

Sentencia T-1225/08

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional pago de acreencias laborales

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Características

DERECHOS ADQUIRIDOS DEL PENSIONADO-Situaciones jurídicas individuales definidas con anterioridad a la ley 100 de 1993

REGIMEN DE TRANSICION EN PENSIONES-A quienes se refirió la Ley 100 de 1993

INGRESO BASE PARA LIQUIDACION DE PENSIONES DE EMPLEADOS EN REGIMEN DE TRANSICION-Cálculo según lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993

INGRESO BASE PARA LIQUIDAR PENSION-Compuesto por los mismos factores que sirvieron e base para cotizar a pensiones

INGRESO BASE PARA LIQUIDAR PENSION-Factores salariales de acuerdo con los Decretos 691 y 1158 de 1994

Los Decretos 691 y 1158 de 1994 consideran como factores salariales para efectos de cotizar o liquidar las pensiones, entre otros, las asignaciones básicas mensuales y los gastos de representación. No se mencionan los viáticos permanentes para manutención y alojamiento, y a esa exclusión debe sujetarse el juez constitucional.

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA-Orden al SENA para reliquidar la pensión de vejez teniendo en cuenta el ingreso base de liquidación según los decretos 691 y 1158 de 1994 sin incluir viáticos permanentes

Referencia: expediente T-1914332

Acción de tutela instaurada por Carlos Alberto Osorio Mahecha contra el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA.

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Bogotá D.C., cinco (5) de diciembre de dos mil ocho (2008).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

Carlos Alberto Osorio Mahecha instauró acción de tutela contra el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA-, por considerar que al no haberle liquidado su pensión de jubilación de acuerdo con el salario realmente devengado en los últimos diez (10) años de servicio, viola sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo, a la igualdad, a la dignidad, al mínimo vital y a la seguridad social.

Carlos Alberto Osorio laboró por más de veinte (20) años al servicio del SENA, hasta el treinta y uno (31) de octubre de 2007, fecha en la cual se retiró. Dice que el trece (13) de mayo de 2007 consolidó su status jurídico de pensionado.

Según los hechos relatados por él, es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993. En su concepto, eso significa, de una parte, que su pensión está sometida al régimen de prima media con prestación definida gobernado por la Ley 33 de 1985, en cuanto a la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez; y, de otra, que en lo atinente al ingreso base para la liquidación de su pensión, el régimen aplicable era el de la Ley 100 de 1993, de acuerdo con el artículo 21, y por lo tanto que su liquidación pensional debía hacerse con el promedio de lo devengado en los últimos diez (10) años de servicio.

Señala que, en su caso, el SENA tomó como ingreso base para liquidarle su pensión, una suma inferior a la que se obtendría si se promediara el salario realmente devengado en los últimos diez (10) años de servicio. A su juicio, el SENA ha debido conformar los salarios con

todos los conceptos realmente devengados por el trabajador, y en su caso ello se concretaría en el reconocimiento de los viáticos permanentes que le fueron pagados a él en los años 1997 a 2004.

Indica que sin una liquidación adecuada de su pensión, la situación de su familia es insostenible, pues la cantidad total actual de la misma asciende a \$1.931.747, suma que se disminuye después de efectuados 'los descuentos de nómina', para arrojar quincenas de hasta \$428.937. Asegura y prueba que vive: con cuatro hijos, con edades de 30, 22, 19 y 14 años; y con su compañera y una cuñada que padece de artritis reumatoidea juvenil, razón por la cual está incapacitada. Dice, y prueba sumariamente, que con el monto actual de su pensión no alcanza a sufragar adecuadamente la educación, alimentación y la vivienda de todos aquellos con quienes vive.

Solicita que se tutelen sus derechos fundamentales y, en consecuencia, que principalmente se ordene al Sena de forma definitiva la reliquidación de su pensión, teniendo en cuenta el salario realmente devengado por él durante los diez (10) últimos años de servicio. En subsidio, que se conceda el amparo de forma transitoria, mientras interpone las acciones contencioso-administrativas.

2. Respuesta de la entidad accionada

La entidad accionada mediante escrito de fecha cinco (5) de febrero de 2008,¹ dio respuesta a la demanda de tutela, manifestando que oportunamente le hizo saber al accionante que la liquidación de la pensión, en la forma por él solicitada, no era procedente. Considera que con su respuesta no le ha causado al peticionario ningún perjuicio grave e inminente, pues su pretensión no está relacionada con el pago inoportuno o la demora en la atención de sus peticiones. Señala que los factores, cuya inclusión solicita en el concepto de salarios devengados, para efectos de la liquidación, no están fundamentados en ninguna norma vigente y son contrarios a lo dispuesto por el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, al artículo 1° de la ley 62 de 1985 y al 6° del decreto 691 de 1994.

Igualmente manifiesta que el régimen aplicable a la liquidación de la pensión del actor es el contemplado en la Ley 33 de 1985, sin que haya lugar a aplicar otras normas de manera parcial, en virtud del principio de inescindibilidad en la aplicación de la ley. Expone que para el Sena, la petición del señor Osorio no tiene asidero pues "luego de haber invertido cerca del

90% de fundamentos de su petición en justificar que la liquidación de la pensión debe hacerse como lo establece el artículo 1º de la ley 33 de 1985, sin ninguna otra motivación y sin fundamento en ninguna otra norma o jurisprudencia, señale una forma de liquidar la pensión diferente a la establecida en ese artículo y que no está consignada en ninguna norma legal vigente”. Agrega que la norma² es clara al señalar que la pensión debe liquidarse con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio y no, como dice que lo quiere el accionante, con el 75% del salario devengado durante el último año de servicios.

Concluye esta entidad, solicitando que se niegue por improcedente la presente acción, por no existir violación a los derechos invocados, por no demostrarse un perjuicio irremediable y por existir mecanismos de defensa idóneos para la reliquidación de su pensión.

3. Primera instancia.

El Juez veintinueve (29) Administrativo de Bogotá negó la tutela de los derechos solicitados. Consideró que la entidad accionada no vulneró los derechos fundamentales del peticionario al liquidar su pensión de jubilación sin tener en cuenta los viáticos. Señala que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, es procedente separar los viáticos para que no sean parte del ingreso base de cotización y, consecuentemente, del ingreso base de liquidación.

4. Segunda instancia.

La Sección Segunda, Subsección D, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, confirmó la decisión del juez de primera instancia. A diferencia del a quo, señaló que los viáticos permanentes sí deben tenerse en consideración para los efectos de establecer ‘la cuantía pensional’. No obstante, en éste caso ello resultaría irrelevante porque el régimen aplicable es el dispuesto en la Ley 33 de 1985, razón por la cual la pensión debe liquidarse con arreglo a lo devengado por el peticionario en el último año de servicios, período en el cual no percibió viáticos permanentes.

5. Solicitud de pronunciamiento unificado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, Doctor Óscar Iván Zuluaga Escobar, envió a

la Corporación un memorial, mediante el cual le solicita a la Corte que profiera una sentencia de unificación sobre uno de los problemas jurídicos suscitados por la presente tutela. La petición la fundamenta de la siguiente manera.

El Ministerio señala que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 contempla un régimen de transición en materia pensional. Los beneficiarios del régimen de transición tienen derecho a que se les aplique el régimen anterior al cual estuvieran afiliados, en cuanto se refiere a la edad, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez.

Expresa que en lo atinente a la edad y el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas no ha habido problemas de interpretación. Sin embargo, “respecto del monto de la pensión encontramos posiciones diferentes”.

Por una parte, el Ministerio indica que monto se ha entendido como porcentaje, y que así es como parece deducirse de la Ley, pues precisamente hay artículos que regulan independientemente el monto (porcentaje) de las pensiones y el ingreso base de liquidación. Además, el régimen de transición justamente por eso consagra un inciso (el 3º) exclusivamente a disciplinar el IBL aplicable a los beneficiarios del régimen de transición. Anota que entender el monto como porcentaje es la intención del legislador, como se colige –dice el despacho ministerial- de los antecedentes legislativos (Gaceta de Congreso, edición del martes 2 de noviembre de 1993, No. 377).

Pero, por otra parte, el Ministerio dice que el Consejo de Estado y la Corte Constitucional en su jurisprudencia, han entendido que el monto de la pensión de vejez es un concepto inescindible del ingreso base de liquidación. En tal virtud, el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no regula el IBL aplicable a las pensiones de todos los beneficiarios del régimen de transición, sino sólo el de aquellos que estuvieran afiliados a un régimen especial anterior, que no contemplara IBL alguno.

A juicio del Ministerio de Hacienda, “es urgente que la H. Corte Constitucional en ejercicio de su función de interpretar con autoridad las leyes, defina cuáles son los beneficios del régimen de transición. Que defina qué debe entenderse por ‘monto’, cuáles son los factores de la base de liquidación para las personas por el régimen de transición, cuál es el IBL, y si les aplica o el límite máximo de la pensión que señaló la Ley 100 de 1993”.

La Sala Plena estimó el tres (03) de diciembre de dos mil ocho (2008) que no era necesario para resolver la presente tutela, disipar los puntos planteados por el Ministro de Hacienda y Crédito Público a través de una sentencia de unificación. Esta Sala de Revisión estima que tampoco es indispensable aclarar todas las cuestiones para resolver el presente caso.

6. Pruebas practicadas por la Corte Constitucional

Mediante auto del diez (10) de octubre de dos mil ocho (2008), la Corte Constitucional estimó pertinente oficiar al SENA “para que, el término de cinco (5) días hábiles, contados a partir de la comunicación de ésta providencia, INFORME a este despacho:

- a. Si a Carlos Alberto Osorio Mahecha le fue realizado algún pago para cubrir gastos de representación, durante la época en la cual prestó sus servicios para el SENA;
- b. Si los gastos de representación se tuvieron en cuenta como factor constitutivo del salario base de cotización pensional”.

El veinte (20) de octubre de 2008, el SENA remitió a la Corte Constitucional “certificación de fecha 17 de octubre de 2008, expedida por la Regional Cundinamarca en donde manifiesta que durante la vinculación del pensionado con la Entidad no devengó dicho concepto”.

En efecto, en el certificado de la Regional Cundinamarca se dice expresamente “[q]ue el señor CARLOS ALBERTO OSORIO MAHECHA, identificado con la cédula No. 385.276 de Silvana -Cundinamarca, prestó sus servicios a esta entidad desde el 16 de septiembre de 1986 y desde su vinculación desempeñó el cargo de INSTRUCTOR. || Que durante su vinculación y de acuerdo con el cargo desempeñado como instructor NO percibió en ninguna fecha Gastos de Representación”.

I. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La Corte Constitucional es competente para revisar la decisiones judiciales reseñadas, de

conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

1. Problemas jurídicos

La acción de tutela y las decisiones de instancia, le plantean a ésta Corte los siguientes problemas jurídicos.

En primer lugar, ¿es procedente la acción de tutela para solicitar la reliquidación de pensiones de vejez?

En segundo lugar, ¿violó la entidad accionada, los derechos al debido proceso, a la igualdad, a la dignidad, al mínimo vital y a la seguridad social en conexión con el derecho al trabajo del actor, al tomar como base de liquidación pensional la dispuesta en la Ley 33 de 1985, y no el salario promedio de los últimos diez años de servicio previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, por considerar que no es posible aplicar de manera parcial lo más favorable de cada régimen?

En tercer lugar, ¿violó la entidad accionada los derechos a recibir una remuneración proporcional a la cantidad y calidad del trabajo, y a la igualdad de un pensionado, por no tener en cuenta para la liquidación de su pensión los viáticos permanentes pagados para sufragar los gastos de manutención y alojamiento?

1. Las condiciones constitucionales para la procedencia excepcional de la acción de tutela frente al reconocimiento y cobro de acreencias laborales y pensionales

3.1. La Corte ha señalado de manera reiterada que, por regla general, la tutela no procede para ordenar el reconocimiento de pensiones. Esto es así, porque usualmente existen medios ordinarios idóneos para resolver dichas pretensiones, o no se evidencia la vulneración de un derecho fundamental,³ o la acción no se ha interpuesto para evitar un perjuicio irremediable.⁴ Para esta Corporación, dado el carácter excepcional de este mecanismo constitucional de protección de los derechos,⁵ la acción de tutela no puede desplazar ni

sustituir los mecanismos ordinarios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico.⁶

Para determinar si la acción de tutela es procedente, la Corte Constitucional ha señalado dos aspectos distintos. En primer lugar, si la tutela se presenta como mecanismo principal, es preciso examinar que no exista otro medio judicial. Si no existe otro medio, o aún si existe pero éste no resulta idóneo en el caso concreto, la tutela procede como mecanismo principal de amparo de los derechos fundamentales. Adicionalmente, en relación con la existencia del otro medio de defensa judicial, la jurisprudencia de la Corte ha señalado que no existe la obligación de iniciar el proceso ordinario antes de acudir a la acción de tutela, basta que dicha posibilidad esté abierta al interponer la demanda de tutela, pues si el accionante ha dejado vencer la oportunidad para iniciar el trámite del proceso ordinario, la tutela no procede como mecanismo transitorio.⁷

En segundo lugar, cuando la tutela se interpone como mecanismo transitorio, habida cuenta de la existencia de un medio judicial ordinario idóneo, es preciso demostrar que ésta es necesaria para evitar un perjuicio irremediable. Dicho perjuicio se caracteriza, según la jurisprudencia, por lo siguiente: (i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.⁸

3.2. Cuando lo que se alega como perjuicio irremediable es la afectación del mínimo vital, la Corte ha señalado que si bien en casos excepcionales es posible presumir su afectación, en general quien alega una vulneración de este derecho como consecuencia de la falta de pago de alguna acreencia laboral o pensional, debe acompañar su afirmación de alguna prueba, al menos sumaria, pues la informalidad de la acción de tutela no exonera al actor de probar, aunque sea de manera sumaria, los hechos en los que basa sus pretensiones.⁹

1. Derechos adquiridos y expectativas legítimas. Régimen de transición e Ingreso Base de Liquidación. Favorabilidad en la aplicación de normas pensionales

4.1. La Constitución Política garantiza “los derechos adquiridos” de conformidad con las leyes de la República (arts. 48 y 58, C.P.). Este mandato vincula a todos los poderes públicos, incluido el Legislador, quien debe ejercer la potestad de configuración normativa con el respeto de dicho límite.

Por un lado, estaban quienes, para esa fecha, ya habían consolidado su status de pensionados, con o sin reconocimiento institucional. Ya que la Constitución Política obliga a las autoridades públicas a garantizar “los derechos adquiridos” de conformidad con las leyes de la República (art. 58, C.P.), el legislador de la Ley 100 de 1993 dispuso que a esas personas debían respetárseles las condiciones de los regímenes anteriores, en cuanto fueran favorables para ellos: “[q]uienes 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” (Subrayas añadidas al art. 36, Ley 100 de 1993).

Por otro lado, se ubicaban aquellos que, pese a no reunir todas las condiciones para tener derecho al reconocimiento y pago de la pensión, estaban más o menos próximos a hacerlo. Ellos no habían consolidado su situación de pensionados y por lo tanto no habían adquirido ningún derecho pensional. Lo que no obstó para que se les confiriera un tratamiento diverso, tanto de quienes habían adquirido el derecho, como de quienes estaban lejos de cumplir los requisitos pensionales establecidos, ya fuera por los regímenes derogados o por el nuevo. El legislador optó, entonces, por configurar un régimen de transición, regulado así por el artículo 36 de la Ley:

“Artículo 36.- Régimen de Transición. La edad para acceder a la pensión de vejez. continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en 2 años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

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 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si

son hombres, o 15 o más 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.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuere igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente Ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos.

Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

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.

PARAGRAFO. 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.

Como puede observarse, el inciso 2° del artículo 36 estableció como beneficiarios del régimen de transición a “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” (art. 36, inc. 2°, Ley de 1993).

Los beneficiarios del régimen de transición tienen derecho, según el inciso 2°, a que se les aplique el régimen anterior al cual hubieran estado ‘afiliados’, sólo en cuanto a “[l]a 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” (art. 36, inc. 2°, Ley 100 de 1993).

El inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, fue demandado ante la Corte poco tiempo después de su expedición, en parte, por no respetar los derechos adquiridos de quienes no cumplían con los requisitos para tener el status jurídico de pensionados. Pero la Corte desestimó las peticiones y diferenció el caso de quienes eran pensionados y el de quienes tenían la expectativa legítima de serlo, y dijo refiriéndose al régimen de transición:

“[a]dviértase, cómo el legislador con estas disposiciones legales va más allá de la protección de los derechos adquiridos, para salvaguardar las expectativas de quienes están próximos por edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas a adquirir el derecho a la pensión de vejez, lo que corresponde a una plausible política social que, en lugar de violar la Constitución, se adecua al artículo 25 que ordena dar especial protección al trabajo”¹¹

Eso significa que a los beneficiarios del régimen de transición es válido aplicarles el régimen anterior en cuanto se refiere a “[l]a 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” (art. 36, inc. 2°, Ley 100 de 1993). Por lo tanto, como decía explícitamente el mismo artículo: “[l]as 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” (art. 36, inc. 2°, Ley de 1993).

4.2. Ahora bien, la regulación del artículo 36 ha suscitado diversas discrepancias interpretativas. Una de ellas se relaciona directamente con el caso ahora decidido por la Corte Constitucional, la cual puede formularse mediante la siguiente pregunta: ¿cuál ingreso

base de liquidación (IBL) debe aplicarse a quienes sean beneficiarios del régimen de transición: el de las leyes anteriores o el de la Ley 100 de 1993?

4.2.1. En primer lugar, el legislador de 1993 trató de responder a ésta pregunta en el mismo artículo 36, con el inciso 3°, que decía expresamente:

“El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente Ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) años para los servidores públicos” (Subrayas añadidas).

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-168 de 1995¹², declaró inexecutable el aparte subrayado y dijo, al respecto:

“el aparte final del inciso tercero del artículo 36, objeto de impugnación, (...) consagra una discriminación, que la Corte encuentra irrazonable e injustificada, para efectos de la liquidación de la pensión de vejez entre los trabajadores del sector privado, y los del sector público, pues mientras para los primeros se toma como base el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años de servicios, para los segundos, tal promedio se calcula solamente sobre lo devengado en el último año, desigualdad que contraría el artículo 13 del Estatuto Superior”.

4.2.2. En segundo lugar, la Corte Constitucional ha respondido a ese interrogante. Sin embargo, ninguna de los casos decididos por la Corporación con anterioridad es similar al presente y por lo tanto no hay precedentes para la presente decisión.

Efectivamente, en las Sentencias T-631 de 2002 -M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra-, T-169 de 2003 -M.P. Jaime Araújo Rentería-, T-651 de 2004 -M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra-, T-158 de 2006 -M.P. Humberto Sierra Porto-, T-251 de 2007 y T-101 de 2008 -M.P. Jaime Córdoba Triviño-, y T-180 de 2008 -Clara Inés Vargas Hernández-, la Corte ha abordado la

cuestión de cuál IBL debe aplicarse a las personas beneficiarias del régimen de transición. En dichas sentencias se deciden casos de personas beneficiarias del régimen de transición, sometidas anteriormente a regímenes especiales¹³; y, en las tutelas decididas, los peticionarios buscaban justamente que se les aplicara el Ingreso Base de Liquidación del régimen anterior y no el del artículo 36 inc. 3° de la Ley 100 de 1993. La solución tomada finalmente por la Corte en cada caso ha sido que debe aplicarse el IBL del régimen anterior, y que el efecto útil del inciso 3°, artículo 36, está en suplir eventuales vacíos en los regímenes derogados. Las razones en las cuales se apoyan esas decisiones fueron resumidas por la Corte en la Sentencia T-158 de 2006:

“[e]l contenido normativo de los incisos segundo y tercero de este artículo [36] puede ser expresado como sigue: una regla general estipulada en el inciso segundo, una condición adicional a regla mencionada en la frase final del mismo inciso y una excepción a la misma regla, contenida en el inciso tercero. La regla general consiste en que: si para el 1º de abril de 1994 se tienen la edad y el tiempo cotizado descrito, entonces los requisitos de edad, tiempo de servicio y monto de la pensión serán los que haya establecido el régimen al que se encontraba inscrita la persona en dicha fecha. La condición descrita en la frase final de este inciso consiste en que: si existieren otros requisitos diferentes a los anteriores, éstos serán los regulados por la ley 100 de 1993. Y la excepción establecida en el inciso tercero establece que: si a las personas con los requisitos de edad y tiempo cotizado descrito en la regla general les faltaren menos de diez años para adquirir el derecho de pensión, entonces se les calculará la pensión con base en una formula determinada en el mismo inciso.

Sobre la interpretación, tanto de la condición como de la excepción a la regla general, la jurisprudencia constitucional ha establecido que debe hacerse de conformidad con los principios que inspiran el régimen de transición. Así, tal como se expresó arriba, la protección y garantía de los derechos adquiridos y el principio de favorabilidad respaldan la implantación de los regímenes de transición, y conforme con éstos se debe procurar la aplicación integral de lo estipulado en los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

(...)

9.- De este modo, en primer lugar, la jurisprudencia ha establecido que los incisos segundo y

tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, deben entenderse de tal manera que el ingreso base para liquidar la pensión del que habla el inciso tercero, forma parte de la noción de monto de la pensión de que habla el inciso segundo. En dicho sentido, como el monto incluye el ingreso base, entonces uno y otro se determinan por un solo régimen y la excepción del inciso tercero resulta inocua. Dicha excepción sería aplicable únicamente cuando el régimen especial no estipula explícitamente el ingreso base para liquidar la pensión. Así, en el caso de los beneficiarios del régimen de transición, ambos (el ingreso base y el monto de la pensión) deben ser determinados por el régimen especial y la excepción no aplica, salvo que el régimen especial no determine la formula para calcular el ingreso base.

En segundo lugar, ha agregado la Corte, que interpretarlo de manera distinta implica que el acto que reconoce o reliquida una pensión ha desconocido el derecho a acceder a la misma, con la garantía de la protección de los derechos adquiridos y vulnerando el principio de favorabilidad, por lo que puede configurar una causal de procedibilidad de la acción de tutela” (Subrayas añadidas).

4.3. En el caso que ahora se analiza, sin embargo, aunque se trata de una persona beneficiaria del régimen de transición, no concurre ninguna de las dos condiciones descritas. En primer lugar, el tutelante estaba sometido al régimen general de la Ley 33 de 1985 –‘Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público’-, régimen aplicable de forma general a todos los empleados oficiales.¹⁴ En segundo lugar, el actor no solicita la aplicación del régimen anterior, sino justamente del contenido en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

4.4. Se pregunta la Corte si en el caso concreto es determinante la jurisprudencia citada, según la cual el inciso 3° del artículo 36 sólo se aplica cuando el régimen anterior guarda silencio.

Dado que existe un régimen anterior, en principio debería aplicarse el IBL allí dispuesto, porque el artículo 1° de la Ley 33 de 1985 prescribe expresamente:

“Artículo 1o. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación

equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio” (Subrayas añadidas).

Sin embargo, la Corte encuentra necesario desagregar las cuestiones que la jurisprudencia ha tenido que dilucidar. Desde una perspectiva exclusivamente analítica, y sin el ánimo de hacer un resumen de la jurisprudencia, la gama de interpretaciones posibles del artículo 36 abarca múltiples variantes. Para efectos de claridad se puede empezar de la situación más sencilla.

Una interpretación sencilla de los incisos 2° y 3° del artículo 36, Ley 100 de 1993, puede empezar a partir de un método sintetizado en la siguiente secuencia de preguntas y conclusiones:

(i) ¿El interesado reúne las condiciones para acceder al régimen de transición establecido en el mencionado artículo 36?

(ii) En caso afirmativo, ¿el régimen pensional anterior indica cuál es el IBL aplicable? Si la respuesta a la anterior pregunta es afirmativa, entonces el ‘monto’ de la pensión se calcula tomando dicho IBL y el porcentaje previsto en el régimen anterior. En esta perspectiva, es indiferente cuál sea el IBL o el porcentaje más favorable, porque expresamente el régimen de transición (art. 36, Ley 100 de 1993) y la jurisprudencia constitucional indican que si el régimen anterior regula el IBL, es dicho régimen el que debe aplicarse en éste punto.

Otra interpretación de los incisos 2° y 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 podría incluir la favorabilidad agregando a la metodología las siguientes preguntas:

(iv) En caso de ser así, ¿el porcentaje aplicable al IBL según el régimen anterior es más favorable que el porcentaje establecido en la Ley 100 de 1993? Sólo en el evento de que la respuesta a las dos preguntas anteriores sea afirmativa, ha de preferirse el régimen anterior por ser claramente más favorable. En efecto, si el IBL del régimen anterior es mayor, pero el porcentaje aplicable al mismo para calcular el monto de la pensión es significativamente menor, no es claro que el régimen anterior sea el más favorable.

No obstante, cabe preguntarse qué sucede si el régimen es más favorable en uno de éstos elementos pero no en el otro. Es decir, cómo proceder en el evento de que la respuesta a

alguno de los interrogantes (iii) o (iv) sea negativa. En esa hipótesis es posible concebir dos aproximaciones.

De acuerdo con la primera aproximación, basta con que uno de los dos elementos sea más favorable al pensionado. Siendo así, se aplica exclusivamente el régimen anterior. En la segunda aproximación, en cambio, el régimen anterior sólo debe aplicarse si el resultado es más favorable; esto es, después de calcular la pensión de vejez con el régimen anterior y con el de la Ley 100 de 1993, el régimen anterior se aplica si arroja una pensión más elevada.

La situación se vuelve más compleja si se introducen en el análisis dos variables adicionales. La primera, es la diferencia entre regímenes pensionales especiales y el régimen general. La segunda es la existencia de vacíos en el régimen pensional anterior a la Ley 100 de 1993.

En cuanto a la relevancia de que el régimen anterior sea especial, el artículo 36 no indica nada. La Corte ha dicho que, en algunos de esos casos, debe aplicarse el régimen anterior. Así lo dijo recientemente, al resolver el caso de una persona sometida al régimen especial de servidores de la rama judicial y el Ministerio Público: “cuando se trata de liquidar la pensión de los servidores de la rama jurisdiccional o del Ministerio Público, cobijados por el régimen de transición, no puede desconocerse que dichos servidores gozan de un régimen de seguridad y protección social propio, que les da derecho a una pensión que no puede ser inferior al 75% de la asignación mensual más elevada que hubieren devengado en el último año de servicios, al llegar a los 55 años de edad si son hombres y 50 si son mujeres y acreditar 20 años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia del Decreto, de los cuales por lo menos 10 hayan sido exclusivos en dicha Rama o en el Ministerio Público”.¹⁵

En cuanto a la relevancia de vacíos en el régimen anterior, el artículo 36 tampoco indica nada. La Corte Constitucional, con todo, “ha establecido una interpretación conforme a la Constitución de las normas de la Ley 100 de 1993 que regulan el régimen de transición, de acuerdo con la cual existe una relación inescindible entre el modo de determinación del ingreso base de liquidación y las disposiciones del régimen especial correspondiente; por ende, el método de cálculo señalado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 tiene carácter supletorio, aplicable sólo ante la ausencia de una fórmula particular dentro del régimen especial”.¹⁶

Finalmente, el interesado puede no acogerse al régimen de transición si éste le es menos favorable, y la administración no puede imponerle contra su voluntad el régimen anterior a la Ley 100 de 1993. En cambio, el interesado no puede construir su propio régimen pensional, tomando de cada una de las leyes relevantes aquella parte que más le favorezca. Al respecto, la Ley 100 dice, en el artículo 228:

“Artículo 288. Aplicación de las disposiciones contenidas en la presente Ley y en Leyes anteriores. Todo trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado público y servidor público tiene derecho a la vigencia de la presente Ley le sea aplicable cualquier norma en ella contenida que estime favorable ante el cotejo con lo dispuesto en Leyes anteriores sobre la misma materia, siempre que se someta a la totalidad de disposiciones de esta Ley”.

4.5. Pues bien, la Corte advierte que, en el caso concreto que ahora debe resolver, el régimen anterior eventualmente aplicable al tutelante sí tiene IBL. Sin embargo, constata que no es un régimen especial, y que lo solicitado por el tutelante es la aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no la aplicación del régimen anterior.

Esos dos hechos hacen diferente el presente caso de los anteriormente citados. Por lo tanto, cabe preguntarse si el artículo 36 regula la situación del pensionado Carlos Alberto Osorio Mahecha.

4.6. En efecto, el régimen de transición tiene como beneficiarios a 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 más años de servicios cotizados” (art. 36, inc. 2°, Ley 100 de 1993). Esas personas tienen derecho a que se les aplique el régimen anterior en cuanto se refiere a “[l]a 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” (ídem). Y el mismo inciso concluye precisando: “[l]as 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” (ídem).

Ahora bien, el artículo 36, inciso 3°, de la Ley 100 de 1993 consagra una regulación específica del ingreso base de liquidación para algunas personas beneficiarias del régimen de transición. De acuerdo con la Corte, no puede aplicarse a los beneficiarios cuyo régimen anterior fuera especial y consagrara un IBL. Por lo tanto, a primera vista debe aplicarse el IBL

allí dispuesto a las personas que hubieran estado afiliadas a un régimen anterior con carácter general. Sin embargo, el mismo inciso excluye de su aplicación a los beneficiarios del régimen de transición que, al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones, les faltaren diez (10) años o más para adquirir su derecho a la pensión. Dice el inciso tercero en comento:

“El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE”.

El artículo 36 no se refiere explícitamente al ingreso que debe servir como base para liquidar las pensiones de los beneficiarios a quienes les faltaban diez o más años, para cuando entró en vigencia el Sistema General de Pensiones. En consecuencia, en esta otra hipótesis -al interesado le faltan diez o más años para adquirir el derecho- debe aplicarse el inciso 2° del artículo 36, de acuerdo con el cual “[l]as 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”. Es decir, que debe aplicárseles a estas personas el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, norma propia del régimen general de pensiones, que dice:

“Artículo 21. Ingreso Base de Liquidación. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.”

Con arreglo a éste último precepto, el ingreso base para liquidar las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición, que hubieran estado afiliados a un régimen general

de pensiones, y que al momento de entrar en vigencia el Sistema les hubieran faltado diez (10) años o más para adquirir el derecho a pensionarse, se calcula según lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

1. Principios mínimos fundamentales de la normatividad laboral y noción de salario. Viáticos permanentes como factor constitutivo de salario para liquidar pensiones y derecho a la primacía de la realidad sobre las formalidades

5.1. Efectuadas las anteriores consideraciones, la Corte procede a resolver un nuevo interrogante pertinente en el presente caso: ¿violó la entidad accionada los derechos a recibir una remuneración proporcional a la cantidad y calidad del trabajo, y a la igualdad de un pensionado, por no tener en cuenta para la liquidación de su pensión los viáticos permanentes pagados para sufragar los gastos de manutención y alojamiento?

La Carta de 1991 no enuncia los elementos que integran el salario. Sin embargo, sí establece unos límites o ‘principios mínimos fundamentales’, vinculantes para todas las autoridades públicas, y especialmente para el Legislador laboral. Principios que vienen a ser complementados por los tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos y prohíben su limitación durante los estados de excepción (art. 93, C.P.).

Dentro de esos límites fundamentales, el legislador tiene un margen de configuración limitado para disponer que algunos factores, derivados de la relación laboral, hagan parte del salario, mientras que otros no. También puede disponer que para algunos efectos ciertos factores constituyan salario, mientras para otros no.¹⁷

Así lo ha entendido la Corte Constitucional, entre otras, en la Sentencia C-470 de 1995.¹⁸ En ella, la Corte decidió una acción pública contra la disposición del Decreto Ley 53 de 1989, que establecía una ‘sobre remuneración por recargo de trabajo’, para los servidores públicos de Telecom y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Uno de los cargos de inconstitucionalidad, se relacionaba con la violación del artículo 53 de la Carta, habida cuenta de que eliminaba explícitamente la posibilidad de considerar dicha ‘sobre remuneración’, como salario para liquidar prestaciones sociales. La Corte constató que la Constitución en ese punto no establecía ninguna prohibición, y por lo tanto dijo:

“[f]inalmente, observa la Sala que la Constitución no ha señalado reglas para efectos de determinar los factores salariales que han de tenerse en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales. Por consiguiente, corresponde al legislador, dentro de los criterios de justicia, equidad, racionalidad y razonabilidad, determinar los aludidos factores, lo cual hizo en el presente caso”.

5.2. Ahora bien, las anteriores consideraciones rigen también la actividad del legislador, cuando pretende regular la noción de salario para efectos de cotizar al régimen de pensiones, o de liquidar la mesada pensional a que tiene derecho una determinada persona.

Sin embargo, la potestad configurativa ha de ser ejercida por el legislador teniendo en cuenta parámetros constitucionales como los siguientes. En primer lugar, las pensiones buscan proteger a toda persona “contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa”.¹⁹

En segundo lugar, las pensiones pueden ser entendidas como un salario que el trabajador difiere en el tiempo,²⁰ para percibirlo “luego de contribuir con su trabajo a la construcción de la riqueza nacional”.²¹ En ese sentido, la pensión debe ser proporcional al ingreso percibido por el trabajador, lo cual se refleja en el monto de las cotizaciones o aportes, sin perjuicio de que el legislador pueda fijar algunos umbrales mínimos y topes máximos tanto a las cotizaciones y aportes, como a la cuantía de la mesada pensional que reciba subsidios estatales, o a los subsidios mismos, en aras de satisfacer otros principios constitucionales, como por ejemplo la dignidad, la universalidad y la solidaridad social (Arts. 1° y 95, C.P.).

En tercer lugar, garantizar unos medios de subsistencia dignos a las personas en condiciones de debilidad manifiesta, como las de avanzada edad, o las que tienen una discapacidad física, psíquica o sensorial, es la concreción de un mandato de protección especial.

5.3. Ahora bien, sobre el tema de la inclusión de ciertos viáticos en el ingreso base de liquidación, es pertinente recordar la jurisprudencia relevante.

En efecto, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-081 de 1996,²² estudió la conformidad con el Estatuto Fundamental, del artículo 17 del Código Sustantivo del Trabajo, que

prescribía: “1. Los viáticos permanentes constituyen salario en aquella parte destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento; pero no en lo que tenga por finalidad proporcionar los medios de transporte o los gastos de representación”. Entre los cargos dirigidos contra la norma, estaba el de que no erigía en factor salarial todos aquellos viáticos permanentes pagados al trabajador, razón por la cual se violaba el artículo 53 de la Constitución.

La decisión tomada en la providencia, fue que la disposición resultaba ajustada a la Carta Política. No obstante, la Corte fue clara en señalar que la regulación laboral era razonable, en consideración a la forma específica en que estaba configurada:

“[l]a Corte entiende que el establecimiento legal de una fracción salarial en el total del viático permanente se encuentra dentro del marco de desarrollo legal, en la cual el legislador se desenvuelve en un ámbito de acción autorizado constitucionalmente. En efecto, es razonable sostener que aquella parte del viático permanente destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento constituye salario, partiendo del concepto legal y doctrinario según el cual el salario es la retribución por la labor del trabajador, para que éste pueda subvenir a sus necesidades. En efecto, si continuamente el trabajador se encuentra fuera de su sede de trabajo, la manutención y alojamiento que suministra el empleador a través del viático, equivalen al salario en la solución de tales necesidades. En cambio, la Corte considera que el Legislador podía, dentro de su libertad de configuración, excluir como factor salarial aquellos viáticos permanentes para gastos de representación o transporte, por considerar que ellos no son una retribución por la labor del trabajador, ni sirven para satisfacer sus necesidades”²³ (Subrayas añadidas).

Es decir, que la ratio decidendi de ésta última providencia, implicaría considerar ajustada a la Carta una regulación de los viáticos permanentes como la que a continuación se describe. Si los viáticos permanentes se pueden descomponer en cuatro factores: i. pago para manutención; ii. pago para alojamiento; iii. pago para transporte; iv. pago para sufragar gastos de representación, entonces resulta razonable y conforme a la Constitución que no constituyan salario los dos últimos, porque no son una retribución al trabajador por su labor y no sirven para satisfacer sus necesidades.

5.4. Después de recordar el margen de configuración propio del legislador en esta materia,

otra es la cuestión de determinar si los viáticos permanentes forman parte del salario que sirve como base para liquidar las pensiones de los distintos tipos de servidores públicos beneficiarios del régimen de transición. Si la regulación pertinente se refiere de modo explícito a los viáticos permanentes para manutención y alojamiento, entonces debe estarse a lo dicho en la Ley.

Con todo, es necesario especificar cuál es la normatividad que regula la liquidación de pensiones e interpretarla de acuerdo con la doctrina antes enunciada.

5.5. Tal como quedó establecido en el apartado 4 de ésta providencia, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra el régimen de transición. De acuerdo con lo expuesto, las personas beneficiarias del régimen de transición, que hubieran estado afiliadas a un régimen general de pensiones y a las cuales les hubieran faltado más de diez (10) años para adquirir su derecho a la pensión, para cuando entró en vigencia el Sistema General, tienen derecho a que se liquide su pensión según el régimen general de la Ley 100 de 1993, establecido en el artículo 21.

El artículo 21 de la Ley 100 de 1993 contempla la posibilidad de que el IBL esté conformado por alguno de los siguientes promedios, dependiendo de cuál resulte más favorable: a) “el promedio de los salarios sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez años anteriores al reconocimiento de la pensión” (art. 21, inc. 1°); b) el de “los ingresos de toda la vida laboral del trabajador” (art. 21, inc. 2°).

5.6. Ahora bien, puede advertirse que en ambos casos el legislador emplea una terminología diversa. En la hipótesis a) se refiere a que el ingreso base de liquidación es ‘el promedio de los salarios sobre los cuales ha cotizado’ el trabajador; en la b) dice que es el promedio de ‘los ingresos de toda la vida laboral’. Sin embargo, para la Corte, los términos empleados por el legislador son sinónimos que designan un único concepto: la base a partir de la cual se calcularon las cotizaciones, siempre que ésta sea la realmente devengada.

El Acto Legislativo 01 de 2005, contempló la siguiente prescripción: “Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones” (art. 47, inc. 12, C.P.). Ese mandato no afecta los derechos adquiridos de quienes se beneficiaron del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pues en dicha norma el artículo 18, inc. 5°, ordenó mantener una relación de proporcionalidad

entre las cotizaciones de los trabajadores y el monto de la pensión (art. 47, inc. 12, C.P.).

Así las cosas, cabría concluir que el ingreso base de liquidación pensional está compuesto por los mismos factores que sirvieron de base para cotizar a pensiones. Y, bajo ese supuesto, a las autoridades públicas competentes para definir el ingreso base de cotización, les correspondía establecer un ingreso base de cotización-liquidación.

5.7. Entonces, los salarios que deben tomarse como base para la liquidación pensional, según la Ley 100 de 1993, están constituidos por los mismos factores que sirvieron de base para la cotización a pensiones. A continuación se expone la normatividad que regula los factores constitutivos de salario base de cotización, para los trabajadores del SENA.

Efectivamente, en 1993 se promulgó la Ley 100, y en ella se creó un Sistema General de Pensiones. En el artículo 273, dicha Ley determinó que el Gobierno Nacional, “sujetándose a los objetivos, criterios y contenido que se expresan en la presente Ley y en particular a lo establecido en los artículos 11 y 36 de la misma”, podía incorporar “a los servidores públicos, aún a los congresistas, al Sistema General de Pensiones”. En tal virtud, el Gobierno Nacional, el 29 de marzo de 1994, expidió el Decreto 691 de 1991 ‘Por el cual se incorporan los servidores públicos al Sistema General de Pensiones y se dictan otras disposiciones’. En éste último, se incorporaba al Sistema General de Pensiones a “[l]os servidores públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional, departamental, municipal o distrital, así como de sus entidades descentralizadas” (art. 1º, lit a.), entre los cuales se incluían los servidores del SENA, ya que según la Ley 119 del 9 de febrero de 1994, el SENA era un establecimiento público con personería jurídica adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (art. 1º). Por lo tanto, el SENA, como empleador, estaba sujeto a la obligación de cotizar los aportes para pensiones, de acuerdo con la regulación de la Ley 100 de 1993, a partir del momento en que el Sistema Pensional entrara en vigencia.²⁴

La Ley 100 de 1993 radicó en el empleador la obligación de efectuar cotizaciones a los regímenes del Sistema General de Pensiones, “con base en el salario” que los trabajadores devenguen (art. 17, Ley 100 de 1993). Ese salario base de cotización al régimen pensional, para los trabajadores dependientes, de acuerdo con el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, varía si pertenecen al sector privado o al público. Si lo primero, entonces el salario base de cotización lo constituyen los factores a que se refiera el Código Sustantivo del Trabajo; si lo

segundo, el salario base de cotización es el que señale el Gobierno Nacional, “de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992” (art. 18, Ley 100 de 1993).

El Decreto 691 de 1994 fijó la base de cotización a los regímenes pensionales de los trabajadores del sector público, y poco tiempo después fue modificado por el Decreto 1158 de 1994.

El SENA, como empleador de servidores públicos del orden nacional, debía cotizar a los regímenes pensionales de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, que a su vez reenviaba en lo atinente a la regulación del ingreso base de cotización a lo que dispusiera el Gobierno Nacional, de conformidad con la Ley 4ª de 1992. Entonces, como el Gobierno Nacional reguló el asunto en los Decretos 621 y 1158 de 1994, el ingreso base de cotización para pensiones debía estar constituido por lo que establecieran los mencionados decretos. Y esos mismos factores deben servir, por consiguiente, para constituir el salario base de liquidación pensional de los trabajadores del SENA.

El IBC regulado en los antedichos decretos, está constituido por los siguientes factores:

“Artículo 6o. El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación;
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;
- d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;
- g) La bonificación por servicios prestados” (Subrayas añadidas)

Como puede advertirse, los Decretos 691 y 1158 de 1994 consideran como factores salariales para efectos de cotizar o liquidar las pensiones, entre otros, las asignaciones básicas mensuales y los gastos de representación. No se mencionan los viáticos permanentes para manutención y alojamiento, y a esa exclusión debe sujetarse el juez constitucional.

1. Caso concreto

El señor Carlos Alberto Osorio nació el 16 de diciembre de 1950 y, por tanto, para la fecha de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones, tenía más de cuarenta (40) años de edad, razón por la cual es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993. Con fundamento en él, solicitó, el 29 de mayo de 2007, a la Dirección General del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), el reconocimiento y pago de su pensión de vejez.

El SENA constató que, por ser una persona beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, le era aplicable el régimen anterior; es decir, la Ley 33 de 1985, en lo referente a la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión. Por consiguiente, su liquidación pensional debía efectuarse de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1° de la precitada Ley, esto es, con “el setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio”, actualizado según el IPC certificado por el DANE. Inconforme, el tutelante repuso la decisión, y fue confirmada.

Carlos Alberto Osorio instauró la acción de tutela para que se liquide su pensión de acuerdo con el salario promedio de los últimos diez (10) años de servicios, ya que en su concepto así lo ordena el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Adicionalmente, solicita que se tengan en cuenta los viáticos permanentes percibidos por él, dentro del salario a promediar para conformar el ingreso base de liquidación pensional. Asegura que sin una liquidación adecuada de su pensión, la situación de su familia es insostenible, pues la cantidad total actual de la misma asciende a \$1.931.747, suma que se disminuye después de efectuados ‘los descuentos de nómina’, para arrojar quincenas de \$428.937. Prueba sumariamente que vive: con cuatro hijos, con edades de 30, 22, 19 y 14 años; y con su compañera y una cuñada que padece de artritis reumatoidea juvenil, razón por la cual está incapacitada. Dice, y prueba sumariamente, que con el monto actual de su pensión no alcanza a sufragar

adecuadamente la educación, alimentación y la vivienda de todos aquellos con quienes vive.

El SENA no acepta que una persona beneficiaria del régimen de transición pueda solicitar, de un lado, la aplicación de la Ley 33 de 1985 en cuanto se refiere a los requisitos de edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas, y monto de la pensión; y, de otro lado, la aplicación de la Ley 100 de 1993, en cuanto se refiere al ingreso base de liquidación.

La Corte encuentra que no le asiste razón al SENA, porque, como se manifestó en el apartado 4 de ésta providencia, el caso concreto que ahora se decide no puede enmarcarse ni en las hipótesis decididas antes por la jurisprudencia, ni en las del artículo 36, inc. 3°, pues el tutelante es un beneficiario del régimen de transición, que antes estuvo afiliado a un régimen general de pensiones, y que al momento de entrar en vigencia el Sistema General le faltaban más de diez (10) años para pensionarse.

Por consiguiente, la pensión del peticionario debe liquidarse con fundamento en lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley 100, que ordena preferir el más favorable de los dos siguientes promedios: a) “el promedio de los salarios sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez años anteriores al reconocimiento de la pensión” (art. 21, inc. 1°); b) el de “los ingresos de toda la vida laboral del trabajador” (art. 21, inc. 2°).

Carlos Alberto Osorio Mahecha solicita precisamente que se liquide su pensión con arreglo al promedio de los salarios sobre los cuales ha cotizado durante los diez años anteriores al reconocimiento de su pensión, razón por la cual su petición no es infundada, ni supone una escisión en la aplicación de las normas legales. Es la aplicación del artículo 21 de la Ley 100 de 1993 que procede en su caso, primero porque el régimen anterior al cual se encontraba afiliado, antes de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones, es de carácter general y por tanto la jurisprudencia constitucional previamente reseñada no ha regulado esta hipótesis. Segundo, porque no solicita la aplicación del régimen anterior, sino el de la Ley 100 de 1993. Tercero, porque al momento de entrar en vigencia el sistema le faltaban más de diez años para adquirir el derecho a pensionarse, razón por la cual la norma pertinente de la Ley 100 que le es aplicable es el inciso segundo del artículo 36, que remite al artículo 21 –y no el inciso tercero–.

Por otra parte, en lo que atañe a la inclusión de los viáticos permanentes en el concepto de

salario a promediar para fijar la base de liquidación pensional, la Corte debe desestimar las pretensiones del actor. En efecto, no todos los pagos comprendidos por el nombre genérico 'viáticos permanentes' hacen parte del salario que sirve como base para liquidar las pensiones de los servidores del SENA. La razón es que los Decretos 691 y 1158 de 1994 no establecen que todos los viáticos permanentes deban tenerse en cuenta para conformar la base de cotización y, consecuentemente, de liquidación. Los gastos de representación aparecen expresamente incluidos, como factores constitutivos de dichas bases, pero el SENA informó a la Corte que el tutelante no percibió ingresos por ese concepto. Los demás pagos efectuados a título de viáticos permanentes no concurrieron al momento de establecer la base de cotización y, por lo tanto, las cotizaciones efectuadas se hicieron sobre un ingreso que no incluía éstos viáticos.

Ahora bien, la Corte advierte que el tutelante cuenta con otro medio judicial para hacer valer sus pretensiones. Es en dicha sede donde debe obtener un pronunciamiento definitivo acerca de la liquidación correcta de su mesada pensional, en lo que respecta al ingreso base de cotización y liquidación. Pero, dadas su precaria situación personal y familiar, y especialmente las condiciones de la pariente disminuida física que depende de él, la acción de tutela está llamada a prosperar como mecanismo transitorio, pues de no ser así es probable que él y su familia sufran como perjuicio irremediable la agravación de las condiciones de salud de su pariente, la pérdida de continuidad en la educación de sus hijos y la subsistencia digna y la integridad de su núcleo familiar.

En síntesis, la Corte ordenará al SENA que reliquide la pensión de vejez de Carlos Alberto Osorio Mahecha, teniendo en cuenta que es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y por consiguiente tiene derecho a que se le aplique el régimen anterior en cuanto se refiere a la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez (entendido como porcentaje aplicable al ingreso base de liquidación). Asimismo, que por ser ese régimen de carácter general, y por haberle faltado al peticionario más de diez años para pensionarse cuando entró en vigencia el Sistema General de Pensiones, tiene derecho a que se tome como ingreso base de liquidación pensional, alguno de los dos promedios establecidos en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. Finalmente, ordenará al SENA que reliquide la pensión teniendo en cuenta los factores constitutivos del ingreso base de liquidación según los decretos 691 y 1158 de 1994, sin incluir los viáticos permanentes que no aparezcan expresamente consagrados en ellos.

En cualquier caso, el actor deberá ejercer los medios de defensa ordinaria en un término de cuatro (4) meses, contados a partir del momento en que se le notifique la presente providencia; de lo contrario, cesarán los efectos del presente fallo (art. 8°, incisos 3° y 4°, Decreto 2591 de 1991).

I. DECISION

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

RESUELVE:

Primero.- LEVANTAR la suspensión del término decretada para decidir el presente asunto.

Segundo.- REVOCAR el fallo proferido el veintisiete (27) de marzo de 2008 por la Sección Segunda, Subsección D, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que a su vez confirmó parcialmente el expedido el siete (07) de febrero de 2008 por el Juzgado Veintinueve Administrativo del Circuito Bogotá, para en su lugar TUTELAR transitoriamente los derechos al mínimo vital y a la seguridad social en conexión con el derecho al trabajo de Carlos Alberto Osorio Mahecha.

Tercero.- ORDENAR al Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) que dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la presente sentencia, reliquide la pensión del señor Carlos Alberto Osorio Mahecha, de conformidad con los criterios señalados en esta providencia.

Cuarto.- En cualquier caso, el actor deberá ejercer los medios de defensa ordinaria en un término de cuatro (4) meses, contados a partir del momento en que se le notifique esta providencia; de lo contrario, cesarán los efectos del presente fallo.

Quinto.- Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado Ponente

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Ver folios 190 a 197 del expediente.

2 Ley 33 de 1985, Artículo 1o. “El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta Ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno”.

PARAGRAFO 1o. Para calcular el tiempo de servicio que da derecho a la pensión de jubilación o vejez, sólo se computarán con jornadas completas de trabajo las de cuatro (4) o más horas

diarias. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o tarea no llegan a ese límite, el cómputo se hará sumando las horas de trabajo real y dividiéndolas por cuatro (4); el resultado que así se obtenga se tomará como el de días laborados y adicionará con los de descanso remunerado y de vacaciones, conforme a la ley.

PARAGRAFO 2o. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad si son mujeres o cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

PARAGRAFO 3o. En todo caso los empleados oficiales que a la fecha de vigencia de esta Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta Ley.

3 En la sentencia T-043 de 2007. MP. Jaime Córdoba Triviño, la Corte reiteró que “de manera general, la acción de tutela resulta improcedente para el reconocimiento de pensiones. No obstante lo anterior, el amparo constitucional será viable excepcionalmente, cuando en el caso sujeto a examen concurren las siguientes tres condiciones: (i) que la negativa al reconocimiento de la pensión de invalidez, jubilación o vejez se origine en actos que en razón a su contradicción con preceptos superiores puedan, prima facie, desvirtuar la presunción de legalidad que recae sobre las actuaciones de la administración pública; (ii) que esa negativa de reconocimiento de la prestación vulnere o amenace un derecho fundamental; y (iii) que la acción de tutela resulte necesaria para evitar la consumación de un perjuicio ius fundamental irremediable”.

4 Ver entre otras, las sentencias T-100 de 1994. MP. Carlos Gaviria Díaz, T-1338 de 2001. MP. Jaime Córdoba Triviño y SU-995 de 1999, MP. Carlos Gaviria Díaz, T-859 de 2004, MP. Clara Inés Vargas Hernández, T-043 de 2007. MP. Jaime Córdoba Triviño.

5 Artículo 86. Constitución Política. “(...) Esta acción solo procederá cuando el afectado no

disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (...).”

6 Corte Constitucional, Sentencia T-106 de 1993, MP. Antonio Barrera Carbonell. La Corte afirmó que la posibilidad de acudir a la acción de tutela “(...)sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza por virtud de una conducta positiva o negativa de una autoridad pública o de particulares en los casos señalados por la ley, a través de una valoración que siempre se hace en concreto, tomando en consideración las circunstancias del caso y la situación de la persona, eventualmente afectada con la acción u omisión.” Ver también, la sentencia T-480 de 1993, MP: José Gregorio Hernández Galindo.

7 Ver, entre otras, las sentencias T-871 de 1999, T-812 de 2000.

8 Esta doctrina ha sido reiterada en las sentencias de la Corte Constitucional, T-225 de 1993, MP. Vladimiro Naranjo Mesa, SU-544 de 2001, MP: Eduardo Montealegre Lynett, T-1316 de 2001, MP (E): Rodrigo Uprimny Yepes, T-983-01, MP: Álvaro Tafur Galvis, entre otras.

9 Corte Constitucional, Sentencia SU-995 de 1999, MP: Carlos Gaviria Díaz, T-1088 de 2000, MP: Alejandro Martínez Caballero.

10 Esto es, al 1° de abril de 1994 como regla general, y al 30 de junio de 1995 para los servidores públicos del nivel departamental, distrital y municipal, según el artículo 151 de la Ley 100 de 1993.

11 Sentencia C-168 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz. Posición reiterada más adelante, en la Sentencia C-596 de 1997, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

12 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

13 En las Sentencias T-631 de 2002, T-169 de 2003, T-651 de 2004, T-251 de 2007, T-101 de 2008 y T-180 de 2008 se pedía aplicar los Decretos 546 de 1971 –‘Por medio del cual se establece el régimen de seguridad y protección social a los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de sus familiares’- y 717 de 1978 –‘Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de cargos para los funcionarios y

empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, se fija la escala de remuneración correspondiente a dichos cargos y se dictan otras disposiciones'-, que establecían el derecho de los pensionados a obtener una pensión equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubieren devengado en el último año de servicios (art. 6°, del primer Decreto). En la Sentencia T-158 de 2006 se deprecaba la aplicación del régimen especial para los trabajadores de Telecom.

14 Dice el artículo 1° de la Ley 33 de 1985: "ARTICULO 1o. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

PARAGRAFO 1o. Para calcular el tiempo de servicio que da derecho a la pensión de jubilación o vejez, sólo se computarán con jornadas completas de trabajo las de cuatro (4) o más horas diarias. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o tarea no llegan a ese límite, el cómputo se hará sumando las horas de trabajo real y dividiéndolas por cuatro (4); el resultado que así se obtenga se tomará como el de días laborados y adicionará con los de descanso remunerado y de vacaciones, conforme a la ley.

PARAGRAFO 2o. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad si son mujeres o cincuenta y cinco (55) sin son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

PARAGRAFO 3o. En todo caso los empleados oficiales que a la fecha de vigencia de esta Ley,

hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta Ley”.

15 Sentencia T-101 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

16 Sentencia T-251 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño. En la Sentencia T-631 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte lo expresó de la siguiente manera: “el ingreso base de liquidación (IBL) fijado en el inciso 3° del artículo 36 sólo tiene aplicación para lo allí indicado y en el evento de que en el régimen especial se hubiere omitido el señalamiento de la base reguladora”.

17 Sentencia C-081 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

18 M.P. Antonio Barrera Carbonell. También ha analizado problemáticas semejantes, por ejemplo, en las Sentencias C-081 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-681 de 2003, Conjuenza Ponente Ligia Galvis Ortiz; C-173 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

19 Como lo exige el artículo 9.1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales

20 Cfr., Sentencias T-181 de 1993, M.P. Hernando Herrera Vergara; C-173 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett y T-1016 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

21 Sentencia T-323 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

22 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

23 Sentencia C-081 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

24 El artículo 2°, Decreto 621 de 1994 determinó la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 para los servidores públicos: “El Sistema General de Pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, comenzará a regir para los servidores públicos del orden nacional incorporados mediante el artículo 1o. de este Decreto, el 1o. de abril de 1994”.