v) cuando se desatiende la norma que se ajusta al caso; (vi) cuando a pesar de que la norma en cuestión esta vigente y es constitucional, no se adecua o regula la situación fáctica que se resolvió; (vii) cuando a la norma utilizada se le da un alcance distinto a lo expresamente indicado por el legislador; (viii) cuando la norma en la que se fundó lo decidido, se torna injustificadamente regresiva o contraria a la Constitución; (ix) cuando el poder concedido a la autoridad judicial por el ordenamiento jurídico se utiliza para un fin distinto no previsto en la disposición; (x) cuando se desconoce la norma constitucional o legal que guía el caso concreto; (xi) cuando lo decidido no se encuentra justificado de manera suficiente, de tal forma que se afectan derechos fundamentales; (xii) cuando sin un mínimo de justificación se desconoce el precedente judicial y, (xiii) cuando el juez no aplica la excepción de inconstitucionalidad frente a una clara y manifiesta vulneración de la Carta Política.

Ha enfatizado esta Corte en que para que se afecten derechos fundamentales, a partir de la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto, se debe estar frente a una decisión judicial en la que el funcionario en su actividad interpretativa, desconoce o se aparta, abierta y arbitrariamente de los lineamientos constitucionales y legales, esto es, actúa caprichosamente, con base simplemente en su voluntad, con franca y absoluta desconexión de la voluntad del ordenamiento jurídico¹⁹.

Lo afirmado implica que si la hermenéutica que resulta de la norma y su aplicación, es admisible o razonable desde el punto de vista constitucional, la acción de tutela resulta improcedente, debido a que lo contrario conllevaría a aceptar que podrían dejarse sin efectos interpretaciones atinadas de disposiciones jurídicas, porque el criterio del juez constitucional no coincide con el del juez natural del asunto, lo que no es permisible, habida cuenta el desconocimiento de los principios de autonomía e independencia judicial, en la medida en que el juez del amparo se atribuiría funciones que no le corresponden²⁰.

3.3. Breve caracterización del defecto fáctico, como causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia.

En múltiples oportunidades esta Corte ha manifestado²¹ que la acción de tutela resulta procedente cuando se está frente a una irrazonable valoración de la prueba realizada por el juez en su providencia. De tal manera que la irregularidad en el juicio valorativo debe ser ostensible, flagrante y manifiesto, a tal punto que incida directamente en el sentido de la decisión emitida, debido a que de lo contrario, se convertiría al juez de tutela en una instancia de revisión de la evaluación del material probatorio realizado por el juez de la causa.

De acuerdo a lo señalada por la jurisprudencia constitucional, este defecto presenta dos dimensiones: la negativa y la positiva, cada una con sus respectivas modalidades o tipología que puede asumir.

La dimensión negativa comprende las omisiones en la valoración de las pruebas concluyentes, esto es, que identifican la veracidad de los hechos estudiados por el juez. Dentro de esta hipótesis pueden encontrarse la negativa o valoración arbitraria, irracional y caprichosa o cuando se omite apreciar la prueba y sin motivo válido se tiene por no probado el hecho o la circunstancia que del mismo surge de forma clara y objetiva.

En definitiva, dentro de la dimensión negativa del defecto fáctico pueden ubicarse las siguientes hipótesis: (i) la omisión en el decreto y práctica de pruebas; (ii) la no valoración del material probatorio y, (iii) desconocimiento de las reglas de la sana crítica, que comprende la omisión en considerar elementos probatorios que constan en el proceso, no se advierten o simplemente no se tienen en cuenta para fundamentar la decisión.

La dimensión positiva, por su parte, se genera cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia discutida, que no ha debido admitir ni evaluar, porque, por ejemplo, fueron recaudadas indebidamente (art. 29 C.P.) o cuando tiene por establecidas circunstancias, sin que obren pruebas que fundamenten lo resuelto y de esta forma vulnere la Constitución.

Insiste la Sala en que la mera discrepancia sobre la interpretación que puede surgir en el debate jurídico y en la evaluación de las pruebas en un caso en particular, no constituye por sí misma un defecto que implique dejar sin efectos la decisión mediante el amparo constitucional. Lo contrario significaría admitir la superioridad en el juicio valorativo del juez constitucional, respecto del juez ordinario, con notoria limitación del principio de autonomía judicial. El juez de tutela, debe partir de la corrección de la decisión judicial y de la evaluación probatoria realizada por el juez natural de la causa²².

Como corolario de lo anotado se tiene que la procedencia restringida de la acción de tutela en materia de interpretación y valoración de pruebas, encuentra explicación en la libertad de apreciación racional de los medios persuasivos allegados en debida forma al proceso, predicable del juez de la causa²³.

Esta Corte ha sostenido que la seguridad social en pensiones es un derecho subjetivo que puede ser reclamado, no sólo ante los funcionarios administrativos sino ante las autoridades judiciales, en la medida en que la justicia es una función pública y a los ciudadanos debe permitírsele el acceso a ella. Se concibe como una garantía primordial para las personas de la tercera edad, porque se relaciona con la subsistencia en condiciones dignas²⁴ y en general, cuando según las circunstancias del caso, su no reconocimiento tiene la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales²⁵.

De la misma forma, el aspirante a pensionarse tiene derecho a que se le resuelva su situación en aplicación del marco normativo respectivo, dando prevalencia al derecho sustancial, que encuentra sustento no sólo en la actual normatividad (Ley 100 de 1993 y sus modificaciones), sino en los regímenes pensionales anteriores, acreditando los requisitos legales exigidos. De ocurrir lo contrario, esto es, de no reconocerse el status de pensionado en tales condiciones, y se afectan derechos fundamentales, puede acudir al amparo constitucional.

Ha insistido la Corte que la persona que acredita los requisitos legales para acceder a una pensión, ipso facto tiene la condición de jubilado y en consecuencia de él se predica un derecho adquirido (art. 58 C.P.) que apareja el reconocimiento pleno y oportuno de su jubilación, que no constituye un derecho abstracto, sino que se materializa en una mesada pensional. En ese sentido, la Ley 100 de 1993 (art. 11) dispone el respeto y la vigencia de los derechos adquiridos conforme a la normatividad anterior (inc. 2 del art. 36 ibídem, concordante con los Dctos 691 de 1994 y 2527 de 2000, cuando se trata de empleados públicos²⁶.

Es decir, el derecho adquirido se incorpora de manera definitiva al patrimonio de su titular y queda protegido de cualquier acto oficial que intente desconocerlo, en razón a que la Carta Política lo garantiza y protege. De esta manera, quien ha satisfecho los requisitos legales de edad y tiempo de servicios o número de semanas cotizadas, exigidas para acceder a una pensión de jubilación o de vejez, tiene un derecho adquirido a gozar de la misma²⁷.

De tal suerte que al constituirse la seguridad social en pensiones como un derecho adquirido, debe ser respetado en aplicación de los principios de favorabilidad e irrenunciabilidad, pudiendo ser exigible de las autoridades (artículos 48, 86, 228 y 229 C.P.)²⁸ para que se efectivice (art. 2 ibídem)²⁹.

Justamente, según lo sostenido por esta Corporación, el desconocimiento de los principios de eficiencia, irrenunciabilidad (art. 48 C.P.) y favorabilidad (art. 53 C.P.) aplicables a la seguridad social, afecta el debido proceso, en razón a que, la propia Carta Política califica esta garantía como verdadero derecho subjetivo, del cual hace parte la pensión, que se convierte en irrenunciable por su titular, una vez adquirida la calidad de pensionado al acreditar los requisitos regulados legalmente. De la misma forma, cuando la norma respectiva indica varios aspectos beneficiosos³⁰, no pueden aplicarse unos y otros no, sin que con este proceder se afecte el carácter inescindible de las normas, con la consiguiente vulneración de los principios referidos.

5. Solución al caso concreto.

Para dar solución al asunto examinado, la Sala de Revisión procederá de la siguiente forma: (i) verificará en el caso concreto los requisitos genéricos de procedibilidad del amparo constitucional y luego, (ii) entrará al fondo del asunto en donde establecerá si se encuentra

acreditado por lo menos uno de los defectos atribuidos por la actora, o que en todo caso se adviertan palmariamente en la actuación judicial de la entidad demandada y, si efectivamente se vulneraron los derechos fundamentales cuya protección se solicita.

5.1. Cumplimiento en el caso concreto de los requisitos genéricos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

5.1.1. Relevancia constitucional.

En el caso analizado por esta Sala de Revisión, existe evidente relevancia constitucional, en razón a que se trata de garantizar, entre otros, los derechos fundamentales al debido proceso (art. 29 C.P.) y al acceso efectivo a la administración de justicia (art. 229 C.P.), presuntamente vulnerados por la entidad judicial demandada por las razones indicadas.

5.1.2. Subsidiariedad o agotamiento de los medios de defensa judicial al alcance del actor.

La providencia proferida el 6 de agosto de 2010 por el Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño, impugnada por la actora, definió en segunda instancia la acción de nulidad y restablecimiento del derecho incoada en contra del Seguro Social -Pensiones-, de donde surge que contra la misma no procede ningún recurso ordinario. Tampoco encuentra la Sala que las irregularidades atribuidas por la actora al citado fallo, puedan adecuarse en las causales de revisión dispuestas en el artículo 188 del C.C.A31.

5.1.3. Se cumplió el requisito de inmediatez.

Entre el fallo emitido el 6 de agosto de 2010 por el Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño, notificado por edicto que se fijó el 26 de agosto de ese año y se desfijó el 30 del mismo mes y año y, el 01 de marzo de 2011, fecha de radicación de la acción de tutela transcurrieron aproximadamente 6 meses, lapso que a juicio de la Sala de Revisión, es prudencial y razonable para acudir al juez constitucional en solicitud de protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, teniendo en cuenta que la actora debió solicitar copia auténtica del expediente contencioso administrativo, incluyendo la sentencia censurada y su notificación por edicto y luego estudiar y preparar del escrito de tutela, luego de obtenida tal documentación.

5.1.4. No se trata de una irregularidad procesal.

En el caso analizado, no se trata de una irregularidad procesal sino de los presuntos defectos fáctico, sustantivo y desconocimiento del precedente, endilgados por la actora al fallo proferido en segunda instancia por la entidad judicial demandada, que puso fin a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del Seguro Social -Pensiones-.

5.1.5. La actora identificó de manera razonable los hechos en los que sustenta la acción de tutela, así como los derechos vulnerados.

En el escrito de tutela, aparecen claramente identificados por la actora, tanto los hechos como los defectos que en su sentir, generaron la vulneración de los derechos fundamentales invocados.

5.1.6. No se trata de una acción de tutela contra un fallo de tutela.

La finalidad perseguida por la actora a través de la acción de tutela no es someter a juicio constitucional un fallo de tutela, sino que la solicitud de protección constitucional se dirige contra una sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Nariño que resolvió en segunda instancia una acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

6. Análisis de fondo de la acción constitucional a la que acudió la actora.

Precisa la Sala, que en este acápite se procederá primero a indicar brevemente la situación fáctica y jurídica de la que da cuenta el expediente de tutela, y pasa luego a determinar si la actuación de la entidad judicial demandada está incurso en alguno de los defectos atribuidos por la actora y, por consiguiente, si resultan vulnerados derechos fundamentales.

6.1. Situación fáctica y jurídica que consta en el expediente de tutela.

Mediante Acuerdo 064, del 11 de diciembre de 2003, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, la actora fue desvinculada del cargo de Juez Quinto Civil Municipal de la citada ciudad, por haber llegado a la edad de retiro forzoso, para ese momento había cotizado más de 17 años y 10 meses al Sistema de Pensiones en CAJANAL, entidad en la que radicó el 27 de enero de 2004 solicitud de reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez regulada en el artículo 10º del Decreto 546 de 1971, la que al final le fue negada.

Luego de que la actora acudiera en enero de 2005 a la vía judicial, a través de sentencia emitida el 5 de junio de 2008, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Pasto, anuló las resoluciones respectivas y ordenó a CAJANAL el reconocimiento y pago de la mesada pensional en un 49% del salario más alto devengado durante el último año de servicios, decisión que fue confirmada integralmente por el Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño el 28 de agosto de 2009 al resolver el grado jurisdiccional de consulta al que fue sometido el fallo³².

Estando en curso el mencionado proceso, con la finalidad de obtener un mayor beneficio pensional que le permitiera vivir dignamente, la actora siguió cotizando para efectos pensionales al Seguro Social, previa afiliación como trabajadora independiente y, una vez cumplió los 20 años exigidos legalmente (sumada la cotización que hizo a CAJANAL), en febrero de 2006, solicitó al Seguro Social el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a la que creía tener derecho en aplicación de lo regulado en el artículo 6º del Decreto 546 de 1971 (Régimen Especial de Pensiones para miembros de la Rama Judicial y del Ministerio Público), la que se le negó a través de las Resoluciones 2847 de 2006 y 370 del 5 de febrero de 2007.

Frente a lo ocurrido, la actora acudió de manera sucesiva tanto a la acción de tutela (en enero de 2007), buscando la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social, debido a que hacía más de dos años y medio que no percibía ingresos y contaba para ese entonces con 69 años de edad³³, como a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (el 16 de abril de 2007) contra el Seguro Social -Pensiones-.

El amparo constitucional se decidió favorablemente a través de sentencia proferida el 14 de febrero de 2007 por el Juzgado Tercero de Familia de Pasto que ordenó a esa entidad resolver los recursos frente a la negativa en reconocer la prestación reclamada. Seleccionado el caso por la Corte, mediante sentencia T-711 del 7 de septiembre de 2007, la Sala Séptima de Revisión adicionó el fallo, en el sentido de conceder el amparo transitorio de los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y al mínimo vital, mientras la jurisdicción contenciosa decide. Por consiguiente, ordenó al Seguro Social, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de dicha providencia, procediera a reconocer la pensión de jubilación a la señora Ortiz de Enríquez, siguiendo lo regulado en el art. 6º del Decreto 546 de 1971³⁴.

En cumplimiento de lo ordenado por la Corte Constitucional, el Seguro Social -Pensiones- expidió la Resolución número 3347 del 14 de octubre de 2007³⁵, reconociendo y ordenando el pago de la pensión de jubilación a la actora de conformidad con el art. 6º del Decreto 546 de 1971.

Por su parte, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Seguro Social, se decidió en primera instancia accediendo a las súplicas de la demanda mediante sentencia del 15 de diciembre de 2008 por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Pasto, en el sentido, entre otros, de anular las resoluciones que negaron la prestación reclamada por la actora y ordenando a la entidad demandada reconocer y pagar la pensión de jubilación a su favor, consistente en el 75% del salario más alto devengado durante el último año de servicios (16 de diciembre de 2002 y 15 de diciembre de 2003), teniendo en cuenta todos los factores salariales percibidos durante ese lapso³⁶.

Apelada la decisión anterior³⁷, previamente a decidir la alzada, la Sala Sexta del Tribunal Administrativo de Nariño, a través de providencia proferida el 20 de noviembre de 2009, ordenó que por Secretaría se expidiera copia auténtica del fallo emitido por esa misma corporación el 28 de agosto de 2009, en donde actuó como demandante Irma Matilde Ortiz de Enríquez y como demandada CAJANAL, a fin de incorporarla al expediente, así como ofició a esta última entidad para que dentro de los 10 días siguientes remitiera copia auténtica de los actos administrativos emitidos en cumplimiento de lo ordenado en la mencionada sentencia³⁸.

En cumplimiento de lo ordenado, se allegó copia auténtica de la aludida sentencia que fue incorporada al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho³⁹, así como del expediente administrativo remitido por CAJANAL en el que aparece la historia del trámite de la pensión reclamada por la actora, sin que se advierta la expedición de ningún acto administrativo de reconocimiento y pago de la pensión de vejez, ordenado judicialmente a esa entidad⁴⁰.

Mediante sentencia del 6 de agosto de 2010, la Sala Sexta del Tribunal Administrativo de Nariño revocó la sentencia del 15 de diciembre de 2008 emitida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Pasto, que había accedido a las pretensiones de la actora, en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho incoado contra el Seguro Social y, en su lugar, se negaron las súplicas de la demanda⁴¹.

Para llegar a la decisión anterior, consideró esa Corporación que: (i) no es posible reconocer una pensión de jubilación, por régimen especial, existiendo un pronunciamiento anterior en firme, que comprendió los mismos tiempos de servicio, en el que ya se le reconoció a la actora una pensión de jubilación de acuerdo a lo regulado en Decreto 546 de 1971. De ocurrir lo contrario, (ii) se incurriría en la prohibición constitucional de recibir doble asignación que provenga del tesoro público, salvo excepciones legales (art. 128 C.P.); (iii) una misma persona no puede tener simultáneamente, el estatus de pensionado y el de afiliado o cotizante al Sistema General de Pensiones, debido a que el riesgo de la vejez ya se produjo y quedó cubierto con la pensión; (iv) ninguna persona puede percibir doble pensión con base en el mismo tiempo de servicios y (v) tratándose de regímenes especiales de pensiones, una persona no puede al mismo tiempo pedir o gozar de dos pensiones de jubilación a la misma o a diferente entidad, debido a que el riesgo que se cubre es el mismo, la causa es la misma, luego será sólo una entidad la que otorgue la pensión al beneficiario y, las otras entidades, entrarían a cubrir la respectiva cuota parte o bono pensional.

A partir de los anteriores argumentos jurídicos, consideró en concreto que: (i) la accionante ya es beneficiaria de la pensión de jubilación por parte de CAJANAL, conforme a la sentencia del 5 de junio de 2008, expedida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Pasto, de la que se agotó el grado jurisdiccional de consulta y fue confirmada, por lo que hace tránsito a cosa juzgada⁴²; (ii) no se demostró en el proceso que la actora hubiera renunciado a la pensión reconocida por CAJANAL, ni solicitó la conmutación pensional, para que se le reconociera la más favorable, pues en toda la actuación guardó silencio y, (iii) por lo anotado, la actora no puede ser beneficiaria de dos pensiones de jubilación consolidadas en el mismo tiempo y bajo el mismo régimen especial.

6.2. La entidad judicial demandada incurrió en defecto fáctico al tener por cierto un hecho que no se desprende del material probatorio obrante: el efecto del status de pensionada, cual es percibir efectivamente la mesada pensional a cargo de CAJANAL.

Para esta Sala de Revisión, la entidad judicial demandada incurrió en defecto fáctico al proferir el fallo del 6 de agosto de 2010, que ahora se somete a juicio constitucional, por las siguientes razones:

b) En este sentido, de las pruebas obrantes en el expediente cuya decisión se somete ahora

a juicio constitucional, se infiere la existencia de un fallo judicial en firme que ordenó a CAJANAL el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a la actora, referida a mesada pensional mensual del 49% de lo devengado durante el último año de servicios, pero no que su beneficiaria estuviera percibiendo efectivamente la mesada pensional por dicho concepto. Es decir, no puede confundirse, como lo hizo el Tribunal, el reconocimiento judicial de un derecho en este caso a la pensión de vejez, y la materialización del mismo a través de la mesada pensional respectiva, previo acto administrativo, que no fue emitido por CAJANAL.

c) De esta forma, solamente la verificación del reconocimiento judicial del derecho pensional a cargo de CAJANAL, fue tenido por el Tribunal como argumento suficiente para considerar que no era posible acceder a la pensión reclamada del Seguro Social, lo que a su juicio, implicaría una doble pensión con base en los mismos aportes, cuando las pruebas muestran claramente que la primera entidad jamás profirió el acto administrativo en cumplimiento de lo ordenado y por consiguiente la actora no estaba percibiendo dicha mesada pensional. El status de pensionado, insiste la Sala, por sí mismo no implica, como en el presente caso, que material o físicamente se reciba o beneficie de tal derecho. Para ello es necesario que el administrador de pensiones público o privado profiera el acto respectivo, siguiendo lo ordenado e incluya en nómina al beneficiario.

d) Como corolario de lo anotado se tiene que para la entidad judicial demandada era evidente que: (i) existe un reconocimiento judicial de la pensión a la actora a cargo de CAJANAL; (ii) que esa entidad no emitió el acto administrativo cumpliendo lo ordenado en dicha sentencia y, (iii) que el Seguro Social en octubre de 2007, siguiendo lo ordenado por la sentencia T-711 de ese año, emitida por la Corte Constitucional, profirió resolución que contiene el reconocimiento y pago de la pensión a la actora, consistente en el 75% del salario más alto devengado durante el último año de servicios con base en lo regulado en el art. 6º del Decreto 546 de 1971, mesada pensional que venía percibiendo mes a mes. Sin embargo, si en gracia de discusión se acepta que el Tribunal, debía despejar la oscuridad que pudo suscitarle en cuanto a si la accionante recibía la mesada pensional en un 49% de lo devengado en el último año de servicios a cargo de CAJANAL, no lo hizo y por el contrario, prefirió revocar la sentencia de primera instancia objeto de apelación, abandonando así el sendero de la justicia material y de la prevalencia del derecho sustancial⁴³.

En síntesis, el Tribunal tuvo por cierto un hecho que no se desprende del acervo probatorio

obstante: el efecto del status de pensionada por parte de la actora, cual es percibir efectivamente la mesada pensional a cargo de CAJANAL. Es decir, sin motivo válido tuvo por no probado un hecho que se desprende de las pruebas obrantes de manera clara y objetiva, cual es que la accionante no estaba recibiendo la mesada pensional de parte de la citada entidad.

Dicha irregularidad incidió directamente en la decisión emitida, debido a que con base en ese argumento, la entidad demandada concluyó que debido a que la actora recibía la mesada pensional a cargo de CAJANAL no era posible con base en los mismos aportes, ordenar el reconocimiento de otra pensión.

6.3. La entidad judicial demandada incurrió en defecto sustantivo por no aplicar normas constitucionales y legales que regulan el caso.

Según el Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño, no podía ordenarse al Seguro Social el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a la actora con base en el régimen especial de pensiones dispuesto en el Decreto 546 de 1971, debido a que: (i) esa misma entidad judicial, en otra oportunidad confirmó en consulta la decisión adoptada por un juzgado administrativo en la que se ordenó a CAJANAL el reconocimiento y pago de la pensión reclamada con fundamento en el mismo régimen pensional y, (ii) la demandante en el proceso no renunció a la pensión reconocida judicialmente a cargo de CAJANAL y tampoco solicitó la conmutación pensional para que se le reconociera la que le resultaba más favorable.

A juicio de la Sala de Revisión, el argumento expuesto hace incurso el fallo emitido por la mencionada entidad judicial en defecto sustantivo por dejar de aplicar normas constitucionales y legales que regulan el caso, como son el principio de favorabilidad en materia pensional y la primacía de la realidad sobre las formas (art. 53 C.P.), la irrenunciabilidad a la seguridad social en pensiones (art. 48 ejusdem) y los derechos adquiridos (art. 58 C.P., conc. arts. 11 y 36-2º-5º y parág. Ley 100 de 1993) como se verá enseguida:

a) Mientras que la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ordenó a CAJANAL que reconociera a la actora la pensión de vejez con base en el artículo 10º del Decreto 546 de 1971, esto es en un 49% de lo devengado en el último año de servicios, debe reiterarse, esta

Corte, mediante sentencia T-711 de 2007 de forma transitoria ordenó al Seguro Social el reconocimiento y pago de la pensión a la accionante con fundamento en el art. 6º de la misma normativa⁴⁴, decisión con la que coincidió el juez contencioso administrativo en primera instancia en el proceso ordinario, pero que fue revocada por el Tribunal Administrativo de Nariño en fallo contra el que se dirigió la acción de tutela que ocupa ahora la atención de esta Sala de Revisión.

b) Ni la pensión ordenada judicialmente a cargo de CAJANAL con fundamento en el art. 10º del Decreto 546 de 1971, ni la reconocida a cargo del Seguro Social con base en el art. 6º de la misma regulación ordenada temporalmente por esta Corte mediante sentencia T-711 de 2007, constituían una barrera infranqueable para que el Tribunal cumpliera con su obligación jurídica funcional impuesta por la Constitución (art. 2º C.P.) de garantizar la eficacia del derecho reclamado por la actora. De un lado, se reitera, la primera pensión no estaba siendo percibida por la accionante debido a que la citada entidad jamás profirió el acto administrativo cumpliendo lo ordenado judicialmente, lo que se explica en el hecho de que la actora tampoco presentó la documentación respectiva, debido a que su interés, con base en el principio de favorabilidad, era obtener una de mayor valor y, del otro, el reconocimiento de la pensión en cumplimiento de la orden proferida por el juez constitucional se hizo de manera transitoria, de donde surge que en primera o en segunda instancia al definirse el proceso ordinario, la situación jurídica de la actora podía ser variada.

c) Tampoco era un obstáculo la regulación legal sobre el régimen pensional discutido ante el Seguro Social en los actos administrativos cuya nulidad se pretendió, siguiendo estrictamente el principio legal y adjetivo de rogación, debido a que ello implicaría la prevalencia de la forma y el sacrificio sin más del derecho sustancial y de la justicia material (art. 228 C.P.), máxime cuando además de haberse negado el reconocimiento de la pensión especial regulada en el Decreto 546 de 1971, en los mencionados actos, se consignó igualmente la negativa de reconocer la pensión vitalicia de jubilación dispuesta en el art. 1º de la Ley 33 de 1985⁴⁵, de donde se infiere que quedó abierta la posibilidad en cuanto a que la situación jurídica pensional de la actora estuviera regulada por otra disposición distinta a la invocada ante el Seguro Social.

d) En ese sentido la aplicación a la actora del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que no está en discusión, imponía el deber jurídico en cabeza del

Tribunal de determinar la disposición legal que regula la situación pensional de la accionante, que para el caso analizado no lo es el artículo 6º del Decreto 546 de 1971, normativa que para el reconocimiento de la pensión ordinaria de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio exige: (i) para las mujeres haber llegado a los 50 años de edad y, (ii) 20 años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de ese decreto, de los cuales por lo menos 10 lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público, o a ambas actividades.

e) Tal disposición no regula la situación pensional de la actora, precisamente porque a pesar de contar con la edad (66 años y 7 meses para la época de la reclamación pensional⁴⁶), al momento de su retiro forzoso del servicio en la Rama Judicial, solamente había cotizado 17 años, 10 meses y 24 días a CAJANAL de los cuales 12 años y siete meses los laboró en la Rama Judicial, cuando claramente la norma establece que para ese momento se debían acreditar 20 años continuos o discontinuos.

f) Sin embargo, el hecho de que la situación de la actora no se regule por el citado régimen pensional especial, no era óbice para que la entidad judicial demandada hubiere resuelto el asunto, con fundamento en la norma que guía la situación jurídico pensional de la accionante, debido a que, de un lado, contaba con todos los elementos de juicio para ello, dentro de los que se encuentran su historia laboral y los actos administrativos negando el reconocimiento y pago de la prestación reclamada, en los que, se insiste, se dejó abierta la posibilidad de que la situación pensional de la actora estuviera regulada por otra norma jurídica distinta a la invocada y, del otro, el régimen de transición aplicable dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, indican el camino que debía seguir.

g) En ese sentido, se imponía un deber jurídico en cabeza del Tribunal consistente en determinar el régimen pensional aplicable, sin considerar las normas sobre ese tópico discutidas en los actos administrativos cuya nulidad se pretendió, armonizando así el principio adjetivo-legal de rogación con principios y valores constitucionales, dentro de los que se encuentran la condición más favorable al trabajador (art. 53 C.P.) la irrenunciabilidad de la seguridad social en pensiones (art. 48 C.P.), los derechos adquiridos (art. 58 C.P.) y de esta forma garantizar la efectividad de los derechos como uno de los principales fines del Estado (art. 2º C.P.).

h) Siguiendo dichos lineamientos jurídicos, no era difícil para el Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño determinar que la situación jurídico pensional de la actora al acreditar 17 años, 10 meses y 24 días de cotización a CAJANAL y el resto hasta completar más de 20 años en el Seguro Social y casi 67 años de edad (al momento de acudir al proceso ordinario) se subsume en el supuesto fáctico contemplado en el artículo 7º de la Ley 71 de 1988 que exige para los empleados oficiales 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo, acumulados en una o varias de las entidades de previsión social y en el Instituto de los Seguros Sociales, para acceder al derecho a una pensión de jubilación, siempre que cumplan 60 años de edad si es varón y 55 años o más si es mujer. En lo referido al ingreso base para liquidar la pensión se toma el 75% (art. 8º del Decreto 2709 de 1994) del promedio de “los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión (...)” (artículo 21 de la Ley 100 de 1993)⁴⁸.

i) De esta manera, una vez la actora cumplió los requisitos de edad y semanas o tiempo mínimo exigido de cotización en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988 (20 años de cotización y más de 55 años de edad), de acuerdo a lo regulado el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (régimen de transición), ipso facto obtuvo la condición de jubilada y en consecuencia de ella se predica un derecho adquirido (art. 58 ibídem, conc. Art. 11 Ley 100 de 1993 e inc. 2º, 5º y el parág. del art. 36 ejusdem), que conlleva el reconocimiento pleno y oportuno de su jubilación y por tanto al disfrute de la misma, que debió garantizarse por la entidad judicial demandada (art. 2º C.P.) en aplicación del principio de favorabilidad y primacía de la realidad sobre las formas (art. 53 C.P.), de irrenunciabilidad de la seguridad social en pensiones (art. 48 C.P.) y los derechos adquiridos (arts. 58 C.P., 1149 y 36 inc. 2º, 5º y parágrafo de la Ley 100 de 1993⁵⁰).

j) De acuerdo a lo anotado en el punto anterior, el derecho a la pensión se incorporó de manera definitiva en el patrimonio de la actora, quedando protegido de cualquier acto de autoridad que pretenda desconocerlo, debido a que la Constitución lo garantiza y protege como se expuso en el apartado 4 de esta providencia.

k) En definitiva, la realización del derecho a la seguridad social en pensiones en cuanto a su condición más favorable, debió garantizarse por el Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño, en cumplimiento de su obligación jurídico – funcional de asegurar los derechos

inalienables (art. 5º C.P.) de las personas como un fin esencial del Estado (art. 2º C.P.), lo que indica que no era indispensable que la actora en el trámite de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho incoado contra el Seguro Social, renunciara expresamente a la pensión reconocida judicialmente a cargo de CAJANAL. Menos aún podía hacerse tal exigencia, cuando, de un lado, no se puede renunciar a lo que no se ha reconocido mediante acto administrativo, explicable en el hecho de que la actora no solicitó el cumplimiento del fallo, ni presentó la documentación respectiva para ello, precisamente porque su interés, fundado en el principio de favorabilidad, era obtener la pensión de mayor valor y, del otro, reinaba la incertidumbre del sentido en que se pronunciaría la sentencia en segunda instancia contra el Seguro Social.

6.4. La entidad judicial demandada, incurrió en desconocimiento del precedente vertical de la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre el alcance del artículo 128 de la Constitución aplicado en pensiones.

En el fallo impugnado por vía de tutela, la entidad judicial demandada incurrió en desconocimiento del precedente vertical del Consejo de Estado, respecto de la interpretación de la prohibición contenida en el artículo 128 de la Constitución, referida a que nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, entendido como el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las entidades descentralizadas, salvo los casos determinados por la ley.

En efecto, el Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño, en la sentencia impugnada citó la jurisprudencia del Consejo de Estado⁵¹ sobre la precisión que ha realizado de la mencionada prohibición constitucional, en el sentido de que resulta aplicable en materia pensional, en donde la regla general es la incompatibilidad entre pensión especial y la pensión ordinaria, o entre pensiones ordinarias -pensión de jubilación, de invalidez y de retiro por vejez, con las excepciones permitidas por esta regla dispuestas en la ley, es el caso de la pensión de gracia y de la pensión de jubilación o cualquiera ordinaria aplicable a los docentes (Ley 91 de 1989, art. 15, num. 2).

Siguiendo la misma línea jurisprudencial, aclaró, de un lado, que dentro del Sistema General de Pensiones no se puede afirmar que las pensiones reconocidas por los Fondos de Pensiones o por el Seguro Social, constituyan asignaciones provenientes del tesoro público, en razón a

que una vez pagadas las cotizaciones patronales, los recursos son del sistema y no pertenecen ni a la nación ni a las entidades que los administran. Del otro, que ninguna persona puede percibir doble pensión con fundamento en el mismo tiempo de servicios⁵².

A juicio de esta Sala de Revisión, no obstante la claridad que de la interpretación de la mencionada prohibición -aplicada en materia de pensiones- ha realizado por el máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo, la entidad judicial demandada, al descender en el caso concreto desatiende dicha regla hermenéutica al sostener que no es posible reconocer dos asignaciones mensuales por una misma causa, a la misma persona, y las dos con base en el régimen especial de pensiones para la Rama Judicial (Decreto 546 de 1971). Además, que la actora en su calidad de pensionada de CAJANAL no está exceptuada para percibir otra pensión de jubilación.

Debe precisar la Sala de Revisión que si bien es cierto, antes de que el Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño resolviera en segunda instancia la demanda ordinaria incoada contra el Seguro Social, a la actora se le había reconocido y ordenado el pago de la pensión de vejez por retiro forzoso en un 49% de lo devengado durante el último año de servicios, también lo es que CAJANAL nunca expidió la resolución respectiva cumpliendo lo ordenado, así como tampoco la accionante desplegó ninguna actividad con dicha finalidad, lo que se explica en el hecho de que venía percibiendo la mesada pensional a cargo del Seguro Social consistente en un 75% del salario más alto devengado en el último año de servicios por virtud de la protección transitoria prodigada por la Sala Séptima de Revisión de esta Corporación mediante sentencia T-711 de 2007, mientras resolvía el asunto la justicia contenciosa, que efectivamente en primera instancia le resultó favorable, pero luego revocada a través del fallo que ahora se somete a juicio constitucional.

Para esta Sala de Revisión, en estricto sentido no puede inferirse, como lo hizo el Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño que se trataba de dos asignaciones por la misma causa, a reconocer a la misma persona y con base en el mismo régimen pensional, por las siguientes razones: (i) la pensión reconocida judicialmente a cargo de CAJANAL no se estaba percibiendo, lo que autorizaba al Tribunal a que definiera si había lugar a ordenar al Seguro Social el reconocimiento y pago de la pensión reclamada, supeditando la ejecución de lo resuelto, a que no podía materializarse el pago de la mesada pensional a cargo de CAJANAL que era la menos favorable; (ii) el origen de la pensión solicitada por la actora al Seguro

Social, no solo lo constituyen las cotizaciones realizadas a CAJANAL por espacio de 17 años, diez meses y 24 días, sino las que hizo al Seguro Social como trabajadora independiente, luego del retiro forzoso que sufrió en el 2003, que sumadas producen más de 20 años, cotizados, requeridos para la pensión de jubilación y, (iii) en estricto sentido no puede predicarse la cosa juzgada, debido a que en las demandas laborales administrativas incoadas por la actora no se presenta la identidad de sujeto, objeto y causa. Mientras que la primera demanda se dirigió contra CAJANAL, la segunda lo fue contra el Seguro Social. Se insiste igualmente en que mientras que las cotizaciones hechas a CAJANAL sustentaron la nulidad y restablecimiento del derecho contra dicha entidad, las que se hicieron a CAJANAL y al Seguro Social fundamentaron la demanda contra esta última entidad.

Es evidente entonces que a pesar de que el Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño citó la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la prohibición constitucional de doble asignación proveniente del tesoro público (art. 128 C.P.), extendido en materia pensional, al adecuar la situación fáctica a la regla extraída, no aplicó dicho lineamiento. De haberlo seguido, indudablemente el sentido de la decisión hubiese sido totalmente distinto.

Indudablemente a juicio de esta Sala de Revisión, las irregularidades en las que incurrió la entidad judicial demandada, consistentes en defecto fáctico, sustantivo y desconocimiento del precedente vertical, vulneró los derechos fundamentales que le asisten a la actora al debido proceso, acceso efectivo a la administración de justicia y mínimo vital y móvil, los cuales se ampararán, previo a revocar el fallo emitido el 4 de agosto de 2011 por la Sección Quinta del Consejo de Estado que modificó, en el sentido de rechazar el amparo solicitado, la sentencia impugnada proferida el 24 de marzo de 2011 por la Sección Cuarta del Consejo de Estado que negó la solicitud de protección constitucional.

Como consecuencia de la configuración de los defectos encontrados por la Sala de Revisión y la consecuente procedencia de la acción de tutela contra la sentencia dictada el 6 de agosto de 2010 por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Nariño, sería del caso dejar sin efectos el fallo y ordenar a la entidad judicial demandada enmendar las irregularidades y restablecer los derechos fundamentales afectados, de no ser porque se advierte que existen razones de índole constitucional que autorizan a esta Corte adoptar directamente las medidas pertinentes con la finalidad de garantizar la eficacia de las garantías básicas vulneradas.

6.5. Medidas a adoptar por la Sala de Revisión para restablecer inmediatamente la eficacia de los derechos fundamentales vulnerados a la actora.

Para la Sala de Revisión es claro que la actora es una persona de la tercera edad (73 años)⁵³, circunstancia que la ubica dentro del grupo de sujetos de especial protección constitucional, por las especiales circunstancias que de ello se derivan, particularmente por no contar con una vida laboral activa que le permita la consecución de los ingresos indispensables para sufragar los gastos primordiales que demanda su subsistencia. A ello se suma que desde hace aproximadamente un año y medio (desde la firmeza del fallo enjuiciado), fue desvinculada de la nómina de pensionados del Seguro Social y no recibe mesada pensional ni está afiliada a la seguridad social en salud.

A lo anterior se agrega la vía de hecho administrativa en la que incurrió el Seguro Social al negar el reconocimiento y pago de la pensión a la que tiene derecho la actora, que fue convalidada, tanto por la entidad demandada como en sede de tutela.

En ese sentido, no es razonable ni proporcionado someter a la actora, persona de la tercera edad, sujeto de especial protección constitucional cuya vulneración del mínimo vital y móvil es evidente, al trámite en segunda instancia de un fallo a emitir por el Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño, por medio del cual se ordena el pago de la pensión de jubilación por aportes a la que tiene derecho por cumplir los requisitos legales exigidos para su reconocimiento, cuando es claro que la celeridad e inmediatez como principios que guían el amparo tutelar, autorizan a esta Corporación para que profiera las medidas pertinentes, de manera adecuada y oportuna para el restablecimiento eficaz de los derechos fundamentales vulnerados.

En consecuencia, con la finalidad de restablecer la eficacia de las garantías básicas afectadas a la actora, esta Sala de Revisión dejará sin efectos el fallo emitido el 6 de agosto de 2010 por el Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño que revocó la sentencia proferida el 15 de diciembre de 2008 por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Pasto, que había accedido a las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho incoada por la actora contra el Seguro Social. En su lugar, ordenará directamente al Seguro Social - Pensiones- que dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, a la notificación de esta providencia, profiera resolución reconociendo y ordenando el pago de la pensión de

jubilación a la actora, siguiendo lo regulado en el artículo 7º de la Ley 71 de 1988. Es decir, en lo referido al ingreso base para liquidar la pensión se toma el 75% (art. 8º del Decreto 2709 de 1994) del promedio de “los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión” (artículo 21 de la Ley 100 de 1993).

De igual manera, se precisará lo siguiente: (i) la ubicación de la actora en la nómina de pensionados deberá hacerse dentro del mes siguiente a la expedición de la citada resolución, término dentro del cual, además, se le cancelarán las sumas de dinero correspondientes a las mesadas adeudadas que no se encuentren prescritas, desde el momento en que fue desvinculada de la nómina de pensionados como consecuencia del fallo del 6 de agosto de 2010, emitido por el Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño; (ii) la pensión a reconocer por el Seguro Social a la señora Irma Matilde Ortiz de Enríquez con fundamento en la presente providencia, es incompatible con la que judicialmente se le reconoció a cargo de CAJANAL y, (iii) el Seguro Social deberá correr traslado de la liquidación pensional a los empleadores, a Cajas de Previsión y realizar el recobro por las cuotas partes pensionales que les correspondan.

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR el fallo de tutela emitido el 4 de agosto de 2011 por la Sección Quinta del Consejo de Estado, que modificó, en el sentido de rechazar el amparo solicitado, la sentencia impugnada proferida el 24 de marzo de 2011 por la Sección Cuarta del Consejo de Estado que negó la solicitud de protección constitucional.

SEGUNDO.- TUTELAR los derechos fundamentales al debido proceso, acceso efectivo a la administración de justicia y mínimo vital y móvil invocados por Irma Matilde Ortiz de Enríquez, en contra del Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño.

TERCERO.- DEJAR SIN EFECTOS el fallo emitido el 6 de agosto de 2010 por el Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño, que revocó la sentencia proferida el 15 de diciembre de 2008 por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Pasto, que había accedido a las

súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho incoada por Irma Matilde Ortiz de Enríquez contra el Seguro Social.

CUARTO.- ORDENAR al Seguro Social -Pensiones- que dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de esta providencia, profiera resolución reconociendo y ordenando el pago de la pensión de jubilación a la señora Irma Matilde Ortiz de Enríquez, siguiendo lo regulado en el artículo 7º de la Ley 71 de 1988, Es decir, en lo referido al ingreso base para liquidar la pensión se toma el 75% (art. 8º del Decreto 2709 de 1994) del promedio de “los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión” (artículo 21 de la Ley 100 de 1993). La ubicación de la actora en la nómina de pensionados deberá hacerse dentro del mes siguiente a la expedición de la citada resolución, término dentro del cual, además, se le cancelarán las sumas de dinero correspondientes a las mesadas adeudadas que no se encuentren prescritas, desde el momento en que fue desvinculada de la nómina de pensionados como consecuencia del fallo del 6 de agosto de 2010, emitido por el Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño.

QUINTO.- PRECISAR que el Seguro Social deberá correr traslado de la liquidación pensional a los empleadores, a Cajas de Previsión y realizar el recobro por las cuotas partes pensionales que les correspondan.

SEXTO.- ADVERTIR que la pensión a reconocer por el Seguro Social a la señora Irma Matilde Ortiz de Enríquez con fundamento en la presente providencia, es incompatible con la que judicialmente se reconoció a cargo de CAJANAL.

SÉPTIMO.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

NILSON ELIAS PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Acción a la que acudió el 16 de abril de 2007 (folio 3 del cuaderno 1 del expediente de tutela).

2 Folio 2 del cuaderno 1 del expediente de tutela.

3 Folio 3 del cuaderno 1 del expediente de tutela.

4 Folio 4º del cuaderno 1 del expediente de tutela.

5 Folio 39 del cuaderno 1 del expediente de tutela.

6 Folios 50 a 52 del cuaderno 1 del expediente de tutela.

7 Folio 67 del cuaderno 1 del expediente de tutela.

8 Folios 68 a 82 del cuaderno 1 del expediente de tutela.

9 Folios 86ª 89 del cuaderno 1 del expediente de tutela.

10 Folios 99 a 106 del cuaderno 1 del expediente de tutela.

11 Sentencia T-786 de 211.

12 Ibídem.

13 Sentencia C-590 de 2005, reiterada en la sentencia T-786 de 2011.

14 Al respecto, pueden consultarse las sentencias SU-047 de 1999, SU-120 de 2003, T-683 de 2006, T-049 de 2007 y T-441 de 2010.

15 Sentencia C-634 de 2011.

16 Sentencia T-161 de 2010.

17 Sentencias SU-159 de 2002; T-043 de 2005; T-295 de 2005; T-657 de 2006 y T-686 de 2007, T-786 de 2011, entre otras.

18 Tanto en la sentencia T-033 de 2010 como en la sentencia T-786 de 2011, esta Corporación se refirió con precisión a las distintas hipótesis que originan el defecto sustantivo, que en esta oportunidad se reitera.

19 Sentencia T-786 de 2011.

20 Ibídem.

21 Entre otras, puede consultarse la sentencia T-653 de 2010 y T-786 de 2011.

22 Sentencias T-636 de 2006 y T-786 de 2011.

23 Al respecto se pueden consultar las sentencias T-231 de 1994, T-329 de 1996, SU-477 de 1997, T-267 de 2000, T-786 de 2011, entre otras.

24 Sentencias T-111 de 1994, T-631 de 2002.

25 Sentencias T-516/93, T-068/94, T-426/93, T-456/94, T-671/00, T-1565/00 y T-631 de 2002, entre otras.

26 Esta determinación se corrobora en las sentencias C-027 de 1995 y C-168 de 1995, cuya línea jurisprudencial fue reitera en la sentencia T-631 de 2002, en la que además se afirmó que: “En numerosos fallos, entre ellos la SU-430/98, se dice que hay un derecho adquirido a la pensión de vejez. Estas jurisprudencias tienen su precedente en sentencias de la Corte Suprema de Justicia, cuando ésta ejercía el control constitucional”. En esta sentencia se citó para apoyar lo sostenido, el pronunciamiento del 28 de febrero de 1946 de la Corte Suprema de Justicia en la que le dio a la pensión la connotación de derecho adquirido y habló el status de jubilado que con mayor precisión se desarrolló en el fallo del 15 de marzo de 1968.

27 Sentencia C-168 de 1995.

28 Sentencias T-1752/2000 y T-631 de 2002.

29 A ese respecto, en la sentencia T-470/02 se expuso que: “para lograr el cabal cumplimiento de los fines perseguidos por el Estado, se impone que las autoridades encargadas del reconocimiento de los derechos de las personas lo hagan en efecto, sin buscar esguinces, sin poner trabas que dificulten o hagan menos posible el goce efectivo de los derechos de las personas”.

31 Artículo 188 del C.C.A. “CAUSALES DE REVISION. <Modificado por el artículo 57 de la Ley 446 de 1998. El nuevo texto es el siguiente:> Son causales de revisión:

1. Haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados.
2. Haberse recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente, y que el recurrente no pudo aportar al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.
3. Aparecer, después de dictada la sentencia a favor de una persona, otra con mejor derecho para reclamar.
4. No reunir la persona en cuyo favor se decretó una pensión periódica, al tiempo del reconocimiento, la aptitud legal necesaria, o perder esa aptitud con posterioridad a la sentencia, o sobrevenir alguna de las causales legales para su pérdida.
5. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia.
6. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación.
7. Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en su expedición.
8. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada. Sin embargo, no habrá lugar a revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada”.

32 Folios 359 a 371 del cuaderno 3 del expediente de tutela.

33 Afirmación que hizo la actora en el escrito de tutela (folio 2 del cuaderno 1 del expediente de tutela).

34 Folios 197 a 220 del cuaderno 3 del expediente de tutela.

35 folios 232 y 233 del cuaderno 3 del expediente de tutela

36 Folios 164 a 197 del cuaderno 3 del expediente de tutela.

37 Luego de concederse el recurso, fue sustentado mediante escrito radicado el 23 de febrero de 2009 (folios 341 y 342 del cuaderno 3 del expediente de tutela).

38 Folios 353 y 354 del cuaderno 3 del expediente de tutela.

39 Folios 358 a 371 del cuaderno 3 del expediente de tutela.

40 Dentro de los documentos, únicamente aparecen las Resoluciones 6525 del 9 de marzo de 2004 y 8925 del 14 de octubre de 2004, por medio de las cuales CAJANAL, en su orden, negó y confirmó la negativa en reconocer y ordenar el pago de la pensión de vejez reclamada por la actora (folios 437 a 439 y 477 a 480 del cuaderno 3 del expediente de tutela).

41 Folios 491 a 508 del cuaderno 3 del expediente de tutela.

42 Folio 15 del cuaderno 3 del expediente de tutela.

43 En la sentencia T-264 de 2009, sobre el decreto oficioso de pruebas sostuvo que “no es una atribución o facultad potestativa del juez: es un verdadero deber legal, siempre que a partir de los hechos narrados por las partes y de los medios de prueba que estas pretendan hacer valer: (i) surja en el operador jurídico la necesidad de aclarar oscuridades en la controversia; (ii) cuando la ley le marque un claro derrotero a seguir, o (iii) cuando existan fundadas razones para considerar que su falta de actividad puede abandonar el sendero de la justicia material”.

44 En el mencionado fallo se indica la disposición del Decreto 546 de 1971 aplicable, así como también lo hace el Seguro Social en la resolución Número 3347 del 14 de octubre de 2007 en cumplimiento de la misma (folio 233 y 233 del cuaderno 3 del expediente de tutela).

45 Folios 91 y 92 del cuaderno 3 del expediente de tutela.

46 Folio 272 del cuaderno 3 del expediente de tutela.

47 El art. 8º del Decreto 2709 de 1994 “por el cual se reglamenta el artículo 7º de la Ley 71 de 1988”, es del siguiente tenor: “El monto de la pensión de jubilación por aportes será equivalente al 75% del salario base de liquidación (...)”.

48 Inicialmente el ingreso base para la liquidación (IBL) para la pensión de jubilación por aportes estaba regulado por el artículo 6º del Decreto 2709 de 1994 referido a que el salario base para la liquidación de la pensión de jubilación por aportes “será el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, salvo las excepciones contenidas en la ley (...)”. A su vez, dicha regulación fue derogada expresamente por el art. 24 del Decreto 1474 de 1997. Al derogarse la base regulatoria dispuesta en esta norma, el contenido del artículo 21 de la Ley 100 de 1993 es la que se encuentra vigente.

49 El artículo 11 de la Ley 100 de 1993 (modificado por el artículo 1º de la Ley 797 de 2003) , prescribe: “ El nuevo texto es el siguiente:> El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.

Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes”.

50 Los incisos segundo, quinto y el párrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 son del siguiente tenor: “La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o mas años

de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley”; “Quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez, conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes, al momento en que cumplieron tales requisitos” y, “Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1o) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio”.

51 A ese respecto, cita la sentencia del 23 de abril de 2009, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, radicación 1848-08 M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

52 Se apoya en la sentencia del 8 de mayo de 2003. Radicación 1480 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. M.P. Susana Montes de Echeverri.

53 El artículo 7º de la Ley 1276 de 2009, dispone: “DEFINICIONES. Para fines de la presente ley, se adoptan las siguientes definiciones: b) 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”.
