

T-214-99

Sentencia T-214/99

PENSION DE JUBILACION PARA EXCONGRESISTAS-Efectos

En la actualidad los congresistas que lleguen a pensionarse, así como los ya pensionados, deben de recibir todos una idéntica mesada pensional, equivalente al 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto perciban los congresistas en ejercicio.

PENSION DE JUBILACION PARA EXCONGRESISTAS Y EXMAGISTRADOS-Homologación también para el reajuste/DERECHO A LA IGUALDAD EN PENSION DE JUBILACION PARA EXCONGRESISTAS Y EXMAGISTRADOS-Homologación

La aplicación armónica de las normas y de aquellas que establecen la homologación para efectos prestacionales entre congresistas y magistrados, llevan a la conclusión de que la pensión de estos últimos debe ser liquidada o reliquidada conforme a los artículos 17 de la Ley 4ª de 1992 y 5°, 6° y 7° del Decreto 1359 de 1993. Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional comentada relativa a la cuantía mínima de la pensión de todo tipo de ex congresistas, según la cual todos deben recibir una idéntica mesada pensional, equivalente al 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto perciban los congresistas en ejercicio, debe ser referida también, como efecto de la homologación legal, a los ex magistrados de las altas cortes. Una interpretación diferente sería, evidentemente, discriminatoria. Ex congresistas y ex magistrados están colocados en una misma situación de hecho ante la ley, por lo cual debe aplicárseles el mismo régimen en lo relativo a la reliquidación o reajuste del monto de su pensión. En efecto, el derecho a tal reliquidación o reajuste, puede considerarse accesorio del principal, esto es del derecho a percibir tal pensión en el monto indicado por la ley. La homologación entre ex magistrados y ex-congresistas en lo concerniente a la pensión de jubilación, debe hacerse efectiva respecto de todos los ex magistrados pensionados en cualquier tiempo.

TUTELA TRANSITORIA-Discriminación en reliquidación pensional en persona de la tercera edad con enfermedad terminal

Referencia: Expediente T-189.856

Peticionario: Jaime Giraldo Angel

Procedencia: Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral.

Magistrado Ponente:

Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA

Santafé de Bogotá, D.C., trece (13) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados Vladimiro Naranjo Mesa -Presidente de la Sala-, Alfredo Beltrán Sierra y Antonio Barrera Carbonell, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de tutela radicado bajo el número T-189856, adelantado por el ciudadano Jaime Giraldo Angel, contra la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL.

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Doce de la Corte Constitucional escogió para efectos de su revisión, mediante Auto del 11 de Diciembre de 1998, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

1. Solicitud

El demandante, Jaime Giraldo Angel, solicita la protección de su derecho fundamental a la igualdad, presuntamente vulnerado por la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL. En efecto, el actor pone de presente que solicitó a la referida entidad la reliquidación de su pensión conforme a las normas contenidas en la Ley 4ª de 1992 y en los decretos 1359 de

1993, 0104 de 1994 y 047 de 1995, aplicación normativa que ya había sido hecha por la entidad accionada en relación con la pensión del ex consejero de Estado Jorge Humberto Mora Osejo. No obstante, en su caso la demandada denegó la reliquidación solicitada con fundamento en tales normas, por lo cual la decisión adoptada respecto de él representa una flagrante violación al principio de igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, principio que también hace referencia a la aplicación igualitaria de la ley prohibiendo la consagración de excepciones o privilegios arbitrarios a personas que se encuentran en la misma situación.

Adicionalmente, indica que resulta vulnerado el principio de igualdad frente a los congresistas pensionados en las mismas circunstancias en que él adquirió ese derecho, quienes si obtienen el reconocimiento que a él se le niega, a pesar de que es la misma ley la que dispone el tratamiento igualitario.

2. Hechos

Anota el actor, que después de haber estado vinculado laboralmente como magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura (marzo - septiembre de 1992), le fue reconocida su pensión de jubilación mediante resolución número 29315 del primero (1) de julio de 1993 expedida por CAJANAL.

A su parecer, el monto de la pensión debe ser liquidado nuevamente para tener en cuenta los preceptos consagrados en la Ley 4° de 1992, la cual, en su artículo 16, estableció que las prestaciones sociales y laborales de los magistrados de todas las altas cortes serían “idénticas”. Además, afirma que los decretos 1359 de 1993, 0104 de 1994 y 047 de 1995, expedidos por el presidente de la República en desarrollo a la Ley en mención, contemplan un régimen de liquidación de pensiones para los congresistas, el cual es aplicable a los magistrados.

Este régimen pensional de los congresistas, y por homologación de los magistrados¹, consiste, de conformidad con el art. 7° del Decreto 1359 de 1993, en que tales funcionarios “...tendrán derecho a una pensión vitalicia de jubilación que no podrá ser inferior al 75% del ingreso mensual promedio, que durante el último año y por todo concepto devenguen los Congresistas en ejercicio...”.

Por las razones expuestas anteriormente, el actor solicitó a la entidad accionada reliquidar su pensión de jubilación conforme a la normativa reseñada, solicitud que, mediante resolución 008135 de 1997, fue despachada desfavorablemente con fundamento en la consideración de que la homologación entre el régimen pensional de los congresistas y de los magistrados de las altas cortes, resulta aplicable en lo relacionado con el reconocimiento y liquidación de las pensiones mas no en lo relativo al reajuste de las mismas.

En contra de esta decisión el actor interpuso, por la vía gubernativa, recurso de reposición y subsidiariamente de apelación. Ambos recursos fueron decididos confirmando la providencia recurrida.

En la fundamentación de los recursos interpuestos, el recurrente puso de relieve que el Decreto 1359 de 1993 dispuso que el régimen pensional de los congresistas – que indica el reconocimiento de una pensión no inferior al 75% del salario mensual promedio- se aplicaría a partir de la vigencia de la Ley 4ª de 1992, fecha para la cual él estaba laborando todavía como magistrado del Consejo Superior de la Judicatura. Por lo cual, no era el reajuste previsto para los magistrados que se pensionaron con anterioridad a la vigencia de la Ley 4ª de 1992 lo que el reclamaba, sino la liquidación o reliquidación de su pensión, conforme a las normas generales, esto es los artículos 5°, 6° y 7° del Decreto 1359 de 1993, que establecen como ingreso base para la liquidación pensional el ingreso mensual promedio del último año que por todo concepto devenguen los congresistas, y por homologación los magistrados, indicando además que el monto de la pensión en ningún caso puede ser inferior al 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto devenguen los congresistas en ejercicio.

La Resolución que resolvió el recurso de reposición, confirmó la decisión impugnada, indicando que si bien era cierto que las normas legales establecían que a los magistrados de del Consejo Superior de la Judicatura se les debía reconocer la pensión de jubilación tomando en cuenta los mismos factores salariales que a los congresistas, también era cierto que el Decreto 104 de 1994, en su artículo 31, establecía que dicha normatividad surtiría efectos fiscales solamente a partir del primero de enero de 1994.

Por su parte la Resolución que desató la apelación en la vía gubernativa, reiteró lo expresado en la Resolución que denegó la solicitud de reliquidación, indicando nuevamente que la

homologación entre el régimen pensional de los congresistas y de los magistrados de las altas cortes, resultaba aplicable en lo relacionado con el reconocimiento y liquidación de las pensiones, mas no en lo relativo al reajuste de las mismas.

Actualmente, afirma el actor, se encuentra en curso una acción de nulidad y restablecimiento de derecho, que instauró él mismo contra la Resolución que denegó la reliquidación de su pensión, pero advierte que la tutela en este caso es procedente como mecanismo transitorio, ya que mediante ella se busca evitar un perjuicio irremediable.

3. Pretensiones

El actor solicita que se le reconozca y pague, por concepto de pensión de jubilación y desde la fecha del respectivo fallo de tutela, una suma que en conjunto con la actualmente liquidada no sea inferior al setenta y cinco por ciento (75%) del ingreso mensual promedio que durante el último año devenguen los congresistas en ejercicio, incluyendo dentro del cálculo respectivo su sueldo básico, los gastos de representación, la prima de localización y vivienda, prima de transporte, prima de salud, prima de navidad y toda otra asignación de la que gozaren.

II. ACTUACION JUDICIAL

1. Primera instancia

El Juzgado 1° Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá, solicitó a la entidad accionada información sobre los hechos pero ésta no envió los documentos requeridos, por lo cual la decisión se tomó con fundamento en los aportados por el actor.

El juez consideró que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho era el proceso idóneo para que se le resolviera la petición al actor, por lo cual declaró improcedente la tutela por existir otro medio de defensa judicial.

1. Segunda Instancia.

El actor impugnó el fallo de primera instancia, considerando que aunque existía en trámite otro mecanismo de defensa judicial, él estaba invocando que se le concediera la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, aduciendo que debía tenerse en cuenta su condición de persona de la tercera edad (69 años), y que además padecía cáncer en la próstata. Por lo tanto, el no conceder la tutela como mecanismo transitorio, haría factible, según el actor, que él no pudiera gozar en vida de la decisión que tomara la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que es sabida la lentitud en el trámite de este tipo de acciones y su enfermedad es de las denominadas terminales. En sustento de sus afirmaciones aportó los certificados médicos que acreditan su estado de salud.

Manifestó adicionalmente el actor, como sustento del recurso, que esta Corporación en la Sentencia T-456/94 resolvió un caso similar sobre reliquidación pensional de un ex-congresista, concediendo la tutela como mecanismo transitorio, aunque ya se estaba adelantando un proceso ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

El Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, indicó en su fallo que la naturaleza de la acción de tutela consiste en ser un mecanismo excepcional y subsidiario, que no se puede convertir en un instrumento que suplante y substituya los procedimientos creados para dirimir conflictos. Resaltó que cuando se encuentra en curso otro proceso, se excluye la competencia del juez de tutela, salvo que se esté buscando evitar un perjuicio irremediable, el cual, a su juicio, no estaba probado en el caso sometido a su decisión. Por las razones expuestas, el Tribunal confirmó el fallo del a – quo.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia.

2. Jurisprudencia de la Corte Constitucional relativa a la liquidación y reliquidación de pensiones de ex congresistas.

2.1 Esta Corte, mediante sentencias T-456 de 19942 y T-463 de 19953, definió claramente el derecho que asiste a todos los ex congresistas para recibir su pensión de jubilación conforme a lo indicado en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, esto es para recibir una mesada

pensional que no puede ser inferior al 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto perciban los congresistas en ejercicio. En efecto, en el último de estos fallos se expresó lo siguiente:

“Para esta Sala no asiste duda de la interpretación constitucional que debe aplicarse en este caso, que es la misma que se pronunció en el caso de sentencia T-456 de 1994, varias veces citada en esta decisión y que consiste en que, de conformidad con la ley, a partir de 1992 los ex congresistas pensionados y los que accedan a dichos derechos o los sustituyan, devengarán una mesada que no puede ser inferior al 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto perciba el congresista, y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal; pero además, también es claro que el reajuste de la mesada de los pensionados no puede resultar inferior para cada año, al mismo 75% y que su liquidación debe hacerse teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio, que por todo concepto devenguen los Representantes y Senadores en la fecha en que se decreta el reajuste.”

2.2 Por su parte, el primero de los referidos fallos fue exhaustivo en indicar otras disposiciones distintas del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, que igualmente conducen a la conclusión anterior:

“- La Ley 4ª de 1992 principió a regir el 18 de mayo de 1992 y en la misma se dijo, artículo 10, que:

“Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente ley o en los decretos que dicte el gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos”.⁴

“Significa lo anterior que, para el caso concreto de los Congresistas, el promedio para la pensión de jubilación será el 75% del ingreso mensual de Representantes y Senadores en la fecha en que se decreta la jubilación. Y este mismo parámetro se refiere al reajuste especial. Quedando prohibido, so pena de carecer de todo efecto, alterar este régimen prestacional.

“-Esta prohibición se reitera en el Decreto 1359 de 1993, artículo 6° que reza:

“PORCENTAJE MINIMO DE LIQUIDACION PENSIONAL. La liquidación de las pensiones, reajustes

y sustituciones a que se refiere el artículo anterior, en ningún caso ni en ningún tiempo podrá ser inferior al 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto devenguen los congresistas en ejercicio, ni estará sujeta al límite de cuantía a que hace referencia el artículo 2º de la Ley 71 de 1988". (subrayas propias)

"- Este porcentaje del 75% es reafirmado en el artículo 7º del Decreto 1359 de 1993 y el artículo 5º del mismo Decreto que estableció:

"INGRESO BASICO PARA LA LIQUIDACION PENSIONAL. Para la liquidación de las pensiones, así como para sus reajustes y sustituciones, se tendrá en cuenta el ingreso mensual promedio del último año que por todo concepto devenguen los congresistas en ejercicio, a la fecha en que se decreta la prestación, dentro del cual serán especialmente incluidos el sueldo básico, los gastos de representación, la prima de localización y vivienda, prima de transporte, prima de salud, prima de Navidad y toda otra asignación de la que gozaren". (Subrayas por fuera del original)

2.3. De la jurisprudencia transcrita, especialmente en la parte subrayada, que interpreta la normatividad vigente relativa al tema de la liquidación de pensiones de ex congresistas y reajuste de las mismas (distinto al aumento anual y automático que se lleva a cabo en el mismo porcentaje en que se aumente el salario mínimo legal⁵) cabe concluir válidamente, que en la actualidad los congresistas que lleguen a pensionarse, así como los ya pensionados, deben de recibir todos una idéntica mesada pensional, equivalente al 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto perciban los congresistas en ejercicio.

En efecto esta conclusión se extrae del siguiente párrafo tomado de la Sentencia T- 456 de 1994, tantas veces citada:

"El artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 fijó para el 18 de mayo de tal año un trato igualitario para liquidaciones de pensión y para reajuste."

1. Aplicabilidad de la normatividad y de la jurisprudencia relativa a pensiones de ex congresistas, en relación con los ex magistrados de las altas cortes:

El Decreto 0104 de 1994, expedido en desarrollo de la Ley 4ª de 1992, dispuso en su artículo 28 lo siguiente:

“A los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado se les reconocerán las pensiones teniendo en cuenta los mismos factores salariales y cuantías de los senadores de la República y Representantes a la Cámara en los términos establecidos en las normas legales vigentes.”

Así mismo, el artículo 28 del Decreto número 47 de 1995 reitera la homologación entre congresistas y magistrados, en los mismos términos de la norma anteriormente transcrita.

Por consiguiente, para la determinación de la pensión de los magistrados y ex magistrados de las altas cortes, las anteriores disposiciones deben ser aplicadas en armonía con aquellas que establecen el ingreso base de liquidación pensional y el porcentaje mínimo de dicha prestación para los miembros del Congreso. Dichas normas son el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 y los artículos 5º, 6º y 7º del Decreto 1359 de 1993, que disponen lo siguiente:

Ley 4ª de 1992:

“Artículo 17: El Gobierno Nacional establecerá un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas, para los Representantes y Senadores. Aquellas y éstas no podrán ser inferiores al 75% del ingreso mensual promedio que, durante el último año, y por todo concepto, perciba el Congresista. Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se aumente el salario mínimo legal.”

Decreto 1359 de 1993:

“Artículo 5º: Ingreso Básico para la liquidación pensional. Para la liquidación de las pensiones, así como para sus reajustes y sustituciones, se tendrá en cuenta el ingreso mensual promedio del último año que por todo concepto devenguen los Congresistas en ejercicio, a la fecha en que se decrete la prestación, dentro del cual serán especialmente incluidos el sueldo básico, los gastos de representación, la prima de localización y vivienda, prima de transporte, prima de salud, prima de navidad, y toda otra asignación de la que gozaren.”

“Artículo 6º: Porcentaje mínimo de liquidación pensional. La liquidación de las pensiones,

reajustes y sustituciones a que se refiere el artículo anterior, en ningún caso ni en ningún tiempo podrá ser inferior al 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto devenguen los congresistas en ejercicio; ni estará sujeta al límite de cuantía a que se refiere el artículo 2° de la Ley 71 de 1988.”

“Artículo 7°. Definición. Cuando quienes en su condición de Senadores o Representantes a la Cámara, lleguen o hayan llegado a la edad que dispone el artículo 1°, parágrafo 2° de la Ley 33 de 1985 y adicionalmente cumplan o hayan cumplido 20 años de servicios, continuos o discontinuos en una o en diferentes entidades de derecho público incluido el Congreso de la República, o que hayan cumplido o cotizado en parte en el sector privado y ante el Instituto colombiano de los seguros sociales, conforme a lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley 71 de 1988, tendrán derecho a una pensión vitalicia de jubilación que no podrá ser inferior al 75% del ingreso mensual promedio, que durante el último año y por todo concepto devenguen los Congresistas en ejercicio, de conformidad con lo establecido en los artículos 5° y 6° del presente Decreto.”

3.2 De esta manera, la aplicación armónica de las normas anteriormente transcritas y de aquellas que establecen la homologación para efectos prestacionales entre congresistas y magistrados, llevan a la conclusión de que la pensión de estos últimos debe ser liquidada o reliquidada conforme a los artículos 17 de la Ley 4ª de 1992 y 5°, 6° y 7° del Decreto 1359 de 1993.

Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional comentada anteriormente relativa a la cuantía mínima de la pensión de todo tipo de ex congresistas, según la cual todos deben recibir una idéntica mesada pensional, equivalente al 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto perciban los congresistas en ejercicio, debe ser referida también, como efecto de la homologación legal, a los ex magistrados de las altas cortes. Una interpretación diferente sería, evidentemente, discriminatoria.

3.3 Aplicando las anteriores conclusiones al caso sometido ahora a la consideración de la Sala, ésta encuentra que, indudablemente, al actor le asiste el derecho a percibir una pensión de jubilación que no puede estar por debajo del límite mencionado. Si al hacer la liquidación inicial, en el momento del reconocimiento que se le hizo de la pensión – ocurrido en el año de 1993- no se tuvieron en cuenta las disposiciones pertinentes del Decreto 1359

de 1993, por la sencilla razón de no haber sido expedidas para ese momento, resulta obvio que el actor tiene derecho a la reliquidación que invoca, a fin de quedar en pie de igualdad con los ex congresistas a quienes se les ha reliquidado su pensión, y a los ex magistrados que igualmente obtuvieron el reconocimiento en las condiciones de la normatividad transcrita. Contribuye a llegar a esta conclusión, el hecho de que el Decreto 1359 de 1993 dispuso que el régimen pensional de los congresistas, y por homologación de los ex magistrados, - que indica el reconocimiento de una pensión no inferior al 75% del salario mensual promedio- se aplicaría a partir de la vigencia de la Ley 4ª de 1992.

3.4 El argumento con el cual CAJANAL finalmente rehusó reliquidar la pensión del actor, radica la afirmación según la cual la homologación entre el régimen pensional de los congresistas y de los magistrados de las altas cortes, resulta aplicable en lo relacionado con el reconocimiento y liquidación de las pensiones, mas no en lo relativo al reajuste de las mismas.

Para la Corte dicha afirmación lleva implícita una discriminación. Si el mismo legislador quiso equiparar los derechos salariales de congresistas y de magistrados, cosa que hizo en el artículo 15 de la Ley 4ª de 1992, equiparación que fue ampliada posteriormente por el artículo 28 del Decreto 0104 de 1994 en lo relativo a la pensión, resulta que por lo que tiene que ver con esta prestación social, ex congresistas y ex magistrados están colocados en una misma situación de hecho ante la ley, por lo cual debe aplicárseles el mismo régimen en lo relativo a la reliquidación o reajuste del monto de su pensión. En efecto, el derecho a tal reliquidación o reajuste, puede considerarse accesorio del principal, esto es del derecho a percibir tal pensión en el monto indicado por la ley.

La Sala estima finalmente, que la homologación entre ex magistrados y ex-congresistas en lo concerniente a la pensión de jubilación, debe hacerse efectiva respecto de todos los ex magistrados pensionados en cualquier tiempo, por las mismas razones que expuso esta Corporación en las sentencias T-456 de 1994 y T-463 de 1995 anteriormente comentadas y relativas a pensiones de ex congresistas.

Por lo anterior la negativa de la entidad accionada a llevar a cabo la reliquidación solicitada, se erige en un desconocimiento de los derechos prestacionales del actor y además en una violación al su derecho a recibir un trato igualitario o no discriminatorio en relación con los

demás ex magistrados pensionados, respecto de los cuales se encuentra en idéntica situación legal.

De esta manera resulta claro para la Sala que el actor se encuentra no solo en una situación de riesgo de vulneración de su derecho fundamental a la igualdad, sino de vulneración actual del mismo, por la actitud discriminatoria que ha asumido la demandada. De esta manera, el perjuicio no es solo inminente, sino que es actual, revistiendo además la connotación de gravedad requerida como requisito de procedibilidad de la acción de tutela en su modalidad de mecanismo transitorio.

Establecida entonces la vulneración actual del derecho fundamental referido, resulta necesario determinar si la otra vía de defensa judicial que está ahora en curso, carece de la misma eficacia que la acción de tutela, con miras a detener la discriminación que afecta al actor.

1. La tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

4.1 De conformidad con lo prescrito por el inciso tercero del artículo 86 de la Carta Política, “la acción de tutela 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”. Disposición constitucional que es reiterada por el artículo 6º del decreto 2591 de 1991, según el cual la acción de tutela no procederá “cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”

Dado que en el caso bajo examen el mismo actor pone de presente que actualmente cursa ante la jurisdicción contencioso-administrativa un proceso judicial tendiente a definir el monto de su pensión de jubilación, solicitud que coincide con la que formula en la presente acción de tutela, resulta menester definir, como cuestión previa para establecer la procedibilidad de la acción aquí impetrada, si el demandante se encuentra en situación de llegar a sufrir un perjuicio irremediable que haga que la acción de tutela sea procedente como mecanismo transitorio.

4.2 Respecto de la acción la de tutela cuando es utilizada en su modalidad de mecanismo transitorio con el fin de evitar un perjuicio irremediable, la jurisprudencia de esta Corporación ha definido que la existencia de otro medio judicial ordinario no es óbice para que pueda ser instaurada, sino que por el contrario, “el presupuesto de procedibilidad de esta acción es precisamente la existencia de un medio legal de defensa que, sin embargo, no impide que la persona puede apelar transitoriamente a la acción de tutela justamente para evitar un perjuicio irremediable.” 6

No obstante, para que esta modalidad de la acción de tutela sea procedente, requiere la presencia coetánea de dos circunstancias, a saber: el riesgo de sufrir un perjuicio irremediable en que se encuentra el actor, y la ineficacia del medio judicial ordinario para conjurar dicho riesgo, circunstancias ambas que deben ser evaluadas por el juez desde la perspectiva de las circunstancias particulares de cada caso.

4.3 Respecto del perjuicio irremediable, las notas que lo perfilan han sido señaladas con suficiente precisión por esta Corporación de la siguiente manera:

“A- El perjuicio ha de ser inminente: “que amenaza o está por suceder prontamente”. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

“B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia.

Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud señalan la oportunidad de la urgencia.

“C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

“D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergradable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.

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

“El fundamento de la figura jurídica que ocupa la atención de esta Sala es la inminencia de un daño o menoscabo graves de un bien que reporta gran interés para la persona y para el ordenamiento jurídico, y que se haría inevitable la lesión de continuar una determinada circunstancia de hecho. El fin que persigue esta figura es la protección del bien debido en

justicia, el cual exige lógicamente unos mecanismos transitorios, urgentes e impostergables, que conlleven, en algunos casos, no una situación definitiva, sino unas medidas precautelativas”⁷

4.3 Respecto de la eficacia de los medios de defensa ordinarios, también en reiterada jurisprudencia la Corte se ha pronunciado en este sentido:

“Es claro entonces que el otro medio de defensa judicial a que alude el artículo 86 deber poseer necesariamente, cuando menos la misma eficacia en materia de protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales que, por su naturaleza tiene la acción de tutela...”

“En otros términos, en virtud de lo dispuesto por la Carta del 91, no hay duda que “el otro medio de defensa judicial” a disposición de la persona que reclama ante los jueces la protección de sus derechos fundamentales ha de tener una efectividad igual o superior a la de la acción de tutela para lograr efectiva y concretamente que la protección sea inmediata.”⁸

4.4 Así las cosas, aplicando los anteriores criterios jurisprudenciales en relación con las circunstancias particulares del caso bajo examen, la Sala como se ha dicho, encuentra que el actor actualmente está en situación de vulneración de su derecho fundamental a la igualdad, por la actitud discriminatoria que ha asumido la demandada.

Además, dadas las circunstancias particulares del actor, quien es una persona de la tercera edad, afectada de una enfermedad terminal, la eficacia de la acción que por la vía contencioso-administrativa ha iniciado, resulta insuficiente frente a la que presenta la acción de tutela.

En efecto, esta Corporación ha señalado en anterior pronunciamiento, que “si una persona sobrepasa el índice de promedio de vida de los colombianos,⁹ y ella considera que se le ha dado un trato discriminatorio en el reajuste pensional y por tal motivo ha reclamado ante juez competente, pero se estima razonablemente que el solicitante ya no existiría para el momento que se produjera la decisión judicial, debido a su edad avanzada, unido esto al alto volumen de procesos que razonablemente producen demora en la decisión, pese al comportamiento diligente del juzgador, entonces, ese anciano no tiene otro medio distinto al

de la tutela para que, provisionalmente, mientras se decide el fondo del asunto por el juez natural, se ordene el respeto a su derecho.”

Aunque en el caso que ocupa la atención de la Corte el actor no sobrepasa la edad que constituye el índice promedio de expectativa de vida de los colombianos, se acerca a tal límite faltándole menos de dos años para alcanzarlo. Debe tenerse en cuenta, adicionalmente, su afectación de una enfermedad terminal, circunstancias ambas que conducen a la admisión de la tutela como mecanismo transitorio. Negar esta posibilidad, es colocar al actor en el riesgo probable de no conocer en vida la decisión judicial que solicita.

Por concederse como mecanismo transitorio, la resolución de la presente tutela, que accederá a la solicitud del actor, le ordenará a él mismo continuar el trámite de la acción que ha intentado por la vía contencioso-administrativa, e impulsarla diligentemente, so pena de hacer cesar los efectos de la presente decisión.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, Sala Laboral, de fecha tres (3) de noviembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Segundo.- CONCEDER, como mecanismo transitorio, la tutela interpuesta por el ciudadano Jaime Giraldo Angel en contra de la Caja Nacional de Previsión, por violación a su derecho fundamental a la igualdad.

Tercero.- En consecuencia, ORDENAR a la Caja Nacional de Previsión reconocer al actor, desde la fecha del presente fallo y hasta que la justicia contencioso-administrativa decida definitivamente, una pensión de jubilación equivalente a una suma que en conjunto con la actualmente liquidada a su favor, no sea inferior al setenta y cinco por ciento (75%) del ingreso mensual promedio que durante el último año devenguen los congresistas en ejercicio, incluyendo dentro del cálculo respectivo su sueldo básico, los gastos de

representación, la prima de localización y vivienda, prima de transporte, prima de salud, prima de navidad y toda otra asignación de la que gozaren.

Cuarto. ADVERTIR al actor que deberá continuar impulsando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que impetró ante la jurisdicción contencioso-administrativa, so pena de cesación de los efectos de esta tutela. De cualquier manera, de conformidad con lo prescrito en el artículo 8° del decreto 2591 de 1991, la orden que en la presente Sentencia se imparte, sólo permanecerá vigente durante el término que la jurisdicción contencioso administrativa utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el actor.

Quinto.- LÍBRESE por Secretaría General las Comunicaciones de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991, para los efectos allí previstos.

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

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado Ponente

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

PABLO E. LEAL RUIZ

1 Homologación establecida por el artículo 28 del Decreto 0104 de 1994 y ratificada por el Decreto 47 de 1995.

2 Magistrado ponente dr. Alejandro Martínez Caballero

3 Magistrado ponente dr. Fabio Morón Díaz.

4 Se consagra en este artículo el principio de OPCION, es decir, la exclusión de la norma confusa y el respeto a lo favorable. Este criterio está aceptado en Colombia desde cuando existía el Tribunal Supremo del Trabajo (Tomo IV, páginas 50-5 Gaceta del Trabajo), se dijo: “El principio de nuestra legislación y del Derecho del Trabajo según la cual la disposición más favorable al trabajador es la que se aplica, debe entenderse en el sentido de que confrontada una norma con otra, bien sea ley, decreto, reglamento, contrato, convención o fallo arbitral, la una debe EXCLUIR a la otra según que favorezca al trabajador.”

5 Cfr. Sentencia T-456 de 1994

6 Sentencia C-531 de 1993, M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

7 Corte Constitucional. Sentencia Nº T- 225/93 Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa

8 Sentencia T-414/92, Magistrado ponente: Dr. CIRO ANGARITA.

9 Se estima en 71 años.