

SENTENCIA T-227/10

(23 de marzo; Bogotá D.C.)

ACCION DE TUTELA CONTRA LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA-Caso en que Departamento Administrativo de la entidad demandada omitió incluir prima técnica en el salario que sirvió de base para cotizar en el sistema general de pensiones

ACCION DE TUTELA Y PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

ACCION DE TUTELA EN MATERIA LABORAL-Procedibilidad general

ACCION DE TUTELA CONTRA LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA-Improcedencia por existencia de otro medio de defensa judicial y no demostrar perjuicio irremediable

Referencia: Expediente T- 2.403.797.

Accionante: Iván Darío Cadavid Arango.

Accionados: Presidencia de la República y/o el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República otros.

Fallo de tutela objeto de revisión: Sentencia del Consejo Superior de la Judicatura Sala Jurisdiccional Disciplinaria de junio 25 de 2009, confirmatoria del fallo de tutela proferido por el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca Sala Jurisdiccional Disciplinaria, que negó el amparo de tutela por improcedente.

Magistrados Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Juan Carlos Henao Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda y pretensión.

- Derechos fundamentales invocados: debido proceso, igualdad, seguridad social, mínimo vital y vida digna.

- Conducta que causa la vulneración: omisión de la Presidencia de la República de cotizar al sistema de seguridad social en pensiones con la totalidad de componentes del salario que devengó como Consejero Presidencial en los años 1994 al 1996, excluyendo de la base de cotización el factor salarial denominado prima técnica.

- Pretensión: ordenar a la Presidencia de la República que efectúe la corrección e incremento de los aportes pensionales que efectuó, a favor del accionante, entre el 14 de diciembre de 1994 y el 7 de mayo de 1996 incluyendo la prima técnica que devengó.

1.2. Fundamentos de la pretensión:

1.2.1. El señor Iván Darío Cadavid Arango interpuso acción de tutela¹ contra la Presidencia de la República por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, seguridad social, mínimo vital y vida digna, con ocasión de la errónea cotización al sistema de seguridad social en pensiones, dado que la accionada no utilizó como base de cotización el valor total del salario que devengaba en el cargo de Consejero Presidencial para Antioquia. Fundamenta su pretensión así:

1.2.2. El Instituto de Seguro Social le concedió la pensión de jubilación mediante Resolución No. 031522 del 26 de julio de 2007².

1.2.3. Entre 1994 y 1996 el señor Iván Darío Cadavid Arango se desempeñó como Consejero Presidencial para Antioquia con una asignación básica mensual sumada a los gastos de representación y a la prima técnica³.

1.2.4. A mediados del año 2008 se percató que el ente accionado no había tenido en cuenta la prima técnica al efectuar los aportes pensionales al Instituto de Seguros Sociales, es decir, que el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República omitió cotizar uno de los más importantes componentes salariales como lo era lo devengado mensualmente por prima técnica, la cual, al comenzar el desempeño del cargo era de \$ 990.000,00 y en los últimos meses fue de \$ 1.343.430,504.

1.2.5. El 02 de julio de 2008 presentó al Director del Departamento Administrativo de la Presidencia derecho de petición solicitando una explicación al respecto⁵; el cual le fue contestado el 14 de julio de 2008 de “manera simplista y facilista”.

En atención a su comunicación le informo, que los factores salariales certificados como son el sueldo y gastos de representación fueron los tenidos en cuenta como base de cotización, de acuerdo al decreto 1158 de 1.994 (...) referente a la Prima Técnica, le informo que en la época de su vinculación no estaba sujeta a descuentos de ley por no ser reconocida en esta entidad como factor salarial⁶.

1.2.6. El 25 de octubre de 2008 nuevamente solicitó al Departamento Administrativo⁷ efectuar los aportes pensionales al Seguro Social cancelado el porcentaje correspondiente a la prima técnica. Además pidió le indicaran con claridad cuál era la disposición legal que para los años 1994 a 1996 excluía a los consejeros presidenciales de los aportes de la prima técnica como factor salarial para efectos pensionales. El 13 de noviembre de 2008⁸ recibió respuesta desfavorable a sus pretensiones.

1.2.7. Así mismo, el 12 de noviembre de 2008 el Doctor José del Carmen Pardo García reiteró que la prima técnica del señor Cadavid Arango no era constitutiva como factor salarial y adjuntó copia del Decreto 1158 de 1994, según el cual se enumeran los componentes de salario mensual como base para calcular las cotizaciones al sistema general de pensiones de los servidores públicos⁹.

1.2.8. El 26 de enero de 2009, recurrió la decisión anterior¹⁰ obteniendo respuesta el 26 de marzo de 2009¹¹, confirmando lo dicho anteriormente.

1.2.9. Afirmó que su núcleo familiar está compuesto por su esposa¹² y sus tres hijos¹³, uno mayor de edad y dos menores, estudiantes de secundaria (grados 9º y 11º) del colegio Anglo Colombiano¹⁴, y que en la actualidad la pensión es su única fuente de ingresos permanente de la cual se deriva el sustento diario de su familia¹⁵.

1.2.10. Agregó que sus condiciones de salud son precarias toda vez que en el mes de octubre se le practicó una cirugía¹⁶ y que padece una enfermedad en los ojos denominada “Condensación del Humor Vítreo”.

2. Respuesta de la Presidencia de la República¹⁷.

2.1. La doctora María Carolina Rojas Charry, apoderada del ente accionado mediante escrito del 19 de mayo de 2009 solicitó negar por improcedente la tutela de la referencia con base en los siguientes argumentos¹⁸:

2.2. Aseguró que las pretensiones del tutelante no tienen ningún fundamento jurídico constitucional que las respalde y que por el contrario obedecen a una errada interpretación sobre la procedencia de la tutela al pretender que se ordene una cotización que por ley no le está permitida.

2.3. Que el ente accionado actuó conforme a derecho al no tener en cuenta como factor salarial la prima técnica, en consecuencia, quedaron definidas y protegidas las garantías del ex funcionario, resultando excesivo pretender por esta vía su reliquidación pensional o el reconocimiento de una obligación que legalmente no está reconocida, buscando con ello obviar los mecanismos ordinarios.

2.4. Aclaró que la Prima Técnica no era factor salarial y no lo ha sido desde su creación legal, por lo mismo no se efectuaron los descuentos correspondientes y por ende no se realizaron los aportes al Sistema de Seguridad Social. El desarrollo legal en que fundamentó esta afirmación fue el siguiente:

1. De acuerdo con la Ley 55 de 1990, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, tiene una naturaleza especial, por lo tanto cuenta con una estructura y nomenclatura de sus dependencias y empleos acorde con la misma. Tiene regímenes especiales en materia presupuestal, fiscal, administrativa, contractual, salarial y prestacional, para cumplir con el objeto y funciones asignadas.

2. En desarrollo de las facultades de Ley 4 de 1992, El Gobierno Nacional fijó la escala de asignación básica de los empleados del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República cada año tal y como ocurrió para la época en que el doctor Cadavid desempeñó sus funciones en la entidad.

3. El Decreto 1016 del 17 de Abril de 1991, estableció una prima técnica para los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los Consejeros de Estado y los magistrados del

Tribunal Disciplinario, equivalente a un porcentaje del sueldo básico y los gastos de representación asignados a dichos funcionarios, en atención a las calidades excepcionales que se exigían para el ejercicio de las funciones propias de esos empleos.

4. El inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1016 estableció de manera inequívoca que en ningún caso la Prima Técnica constituiría factor salarial, ni estaría incluida en la base de liquidación del aporte a la Caja Nacional de Previsión Social.

En otras palabras, el legislador al advertir que era en las mismas condiciones lo que quiso fue ampliar la cobertura de aplicación de la misma, a otros cargos del estado, sin cambiar cuantía o establecer que en adelante constituía o no factor salarial, por lo mismo lo que hizo fue estipular tal beneficio en idénticas condiciones a las que ya venía su reconocimiento.

6. El Decreto 1661 de 1991 reguló la Prima Técnica por títulos de formación avanzada y experiencia altamente calificada. Sin embargo dicha Prima no se aplica a los beneficiarios de la Prima Técnica de que tratan los Decretos 1016 y 1624 de 1991.

7. Los Decretos 50, 90 y 52 de 1994, 1995 y 1996 respectivamente fijan las asignaciones de que trata la Ley 4 de 1992, incluida la de los Consejeros del Presidente de la República y disponían además que estos cargos percibirían la Prima Técnica en los términos y condiciones establecidas en el Decreto 1624 de 1991.

8. La Ley 332 de 1996 no puede ser aplicada al caso concreto del actor, como quiera que el cargo de Consejero Presidencial no se menciona como beneficiario de la prima especial de que trata la norma.

9. El Decreto 691 de 1994 establece las reglas para la incorporación de los funcionarios públicos en el Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993. En su artículo 6° se estableció el salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos y relacionó cuáles serían los factores a tener en cuenta para su cotización; es así como en el literal c) dispuso que la prima técnica se tendría en cuenta cuando ésta sea factor salarial y no dice cuándo no lo es o cuándo lo es, dado que existen normas que regulan la materia y por lo tanto habría que aplicarlas dependiendo de la situación de cada funcionario...”

2.5. Bajo los anteriores argumentos, sostuvo la accionada que la Prima Técnica alegada en el escrito de tutela para la época en que el doctor Cadavid Arango se desempeñó como Consejero del Presidente de la República (1994-1996), no era constitutiva de factor salarial y por lo tanto no se tomaba como base de liquidación para efectos de pensión.

3. Decisión de tutela objeto de revisión: Sentencia del Consejo Superior de la Judicatura Sala Jurisdiccional Disciplinaria de junio 25 de 2009¹⁹, (Segunda instancia).

3.1. Decisión de primera instancia: sentencia del 20 de mayo de 2009 proferida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca Sala Jurisdiccional Disciplinaria de Bogotá²⁰.

El juez de instancia negó el amparo. Estimó que el accionante no acreditó los requisitos establecidos por la Corte Constitucional para hacer procedente la acción de tutela, es decir, no acudió al ISS para solicitar el reajuste de su pensión, así como tampoco agotó los recursos de la vía gubernativa, además, no demostró la imposibilidad de acudir a la vía judicial ordinaria para satisfacer sus pretensiones.

Resaltó que el accionante devenga una pensión y tiene servicio médico, por lo que concluyó que están a salvo sus derechos fundamentales.

3.2. Impugnación.

Mediante escrito²¹ el accionante impugnó el fallo con los mismos argumentos expuestos en el escrito tutelar.

3.3. Decisión de segunda instancia: sentencia del 25 de junio de 2009 proferida por el Consejo Superior de la Judicatura Sala Jurisdiccional²².

Modificó el fallo del a quo y declaró improcedente el amparo solicitado. Consideró que una de las características del amparo constitucional es su carácter residual, por lo tanto la tutela no procede cuando el accionante disponga de otros medios de defensa judicial para la protección de sus derechos.

Sostuvo que cuando el accionante tuvo conocimiento del error en el reporte de los aportes pensionales acudió ante la accionada mediante varios derechos de petición, los

cuales fueron resueltos en los términos de ley como se observó en las pruebas aportadas al proceso dándole respuesta a cada una de las inquietudes conforme a la normatividad que hace referencia a la prima técnica, que solicitó el actor sea tenida en cuenta para su liquidación pensional, con lo cual queda agotada la vía gubernativa.

Consideró que al quedar inconforme con las respuestas acudió a la acción de tutela, dejando de lado al juez natural donde debió acudir en ejercicio de acción de nulidad y restablecimiento del derecho para el restablecimiento de los derechos que aduce conculcados por los entes accionados.

En síntesis resaltó que el accionante cuenta con otros mecanismos de defensa judicial ordinarios para hacer valer sus derechos, donde puede debatir la legalidad de la resolución No. 031522 del 26 de julio de 2007, por la cual el Instituto de Seguros Sociales le concedió la pensión teniendo en cuenta los salarios cotizados y reportados.

Así mismo, no vislumbró un perjuicio irremediable para que proceda la tutela como mecanismo transitorio toda vez que según el mismo accionante se encuentra gozando de una pensión de \$1.343.43023 donde dedujo la inexistencia respecto a la afectación del mínimo vital.

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

Esta Sala es competente para revisar la providencia de tutela antes reseñada, con base en la Constitución Política, artículos 86 y 241 numeral 9; en el Decreto 2591 de 1991, artículos 33 a 36; y en el auto del 20 de noviembre de 2009 de la Sala de Selección de Tutela Número Once de la Corte Constitucional.

2. El problema jurídico.

Corresponde a esta Sala responder el siguiente interrogante ¿es procedente la acción de tutela para establecer si la prima técnica debe o no ser incluida en el salario base de cotización en pensiones de Consejeros Presidenciales que ocuparon el cargo entre 1994 y 1996?

Con tal propósito la Sala hará uso de la reiterada jurisprudencia sobre el carácter subsidiario de la acción de tutela y sus requisitos generales de procedibilidad y específicamente en materia laboral.

2.1. Del carácter subsidiario de la acción de tutela y sus requisitos generales de procedibilidad.

De manera reiterada esta Corporación ha reconocido que la acción de tutela conforme al artículo 86 de la Carta, es un mecanismo de protección de carácter residual y subsidiario²⁴, que puede ser utilizado ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales, cuando no exista otro medio idóneo para la protección de los derechos invocados, o cuando existiendo otros medios de defensa judiciales, se requiera acudir al amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable²⁵. Una de las exigencias generales de procedencia de la acción de tutela, es la subsidiariedad la cual se torna en una condición necesaria para el conocimiento de fondo de las solicitudes de protección de derechos fundamentales, por vía excepcional.

La naturaleza subsidiaria²⁶ y excepcional de la acción de tutela, permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos. Ante la existencia de tales mecanismos, los ciudadanos se encuentran obligados a acudir de manera preferente a ellos, cuando son conducentes para conferir una eficaz protección constitucional²⁷. De allí que quien alega la vulneración de sus derechos fundamentales deba haber agotado los medios de defensa disponibles por la legislación para el efecto²⁸. El fundamento del principio de subsidiariedad de la tutela pretende asegurar que una acción tan expedita no sea considerada en sí misma una instancia más en el trámite jurisdiccional, ni un mecanismo de defensa que reemplace aquellos diseñados por el legislador²⁹, y menos aún, un camino excepcional para solucionar errores u omisiones de las partes³⁰ en los procesos judiciales³¹.

Por lo anterior, la tutela no puede ser concebida como un medio para desplazar otros mecanismos jurídicos de protección o para usurpar competencias ordinarias³², sino que se debe entender como una acción que puede “fungir como recurso orientado a suplir los vacíos de defensa que en determinadas circunstancias presenta el orden jurídico en materia de

protección de derechos fundamentales”³³. El juez de tutela, en consecuencia, no entra a reemplazar a la autoridad competente para resolver aquello que le autoriza la ley³⁴, especialmente si los mecanismos no han sido utilizados ni ejercidos por las partes, conforme a las atribuciones y competencias legales.

Al respecto, dijo la Corte Constitucional en la sentencia T-161 de 2005, lo siguiente:

“La jurisprudencia constitucional ha sido enfática al señalar que la tutela no fue creada para sustituir los mecanismos de defensa ordinarios. Para el Tribunal, la acción del artículo 86 de la Carta tiene carácter excepcional en la medida en que únicamente responde a las deficiencias de los medios de defensa judiciales, sin desplazarlos ni sustituirlos. De allí que la Corte haya afirmado que dicha acción “constituye un instrumento democrático con que cuentan los ciudadanos para reclamar ante los jueces dicha protección de sus derechos constitucionales, pero de la cual, en razón a su excepcionalidad, no puede abusarse ni hacerse uso cuando existan otros medios judiciales idóneos para la definición del conflicto asignado a los jueces ordinarios con el propósito reiterado de obtener, entre otras consideraciones, un pronunciamiento más ágil y expedito”³⁵. (Las subrayas fuera del original).

En el mismo sentido, en la sentencia T-262 de 1998 esta Corporación recalcó que:

“En efecto, la acción de tutela no ha sido concebida como un instrumento para sustituir los demás medios de defensa judicial, sino como un mecanismo que complementa los otros recursos y acciones, en la medida en que cubre aquellos espacios que éstos no abarcan o lo hacen deficientemente. Aceptar lo contrario sería admitir que el juez constitucional tomara el lugar de las otras jurisdicciones [...]”³⁶ (Subrayas fuera del original).

Así, el agotamiento efectivo de los recursos y mecanismos ordinarios de defensa judicial, resulta ser no sólo un requerimiento de diligencia exigible a los ciudadanos frente a sus propios asuntos procesales³⁷, sino un requisito necesario para la procedencia de la acción de tutela como mecanismo de defensa, salvo que por razones extraordinarias no imputables a quien alega la vulneración, la persona se haya visto privada de la posibilidad de utilizar los mecanismos ordinarios de defensa³⁸, circunstancia que deberá ser debidamente acreditada en cada caso concreto.

Empero, la sola existencia de un medio alternativo de defensa judicial, no implica automáticamente la improcedencia de la acción de tutela³⁹, porque como se dijo, el medio judicial debe ser idóneo y eficaz para la defensa de los derechos fundamentales⁴⁰. En ese orden de ideas, si el juez constitucional constata que el otro medio de defensa no resulta conducente para la protección efectiva de los derechos invocados, - al no asegurar, por ejemplo, la eficacia necesaria para su defensa real -, el fallador puede válidamente garantizar la protección preeminente y efectiva de los derechos fundamentales, admitiendo la procedencia en estas circunstancias, de la acción de tutela.

El juez constitucional debe observar si las otras acciones legales traen como resultado el restablecimiento pleno y oportuno de los derechos fundamentales vulnerados en la situación puesta en su conocimiento, evento en el que, de resultar afirmativa la apreciación, la tutela resultará en principio improcedente⁴¹. En cambio, si el juez determina que el mecanismo de defensa judicial aparentemente preeminente no es idóneo para restablecer los derechos fundamentales vulnerados, la tutela puede llegar a ser procedente.

Adicionalmente, si el medio de defensa alternativo resulta ser idóneo y eficaz, - o incluso insuficiente -, pero se configura ciertamente la existencia de un perjuicio irremediable que afecte los derechos fundamentales de quien invoca su protección, y por lo tanto sea necesaria una actuación inminente del juez constitucional, la tutela deberá proceder como mecanismo transitorio⁴².

Es así como la jurisprudencia⁴³ ha aceptado que en aquellos eventos en que se establezca que el ordenamiento jurídico tiene previsto un medio ordinario de defensa judicial, es deber del juez constitucional resolver dos cuestiones: i) determinar si el medio judicial alterno presenta la idoneidad y eficacia necesarias para la defensa de los derechos fundamentales; ii) si la respuesta a esa primera cuestión es positiva, debe abordarse la cuestión subsiguiente consistente en determinar si concurren los elementos del perjuicio irremediable, que conforme a la jurisprudencia legitiman el amparo transitorio.

Entratándose del amparo constitucional como mecanismo transitorio, el perjuicio irremediable exigido se refiere a “un grave e inminente detrimento de un derecho fundamental, que deba ser contrarrestado con medidas urgentes, de aplicación inmediata e impostergables”⁴⁴ que neutralicen, cuando ello sea posible, la violación del derecho⁴⁵. En

caso de darse un perjuicio de tal naturaleza, es razonable la protección excepcional por vía de tutela de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados, por lo que aún ante la existencia de mecanismos de defensa alternativos, la acción de tutela resulta ser impostergable, con el fin de asegurar su preeminencia constitucional y la eficacia de los derechos fundamentales. Las características propias del perjuicio irremediable, ha sido descritas así⁴⁶:

1. Inminencia en la amenaza, deben existir evidencias fácticas de la amenaza real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética.

2. Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, existe una relación directa 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.

3. 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. No se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente, es decir, la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

Se puede concluir que la acción de tutela procede cuando de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio.

2.2. De la procedibilidad general de la acción de tutela en materia laboral.

En materia laboral, - con ocasión a los cargos que presenta el actor en esta oportunidad -, se ha reiterado de manera general sobre la procedibilidad de la acción de tutela que:

“ [...] salvo en casos de (sic) la existencia de un perjuicio irremediable, o cuando no se vislumbre la existencia de un mecanismo judicial que pueda definirse como idóneo para el

logro efectivo de la protección a los derechos fundamentales de los ciudadanos, no es procedente la acción constitucional para resolver conflictos laborales surgidos entre el patrono y el trabajador.

En efecto, se ha señalado por la Corte Constitucional, que el juez natural para la resolución de los conflictos surgidos con ocasión de la relación laboral, es la jurisdicción ordinaria laboral, a la que le compete pronunciarse de fondo sobre el caso particular.”⁴⁷ (Subrayas fuera del original).

Es así como este Tribunal ha reconocido⁴⁸ que aunque las acciones laborales son en principio conducentes como mecanismos idóneos para resolver conflictos de índole laboral, en algunos casos pueden resultar insuficientes⁴⁹, especialmente cuando la protección que se solicita es de carácter esencialmente constitucional y no legal, y el medio de defensa resulta ineficaz para la protección de los derechos fundamentales involucrados o existe un perjuicio irremediable⁵⁰.

1. Caso Concreto

De las pruebas aportadas al proceso tenemos que el señor Iván Darío Cadavid Arango laboró en el cargo de Consejero Presidencial para Antioquia de 1994 a 1996, periodo en el cual el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República era el encargado de hacer las cotizaciones a pensión del demandante⁵¹.

La demanda de tutela se centra en la presunta violación de los derechos fundamentales del actor por cuanto la accionada omitió incluir en el salario que sirvió de base para cotizar en el sistema general de pensiones uno de los componentes de dicha asignación denominado prima técnica. Mediante Resolución No. 031522 del 26 de julio de 2007 el ISS reconoció al actor pensión de jubilación⁵² con un valor inferior al que considera tenía derecho, dada la omisión de la accionada de no cotizar el valor real de su salario excluyendo la prima técnica, circunstancia de la que se percató a mediados del año 2008⁵³.

En vista de lo anterior desde el 02 de julio de 2008 ha solicitado a la Presidencia de la República efectuar las cotizaciones sobre todos los factores salariales, en especial la prima

técnica, pues para él esta prima constituye parte integral del salario que devengaba, recibiendo respuestas desfavorables a sus pretensiones, la última respuesta está fechada del 26 de marzo de 200954.

La entidad accionada y los jueces de instancia consideraron que la acción de tutela no es el medio judicial idóneo para resolver la controversia que plantea el actor con relación a si la prima técnica debió o no ser incluida como factor salarial para cotizar al Sistema de Seguridad Social en pensiones, pues esta decisión debe ser adoptada por el juez natural.

De acuerdo con las consideraciones anteriormente realizadas, la procedencia de la acción de tutela está supeditada a la inexistencia o ineficacia de otro mecanismo judicial para ventilar la controversia planteada por el actor y, a la demostración de un perjuicio irremediable que haga necesaria la actuación inmediata del juez de tutela.

Tenemos que la presunta omisión que alega el accionante sucedió en el transcurso de los años 1994 y 1996, años en los cuales el actor no echó de menos que la entidad accionada no estuviera cotizando a pensiones con la totalidad de su salario - incluyendo prima técnica -, situación de la que vino a percatarse en el año 2008, un año después de haberle sido reconocida la pensión de vejez, en la cual según el actor, es evidente la disminución del monto que esperaba recibir.

Llama la atención de la Sala que después de más de 10 años el actor se percate de la presunta omisión de su empleador, más aún si se tiene en cuenta que el accionante contó con otra oportunidad de advertir la supuesta falla de la accionada, esto es, al momento de ser notificada la resolución No. 031522 del 26 de julio de 2007 mediante la cual le otorgaron la prestación mencionada, sin embargo en ninguna ocasión el señor Cadavid realizó actuación alguna para reclamar lo pretendido por vía de tutela, sino que esperó hasta el 2 de julio de 2008 para llamar la atención a la accionada sobre su presunta omisión y hasta el 06 de mayo de 2009 para interponer la acción de tutela.

Por lo anterior, la Sala encuentra que el accionante no ha cumplido uno de los presupuestos generales de procedencia de la acción de tutela como es agotar todos los medios de defensa judiciales de los cuales dispone el ordenamiento jurídico para la defensa de sus derechos,

que para el caso se concreta en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, donde podría solicitar la nulidad del acto administrativo que le negó la inclusión de la prima técnica como factor salarial para cotizar al sistema general de pensiones y que se constituye en un mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz para la protección de sus derechos fundamentales. Esto teniendo en cuenta que la sola apreciación del actor con relación a que el proceso judicial contencioso administrativo que tendría que iniciar tardaría muchos años⁵⁵, no es suficiente para desvirtuar a la ineficacia del mencionado mecanismo judicial, máxime si se considera que la discusión planteada por el señor Iván es de estirpe legal más no constitucional, a no ser que el juez de tutela vislumbre un perjuicio irremediable para el demandante.

Por ende y acorde con la jurisprudencia es necesario revisar si es procedente el pronunciamiento del juez de tutela para evitar la causación de un perjuicio irremediable para el actor y su familia.

El actor cuenta con 60 años de edad⁵⁶ y la pensión de vejez reconocida por el Instituto de Seguro Social, según él, se ha convertido en la única fuente de ingresos para su familia conformada por su esposa y tres hijos estudiantes⁵⁷. Sin embargo considera que por el error tantas veces mencionado, su mínimo vital se encuentra afectado pues sus ingresos actuales están muy por debajo de los dineros percibidos cuando ocupaba altas posiciones en el Estado⁵⁸.

Vale la pena resaltar que el actor no es una persona de la tercera edad⁵⁹, por lo tanto no es sujeto de especial protección constitucional, por otra parte, no reposa en el expediente prueba alguna del monto de la pensión que recibe el señor Cadavid Arango actualmente, puesto que ni él lo mencionó ni adjuntó copia de la resolución que le adjudicó la prestación. Adicionalmente, si bien dijo que con su pensión debía cubrir todos los gastos que su familia requería, - tales como el pago del estudio de los hijos, el pago de salud, una deuda hipotecaria, servicios públicos, administración y vestuario⁶⁰, - no hizo una relación de ingresos y egresos que permita a esta Sala concluir que con la mensualidad que está recibiendo no alcanza a resguardar su mínimo vital y como consecuencia tornar procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Concluyendo, de las pruebas aportadas al proceso no se obtuvo certeza de la inminencia en

la amenaza, puesto que ha transcurrido casi dos años⁶¹ desde que el actor y su familia han subsistido con la pensión que le fue reconocida sin que en el transcurso de ese tiempo el señor Cadavid Arango haya reclamado ante la jurisdicción contencioso administrativa lo pretendido por vía de tutela. Presumiendo que la amenaza se configuró hasta la fecha de la presentación de la demanda de tutela, no se demostró la existencia de un perjuicio grave que requiriera de medidas urgentes.

Con todo, la Sala concluye que en el caso sub examine, debe declararse improcedente la acción de tutela, como en efecto lo hizo el Ad quem, por lo tanto, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional confirmará la decisión de segunda instancia proferida por el Consejo Superior de la Judicatura Sala Jurisdiccional Disciplinaria de junio 25 de 2009, que rechazó por improcedente la acción de tutela.

1. Razón de la decisión.

La Corte Constitucional ha determinado que la acción de tutela es procedente como mecanismo transitorio cuando el medio judicial alternativo no presenta la idoneidad y eficacia necesarias para la defensa de los derechos fundamentales y de presentarla, se debe determinar si concurren los elementos del perjuicio irremediable, que conforme a la jurisprudencia legitiman el amparo transitorio.

III. DECISIÓN.

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 Política.

RESUELVE:

Primero-. CONFIRMAR la decisión de segunda instancia proferida por el Consejo Superior de la Judicatura Sala Jurisdiccional Disciplinaria de junio 25 de 2009, que rechazó por improcedente el amparo solicitado por el señor Iván Darío Cadavid Arango por las razones aquí expuestas.

Segundo. LIBRAR por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 El 06 de mayo de 2009 fue presentada la demanda, ver folio 20 del expediente.

2 Afirmación realizada por el accionante en la demanda de tutela, ver folio 1 del expediente.

3 Ibídem. No aportó certificaciones.

4 Ibídem.

5 Petición radicada el 03 de julio de 2008. Ver folio 77 del expediente.

6 Oficio No OF 108- 00077251/AUV suscrito por el señor Álvaro Ramírez Rodríguez asesor Área Administrativa y Financiera – Pagador, ver folio 78 del expediente

7 Escrito presentado el 25 de octubre de 2008, ver folio 79 del cuaderno #1.

8 Mediante oficio OF108-F 00000651/AUV 34300 la señora María Jimena Acosta Illera Jefe Área de Talento Humano informó que “. El Decreto 1016 del 17 de Abril de 1991, estableció

una prima técnica para los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los Consejeros de Estado y los magistrados del Tribunal Disciplinario, equivalente a un porcentaje del sueldo básico y los gastos de representación asignados a dichos funcionarios, en atención a las calidades excepcionales que se exigían para el ejercicio de las funciones propias de esos empleos.

El mencionado acto administrativo fue explícito en indicar que en ningún caso la Prima Técnica constituiría factor salarial, ni estaría incluida en la base de liquidación del aporte a la Caja Nacional de Previsión Social. (Véase inciso 2 del artículo primero del Decreto 1016 de 1991).

Por su parte, el literal a) del artículo primero del Decreto 1624 del 26 de Junio, por el cual se adicionó el decreto 1016 de 1991, estableció que la prima técnica de que trata dicho Decreto se extendería igualmente a los siguientes funcionarios:

” a) Jefes de Departamento Administrativo, Viceministros, Subjefes de Departamento Administrativo, Consejeros del Presidente de la República, Secretarios de la Presidencia de la República, Secretario Privado del Presidente de la República...”.

De conformidad con lo anterior, se colige claramente que la mencionada Prima no era constitutiva como factor salarial, y no lo ha sido desde su creación legal en el año 1991, situación por la cual no se efectuaron aportes al sistema de seguridad social integral con base en estos valores y como es lógico tampoco se hicieron los descuentos de ley correspondientes sobre este monto.

Finalmente, anexo copia del oficio 08-00132878 de fecha 12 de noviembre de 2008, por medio del cual el doctor JOSÉ DEL CARMEN PARDO GARCÍA reitera que la Prima Técnica del Doctor CADAVID ARANGO no era constitutiva como factor salarial, y adjunta copia del Decreto 1158 de 1994, según el cual se enumeran los componentes de salario mensual como base para calcular las cotizaciones al sistema general de pensiones de los servidores públicos”.

9 Ver folio 85 del cuaderno #1.

10 Ver folios 86 a 96 del cuaderno #1.

11 Ver folios 97 a 99 del cuaderno #1.

12 Registro de matrimonio del señor Iván Darío Cadavid con la señora María Claudia Herrera Lucio. Ver folio 10 del cuaderno #1.

13 Ver folios 11, 12 y 13 del cuaderno #1.

14 Certificados del Colegio Anglo Colombiano del 09 marzo de 2009. Ver folios 18 y 19 del cuaderno #1.

15 Declaración extraproceso ante la Notaría 43 del Círculo de Bogotá, del 05 de marzo de 2008, de la señora María Claudia Herrera Lucio donde consta que se encuentra desempleada. Declaración extraproceso ante la Notaría 43 del Círculo de Bogotá, del señor Iván Darío Cadavid donde consta que se encuentra desempleado y que la pensión es la única fuente de sostenimiento del hogar. Ver folio 14 y 15 del expediente.

16 Según Epicrisis del Hospital Universitario Fundación Santa Fe de Bogotá en convenio con CAFESALUD - Medicina Prepagada se le practicó una Apendicectomía por vía Laparoscópica, sin complicaciones. Ver folios 16 y 17 del cuaderno #1.

17 Ver folios 32 a 39 del cuaderno #1.

18 Ver folios 33 y 34 del cuaderno #1.

19 Ver folios 8 a 20 del cuaderno #2.

20 Ver folios 47 a 57 del cuaderno #1.

22 Ver folios 8 a 20 del cuaderno #2.

23 Este dato fue tomado equivocadamente por el juez de segunda instancia, pues en ningún aparte de la demanda el actor demuestra o menciona a cuánto asciende el monto de la pensión.

24 Corte Constitucional. Sentencia T-827 de 2003.

25 Sobre la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio, para evitar un

perjuicio irremediable, resultan relevantes las sentencias C-1225 de 2004; SU-1070 de 2003; SU-544 de 2001; T-1670 de 2000, y la T-225 de 1993 en la cual se sentaron la primeras directrices sobre la materia, que han sido desarrolladas por la jurisprudencia posterior. También puede consultarse la sentencia T-698 de 2004 y la sentencia T-827 de 2003.

26 Corte Constitucional. Sentencia T-161 de 2005.

27 Corte Constitucional. Sentencia T-803 de 2002.

28 Corte Constitucional. Ver Sentencias T-441 de 2003; T-742 de 2002. y T-606 de 2004 M, entre otras.

29 Corte Constitucional. Sentencia SU-622 de 2001.

30 Corte Constitucional. Sentencias C-543 de 1992; T-567 de 1998; T-511 de 2001; SU-622 de 2001 y T-108 de 2003, entre otras.

31 Corte Constitucional. Sentencia T-200 de 2004.

32 Corte Constitucional. Sentencia C-543 de 1992.

33 Corte Constitucional. Sentencia T-972 de 2005.

34 Corte Constitucional. Sentencia T-038 de 1997.

35 Corte Constitucional. Sentencia T-340 de 1997.

36 Ver entre otras las sentencias T-972 de 2005 y T-229 de 2006.

37 Corte Constitucional. Sentencia T-116 de 2003.

38 Corte Constitucional. Sentencia T-440 de 2003. En este caso, que se refiere a una acción de tutela contra providencia judicial, la Corte concedió la tutela a una entidad bancaria y algunos usuarios de la misma, por considerar que en el trámite de una acción de grupo la autoridad judicial les había desconocido los derechos a la intimidad y al debido proceso, al ordenar la remisión de varios documentos que implicaban la revelación de datos privados confiados a una corporación bancaria. Sobre la procedencia de la tutela la Corte señaló: “(...)

En segundo lugar, la Corte también desestima la consideración según la cual existió una omisión procesal por parte de los usuarios del Banco Caja Social. Dichas personas no integraban el pasivo del proceso de acción de grupo (...). Por lo tanto, difícilmente podían los ahora tutelantes controvertir providencias judiciales que no les habían sido notificadas, y que, por demás, habían sido proferidas en el transcurso de un proceso judicial de cuya existencia no estaban enterados.". Cfr. las Sentencias T-329 de 1996 y T-567 de 1998.

39 Corte Constitucional. Sentencia T-972 de 2005.

40 Corte Constitucional. Sentencias T-626 de 2000; T-585 de 2002; T-315 de 2000; T-972 de 2005 y T-822 de 2002, entre otras.

41 La sentencia T-569 de 1992, refiriéndose a la procedencia de la tutela frente a otras acciones, estableció: "De allí que tal acción no sea procedente cuando exista un medio judicial apto para la defensa del derecho transgredido o amenazado, a menos que se la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable."

42 Así lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación en sentencia T-972 de 2005 y en la Sentencia T-229 de 2006, entre muchas otras.

43 Corte Constitucional. Sentencia T-972 de 2005.

44 Corte Constitucional. Sentencia T-161 de 2005.

45 Corte Constitucional. Sentencia T-1190 de 2004.

46 En la sentencia T-225 de 1993

47 Corte Constitucional. Sentencia T-605 de 1999.

48 Ver entre otras las sentencias T-1025 de 2002; T-587 de 1998; T-825 de 2002; T-1006 de 1999, sentencia SU-667 de 1998, entre otras.

49 Corte Constitucional. Sentencia T-605 de 1999.

50 Entre las sentencias fundadas en situaciones eminentemente constitucionales derivadas de relaciones laborales pueden ser mencionadas a título de ejemplo al sentencia: T- 203 de

2000, relacionadas con el derecho al descanso de una persona de la tercera edad a quien se le hacia trabajar sin relevos por 24 horas o todas aquellas sentencias relacionadas con la realización de actividades laborales en condiciones dignas y justas. Con respecto al perjuicio irremediable, pueden citarse como ejemplo, aquellos casos en que se hace alusión a la vulneración del mínimo vital de una persona por el no pago de salarios.

51 Afirmación realizada por el accionante en la demanda, ver folio 1 del expediente.

52 Afirmación realizada por el actor en el escrito de tutela, ver folio 1 del expediente.

53 Fecha en la cual solicitó a la demandada una explicación del por que no habían tenido en cuenta la prima técnica para cotizar al Sistema General en Pensiones, ver folio 77 del expediente.

54 Ver folios 97 al 99 del expediente.

55 Ver folio 7 del expediente.

56 En los registros civiles de nacimiento de los hijos del actor esta relacionado el año en que él nació.

58 Ver folio 9 del cuaderno principal.

59 Teniendo en cuenta que la Constitución no definió la edad en la que se inicia la tercera edad y por ende, empieza la protección especial. En principio, esta Corporación estableció como criterio útil para delimitar la pertenencia a la tercera edad, el hecho de sobrepasar la edad de expectativa de vida para los colombianos, que se fijó en 71 años. Lo anterior no obsta para que el juez, al evaluar las circunstancias concretas del caso, pueda establecer que una persona pueda ser beneficiaria de una especial protección constitucional, situación en la cual le corresponderá argumentar las razones en las que se basa para hacer tal inclusión. Ver aclaraciones de voto de las sentencia T-652 de 2009 y T-758 de 2009

60 Según declaración rendida el 08 de marzo de 2008, ver folio 15.

61 La pensión del actor le fue reconocida el 26 de julio de 2007, y el actor laboró hasta el 01 de marzo de 2008.