

Sentencia T-236/06

ACCION DE TUTELA PARA RELIQUIDACION DE PENSIONES-Improcedencia por no cumplir con los criterios jurisprudenciales para la procedencia excepcional

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN INTERPRETACION Y APLICACION DE LA LEY

REGIMEN DE TRANSICION EN PENSIONES-Fundamento

REGIMENES ESPECIALES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL-Existencia

REGIMEN ESPECIAL VIGENTE PARA LA RAMA JUDICIAL Y EL MINISTERIO PUBLICO-Decreto 546 de 1971

REGIMEN DE TRANSICION-Se mantienen vigentes los regímenes especiales

VIA DE HECHO-Acto administrativo que resuelve pensiones

LIQUIDACION DE PENSIONES-Monto y base son componentes inseparables

LIQUIDACION DE PENSIONES-Base reguladora tiene relación directa con el salario

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES-Aplicación incompleta del régimen especial de pensiones

DERECHOS FUNDAMENTALES DE FUNCIONARIO JUDICIAL-Vulneración por no liquidación proporcional de pensión/ACCION DE TUTELA TRANSITORIA-Procedencia por causarse perjuicio irremediable

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Referencia: expediente T-1230214

Acción de tutela instaurada por José Vicente Noguera Paz contra el Seguro Social -Seccional Cundinamarca-.

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS.

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de marzo de dos mil seis (2006).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Clara

Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de su competencia constitucional y legal, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

en el proceso de revisión de los fallos adoptados por el Juzgado 39 Penal del Circuito y la Sala Penal del H. Tribunal Superior ambos de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por José Vicente Noguera Paz contra el Seguro Social -Seccional Cundinamarca-.

### I. ANTECEDENTES

El actor solicita que se tutelen sus derechos fundamentales al debido proceso, al mínimo vital y a la seguridad social, dado que el Seguro Social incurrió en una vía de hecho al liquidar la pensión que le fue reconocida, pues no le aplicó como ingreso base de liquidación los aportes del último año de servicios de conformidad con lo establecido en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 y el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En ese orden de ideas solicita que se ordene al accionado reliquidar la pensión de jubilación que le fue reconocida, incluyendo en la base de liquidación todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

#### 1. Hechos

Señala el demandante que el Seguro Social -Seccional Cundinamarca y D.C., mediante Resolución No. 029029 del 6 de diciembre de 2002, le reconoció la pensión vejez por un valor de \$ 1.184.730 a partir del 1º de agosto de 2001 y el 10. de enero de 2002 incrementó la mesada a \$ 1.275.362.

Precisa que contra tal decisión, interpuso el recurso de apelación solicitando que se aplicara el parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, en concordancia con el artículo 11 de la Ley 71 de 1988, impugnación que le fue negada mediante la Resolución No. 071 del 16 de febrero de 2004.

Sostiene que la entidad accionada, al negarle la reliquidación de la pensión solicitada, violó el régimen de transición, pues erróneamente aplicó el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, cuando debió tener en cuenta el inciso 2º del mismo artículo, que ordena dar cumplimiento a las normas anteriores que para su caso lo favorecen, concretamente el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, donde se establece que la pensión debe liquidarse con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Asevera que su pensión debió ser cancelada con el 75% de su último salario, para el efecto el devengado como Procurador Regional del Chocó que ascendía a la suma de \$ 4.619.594, por lo que el valor a recibir debería ser de \$ 3'464.695.50 y no el que se señaló en la Resolución No. 029029 del 6 de diciembre de 2002.

Para fundamentar su petición señala que es una persona que tiene casi setenta (70) años de edad y padece de varios quebrantos de salud.

## 2. Pruebas

En el expediente obran entre otras pruebas las siguientes:

- Copia de la Resolución No. 029029 del 6 de diciembre de 2002, expedida por el Jefe del Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de los Seguros Sociales -Seccional Cundinamarca y D.C.-, donde se le reconoce la pensión de vejez.
- Copia del recurso de apelación solicitando la reliquidación pensional.
- Copia de la Resolución No. 0074 del 16 de febrero de 2004, que confirma la citada Resolución.
- Copia de estados de cuenta de obligaciones hipotecarias, créditos de consumo y tarjetas de crédito del señor Noguera Paz, adquiridos con el Banco Colpatria.
- Recibos de cuota de administración y servicios públicos del inmueble de su propiedad.
- Copia del carné de afiliación a la EPS COMPENSAR, así como copia de diagnóstico de artrosis proferido por la misma entidad para práctica de cirugía de hombro derecho de fechas 8 de mayo y 15 de julio de 2005.

- Declaraciones extrajuicio rendidas ante Notario por Juan Álvaro López Dorado y Harold Gonzalo Bedoya Caicedo.
  - Copia de acción de tutela presentada por el accionante contra la Procuraduría General de la Nación.
  - Copia del fallo de tutela emitido por el Juzgado Dieciséis Penal Municipal el 7 de septiembre de 2001.
  - Impugnación presentada por el tutelante contra el fallo antes citado.
  - Copia de certificado de bautizo de José Vicente Noguera Paz.
  - Copia de la petición formulada por el Procurador General de la Nación de fecha 25 de julio de 2001.
- Certificados médicos sobre las patologías que sufre el actor (prostatitis crónica e hiperplasia prostática y hemorroides grado III) expedidas el 3 y el 6 de marzo de 2006.

### 3. La omisión de respuesta por parte de la entidad accionada

La acción de tutela fue notificada al Seguro Social, mediante Oficio del 2 de agosto de 2005, sin embargo, la entidad pública mencionada no rindió el informe requerido por el juez de primera instancia.

#### 4. Decisiones judiciales

##### 4.1 Fallo de primera instancia

En providencia del 16 de agosto de 2005, el Juzgado 39 Penal del Circuito de Bogotá niega el amparo solicitado por el señor Jorge Vicente Noguera Paz, al considerar que el accionante no tiene derecho a que se reliquide la pensión aplicando el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, pues de los 20 años continuos o discontinuos que exige la norma, laboró como empleado oficial por el término de 9 años 4 meses y 19 días.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

En lo que atañe a los derechos a la igualdad y mínimo vital del accionante, observa que no fueron conculcados, pues no obran en el expediente elementos que así lo indiquen, por lo que concluye que no es posible hablar de la presencia de vías de hecho por parte del Seguro Social, por cuanto la entidad accionada ha sustentado jurídicamente las resoluciones cuestionadas.

Sostiene, además, que tampoco resulta aplicable la Ley 33 de 1985 en atención a lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

##### 4.2 Impugnación

El actor interpone el recurso de apelación, contra la anterior decisión. Para el efecto insiste en que el Seguro Social incurrió en una vía de hecho, al negarse a liquidar su pensión de jubilación, como lo ordena el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, es decir considerando todos los factores salariales devengados en el último año (como Procurador Regional del Chocó), que le corresponden de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Advierte, igualmente, que si bien dispone de un medio de defensa distinto a la acción de tutela, demanda el amparo constitucional para evitar un perjuicio irremediable.

#### 4.3 Fallo de segunda instancia

La Sala Penal del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en decisión adoptada el 29 de septiembre de 2005, confirmó el fallo impugnado con fundamento en las siguientes consideraciones:

Precisa que del 16 de febrero de 2004 (Resolución No. 00074 que a su vez confirma la Resolución No. 02929 de 6 de diciembre de 2002), al día 29 de julio de 2005, cuando fue instaurada la presente acción, han transcurrido más de 17 meses, por lo que la acción resulta improcedente al no cumplir el requisito de “inmediatez” y, en tal medida, considera que no es dable remediar la incuria del actor, quien de manera consciente, deliberada y voluntaria no interpuso la acción oportunamente.

De otro lado advierte que el señor Noguera Paz pretende que se ordene al Seguro Social reliquidar su pensión de jubilación teniendo en cuenta la Ley 33 de 1985, sin reparar en que

los dictados de esta normatividad no se aplican a los “empleados oficiales” (fl.7 de la providencia) que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción de la ley, ni aquellos que por mandato legal disfruten de un régimen especial de pensiones.

Además, sostiene que si bien, de conformidad con las Leyes 33 y 62 de 1985 el “empleado oficial” que haya servido 20 años, en forma continua o discontinua, tiene derecho a que 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; para el caso se observa, que el actor prestó sus servicios como servidor público, así: “a la Alcaldía de Pasto 505 días, a la Contraloría General de la República 1.664 días y al Consejo Superior de la Judicatura 1.210 días, para un total de 9 años, 4 meses, 19 días, más 15 meses en la Procuraduría General de la Nación, de los 20 años que en forma continua o discontinua, se requieren para ingresar al régimen pensional del sector público.”

Lo anterior significa que la situación del actor no está regulada por el régimen pensional del sector público, al no reunirse las exigencias en mención y no tiene derecho a que se le aplique la Ley 33 de 1985 y por tanto el Seguro Social no ha incurrido en vía de hecho alguna.

De otra parte sostiene, que si al accionante no se le aplica el régimen especial del Ministerio Público, como expresamente el mismo lo reconoce, ni el régimen del sector público, se deduce claramente que está sometido al régimen general de pensiones del sector privado y entonces la base de liquidación es el promedio mensual del salario devengado durante las últimas 100 semanas de aportes, según lo preceptuado por el Decreto 758 de 1990 (artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990), al cual debe remitirse por encontrarse el tutelante cobijado por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (inciso 2°).

Para finalizar advierte, que el Seguro Social liquidó la prestación del actor, como lo indica el

inciso tercero del último artículo en mención, o sea, atendiendo al promedio devengado en el tiempo que el 1º de abril de 1994 le faltaba para “adquirir el derecho”, o sea 27 meses, promedio actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor.

Señala que lo anterior, no va en menoscabo del actor, si se tiene en cuenta que en el primer evento se obtiene el promedio mensual de 700 días, mientras que en el segundo el promedio mensual de 810 días, actualizados anualmente de conformidad con la variación del índice de precios al consumidor, lo cual significa que resulta más ventajosa para el accionante la base de liquidación pensional, determinada por el Seguro Social, al parecer atendiendo al principio de favorabilidad.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 1. Competencia

La Corte Constitucional, a través de esta Sala, es competente para revisar las providencias proferidas por los jueces de instancia, dentro del proceso de la referencia, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y de conformidad con los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

### 2. Problema jurídico

El demandante considera que sus derechos al debido proceso, al mínimo vital y a la seguridad social están siendo vulnerados, porque el Seguro Social liquidó su pensión de vejez, sin tener en cuenta como ingreso base de liquidación los aportes del último año de servicios, como le correspondía, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, en armonía con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En razón de lo anterior, solicita se tutelen los derechos vulnerados y se ordene al accionado reliquidar la pensión de jubilación, incluyendo en la base de liquidación los factores salariales devengados por el mismo, en el último año de servicios, como Procurador Regional del Chocó.

Así las cosas, la Corte deberá analizar si en el presente caso es procedente la tutela para amparar los derechos fundamentales invocados por el actor y en tal medida, si a través de este mecanismo se puede ordenar la reliquidación de su pensión de vejez como el mismo lo solicita.

Para resolver la cuestión planteada, estima la Sala, que previamente debe referirse a la jurisprudencia adoptada por esta Corte, en decisiones judiciales anteriores, que versan sobre temas relacionados con el asunto sub-exámine.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

### 3. Consideraciones jurídicas previas en relación con el asunto bajo estudio

#### 3.1 Reiteración de jurisprudencia. Procedencia excepcional de la acción de tutela para resolver sobre el reconocimiento o reliquidación de prestaciones sociales

De conformidad con la jurisprudencia constitucional<sup>1</sup>, la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento o reliquidación de prestaciones sociales, particularmente en materia de pensiones.

En efecto, según lo ha precisado esta Corte, reiteradamente<sup>2</sup>, la acción de tutela no procede para el reconocimiento de derechos pensionales, bien se trate de pensiones de vejez, invalidez o de sobrevivientes, pues, por tratarse de derechos litigiosos de naturaleza legal la competencia prevalente, para resolver este tipo de conflictos, ha sido asignada por el ordenamiento jurídico a la justicia laboral o contenciosa administrativa según el caso, siendo entonces dichas autoridades las llamadas a garantizar el ejercicio de tales derechos, en caso que se logre demostrar su amenaza o violación.

Esta posición se fundamenta en el carácter excepcional, subsidiario y residual de ese mecanismo de amparo constitucional, según se desprende del artículo 86 de la Carta Política y de la jurisprudencia de esta Corporación, por ello afirmar lo contrario implicaría que se desnaturalizara “la esencia y finalidad de la acción de tutela como mecanismo de protección especial pero extraordinario de los derechos fundamentales de las personas y se ignoraría la índole preventiva de la labor de los jueces de tutela frente a la amenaza o vulneración de dichos derechos que les impide dictar órdenes declarativas de derechos litigiosos de competencia de otras jurisdicciones.”<sup>3</sup>

No obstante lo afirmado, la Corte ha señalado que, excepcionalmente, es posible el reconocimiento del derecho pensional, por la vía del amparo constitucional, no solo como mecanismo transitorio, caso en el cual es necesario demostrar la existencia de un perjuicio irremediable, sino también cuando el medio judicial preferente es ineficaz o no es lo suficientemente expedito para brindar una protección inmediata, circunstancias que deben ser valoradas por el juez constitucional, en cada caso particular.

En tal sentido esta Corporación ha precisado que la acción de tutela procede para el reconocimiento o reliquidación de pensiones, cuando los titulares de esos derechos son personas de la tercera edad y, por su condición económica, física o mental, dada su condición de debilidad manifiesta, pueden exigir un tratamiento especial y diferencial, respecto del que se dispensa a los demás miembros de la comunidad.<sup>4</sup>

En tales casos, se ha considerado que la tardanza o demora en la definición de los conflictos relativos al reconocimiento y reliquidación de la pensión de vejez, a través de los mecanismos ordinarios de defensa, sin duda puede llegar a afectar los derechos de las personas de la tercera edad al mínimo vital, a la salud, e incluso a su propia subsistencia, lo que en principio justificaría el desplazamiento excepcional del medio ordinario y la intervención plena del juez constitucional, precisamente, por ser la acción de tutela un procedimiento judicial preferente, breve y sumario de protección de los derechos fundamentales.

El criterio de interpretación acogido por la jurisprudencia constitucional, tiene entonces como fundamento los artículos 13 y 46 de la Carta, los cuales le imponen al Estado, por una parte, el deber de brindar una protección especial “a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta”, y por la otra, la obligación de concurrir, con la colaboración de la sociedad y la familia, a “la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad...”

Ahora bien, no sobra aclarar en este punto, que la condición de persona de la tercera edad no constituye por sí misma razón suficiente para definir la procedencia de la acción de tutela en estos casos,<sup>5</sup> pues “la sola y única circunstancia de que uno o varios de los peticionarios pertenezca a la tercera edad no hace necesariamente viable la tutela, si no está probado a la vez que su subsistencia o su mínimo vital pueden estar comprometidos de modo inminente.”<sup>6</sup>

En efecto, para que el mecanismo de amparo constitucional pueda desplazar la vía judicial ordinaria o contenciosa, es también condición necesaria acreditar que el daño impetrado al solicitante afecta materialmente sus derechos fundamentales o aquellos que lo son por conexidad -como la dignidad, el mínimo vital, la salud y la subsistencia digna-, e igualmente que al tramitar el litigio por el otro mecanismo de defensa se haría nugatorio el ejercicio y disfrute de los derechos, haciendo mucho más gravosa la situación particular del afectado. 7

Con fundamento en el criterio general expuesto, según el cual la acción de tutela es procedente para reconocer derechos pensionales, únicamente cuando el juez constitucional llegue a la convicción de que es necesario brindar una protección urgente e inmediata que no es posible lograr a través del mecanismo ordinario de defensa, la jurisprudencia reiterada<sup>8</sup> de esta Corporación, ha señalado que la viabilidad del amparo en esos casos exige la acreditación de un perjuicio irremediable,<sup>9</sup> circunstancia a la cual se llega previa ponderación por parte del juez de ciertos requisitos:<sup>10</sup>

- (i) Se trata de una persona de la tercera edad, considerada sujeto de especial de protección;
- (ii) La falta de pago de la prestación o su disminución, genera un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital. 11
- (iii) El afectado ha desplegado cierta actividad administrativa y judicial, tendiente a obtener la protección de sus derechos, y

(iv) El interesado acredita, siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados.

De este modo deberá analizarse, en cada caso concreto, si se verifican los requerimientos antes relacionados, a fin de declarar la procedencia del amparo constitucional, como mecanismo transitorio, sin perjuicio de la existencia de una vía judicial eficaz para controvertir de manera definitiva la vulneración<sup>12</sup>.

3.2 La acción de tutela procede contra un acto administrativo que niega una pensión de jubilación, cuando pueda ponerse en evidencia la existencia de una vía de hecho.

Esta Corporación en reiterada jurisprudencia ha señalado que el debido proceso es un derecho fundamental exigible tanto en las decisiones judiciales como en las administrativas<sup>13</sup> y que cuando las garantías constitucionales se conculcan, las autoridades que así actúan incurren en vía de hecho.<sup>14</sup>

También esta Corte ha precisado que la acción de tutela contra actos administrativos procede excepcionalmente, debido a la existencia de otros mecanismos de defensa judicial establecidos para que las autoridades adecuen sus actuaciones al ordenamiento y que la prosperidad del amparo demanda de la constatación real y cierta de la vulneración, dado que las autoridades han sido instituidas para proteger a todas las personas en sus bienes, creencias y libertades y se entiende que actúan de esa manera.<sup>15</sup>

De igual manera en la sentencia T-169 de 2003<sup>16</sup> se dijo que cuando un acto administrativo que resuelve sobre una pensión de jubilación no da aplicación a las normas referentes a un

régimen especial como es el establecido para los funcionarios de la Rama Judicial y el Ministerio Público, se puede incurrir en vía de hecho.

En la Sentencia SU-132 de 200217, por su parte la Corte precisó que se puede incurrir en una vía de hecho, cuando: (1) presente un grave defecto sustantivo, es decir, cuando se encuentre basada en una norma claramente inaplicable al caso concreto; (2) presente un flagrante defecto fáctico, esto es, cuando resulta evidente que el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado; (3) presente un defecto orgánico protuberante, el cual se produce cuando el fallador carece por completo de competencia para resolver el asunto de que se trate; y, (4) presente un evidente defecto procedural, es decir, cuando el juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite a determinadas cuestiones.”

En suma, una vía de hecho se produce cuando el juzgador, en forma arbitraria y con fundamento en su sola voluntad, actúa en franca y absoluta desconexión con la voluntad del ordenamiento jurídico.”<sup>18</sup>

### 3.3 Aplicación del principio de favorabilidad en la interpretación y aplicación de la Ley.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

La Corte ha señalado que de acuerdo con lo previsto en el artículo 53 de la Carta Política y lo reglado en el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo,<sup>19</sup> en caso de duda por existir dos o más fuentes formales de derecho aplicables a una situación deberá preferirse la que favorezca al trabajador. Y, ante dos o más interpretaciones posibles de una norma, también deberá preferirse la que lo beneficie.<sup>20</sup>

Así lo ha señalado esta Corporación en diferentes oportunidades entre las cuales destacamos

las Sentencias T-055 y T-056 de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentería, T-047 de 2005, T-255 y T-080 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-345 de 2005 y SU-120 de 2003, M.P. Alvaro Tafur Galvis, T- 056 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-449 de 2004 Rodrigo Escobar Gil, T-555 de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz, T-800 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-01 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández.

De igual manera, al tenor de lo previsto en el artículo 230 de la Carta Política, el principio pro operario es un referente obligado del fallador<sup>21</sup>, en su labor de solventar asuntos del derecho del trabajo no contemplados explícitamente en el ordenamiento.<sup>22</sup>

El sentido protector del derecho del trabajo se refleja, entonces, en la solución de conflictos normativos, en la interpretación de preceptos dudosos y en la solución de situaciones no reguladas en beneficio de la parte débil de la relación; porque las normas laborales tienen, como fin último, el equilibrio de las relaciones del trabajo.

#### 4. Análisis del caso sujeto a examen

Como se expresó anteriormente de acuerdo con la jurisprudencia reiterada de esta Corporación<sup>23</sup>, la acción de tutela en principio no procede cuando lo que se pretende es el reconocimiento de derechos pensionales, pues el conocimiento de este tipo de conflictos ha sido asignado por el ordenamiento jurídico a la justicia laboral o contenciosa administrativa según el caso.

No obstante lo anterior, ante la existencia de un perjuicio irremediable el juez de amparo deberá intervenir, para evitar su realización o al menos mitigar sus efectos.

Ahora bien, el actor demanda que el juez constitucional le ordene al Seguro Social la reliquidación de su pensión de vejez y para el efecto expone que el 29 de enero de 1985, cuando entró en vigencia la Ley 33 de 1985 (la cual tuvo vigencia hasta el 18 de diciembre de 1988 cuando empezó a regir la Ley 71 de 1988), acreditaba más de 15 años de servicio al Estado, pues había laborado en la Alcaldía de Pasto -1 año, 4 meses y 5 días-, en la Contraloría General de la República -4 años, 7 meses y 28 días-, en el Consejo Superior de la Judicatura -3 años, 4 meses, 10 días-, en el Seguro Social -8 años, 5 meses y 5 días-, para un total de 16 años, 20 meses y 48 días.

En este punto es oportuno recordar el texto del inciso 1º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985<sup>24</sup> que invoca el actor en la demanda, el cual establece:

“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 aporte durante el último año de servicio.” (negrilla y subrayado adicionado)

Así mismo cabe mencionar que el Parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985 dispone:

“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.”

De otra parte, no sobra advertir, que la Ley 71 de 1988 hizo extensivo los dictados de la Ley 33 de 1985 a todos los trabajadores.

En tal sentido los artículos 7º y 11 de la Ley 71 de 1988, disponen:

“Artículo 7º. A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social o de las que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas.”

“Artículo 11. Esta Ley y las Leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 4a. de 1976, 44 de 1980, 33 de 1985, 113 de 1985 y sus decretos reglamentarios, contienen los derechos mínimos en materia de pensiones y sustituciones pensionales y se aplicarán en favor de los afiliados de cualquier naturaleza de las entidades de previsión social, del sector público en todos sus niveles y de las normas aplicables a las entidades de previsión social del sector privado, lo

mismo que a las personas naturales y jurídicas, que reconozcan y paguen pensiones de jubilación, vejez e invalidez" (negrilla adiconada).

El actor sostiene igualmente, que nació el 10 de julio de 1936, es decir que adquirió el status jurídico de pensionado el 10 de julio de 1996, en vigencia de la Ley 100 de 1993 y, concluye, que por tanto es beneficiario del régimen de transición y puede exigir que su pensión de vejez se liquide como lo dispone el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a cuyo tenor:

"La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o 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..." (negrilla adiconada)

Aparece claro entonces, que de acuerdo con lo reglado en el inciso primero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el señor Noguera Paz tiene derecho a exigir que el monto de su pensión corresponda a lo previsto "en el régimen anterior al cual se encuentr[e] afiliad[o]", tal como lo dispone el inciso segundo de la misma disposición, como quiera el 1º de abril de 1994 tenía más de cuarenta (40) años de edad.

Ahora bien, como lo indican los antecedentes el Seguro Social expidió las Resoluciones Nos. 029029 de 2002 y 00074 de 2004 para reconocer y liquidar la pensión a la que tiene derecho el actor, con fundamento en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que dice:

“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 hiciere falta para ello, a el cotizado durante todo el tiempo si este fuera superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de Precios al Consumidor según certificación que expide el DANE”.

Expone la entidad accionada que “el asegurado se encuentra protegido por el régimen de transición y que por consiguiente, el reconocimiento de la PENSION DE VEJEZ es viable teniendo en cuenta la edad el tiempo de servicio y el monto que en el régimen anterior a la vigencia del Sistema General de Pensiones le era aplicable, en este caso el establecido en la Ley 71 de 1988” -la Resolución No. 029029 de 2002- (negrilla adicionada)

Reconoce el Seguro Social que al actor le es aplicable el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto al momento de entrar en vigencia el sistema general de pensiones, es decir al 1º de abril de 1994, tenía 40 años y más 15 años de servicios cotizados, pero aclara que “únicamente 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.”

Señala además que la aplicación de la Ley 71 de 1988 “se encuentra inmersa dentro de los

regímenes pensionales los cuales son respetados por la Ley 100/93, en relación con la edad el tiempo de servicio y el monto de la pensión de vejez."

Precisa también que "[I] a liquidación de la pensión se efectúa tomando el promedio de lo cotizado durante el tiempo que le hacia falta para tener derecho a la pensión a la fecha de entrada en vigencia el Sistema General de Pensiones, actualizado anualmente con el I.P.C., conforme a lo indicado por el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Los factores salariales a tener en cuenta son los señalados en el Decreto 1158 de 1994" - Resolución No. 00074 del 16 de febrero de 2004-.

Dice así la decisión

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

"El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltaren menos de 10 años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que 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 expide el DANE."

Ahora bien, el actor sostiene que, de acuerdo con las Resoluciones referidas, el Seguro Social le reconoce la tercera parte del valor a que realmente tiene derecho, toda vez que en lugar de liquidar el monto de su prestación con base en el sueldo promedio devengado durante el último año de servicio, es decir el 75% de \$4.619.594 - \$3.464.695.50-, utiliza el promedio de los veintisiete meses últimos de actividad laboral, para un total de solo \$1.184.730.

Anota que el Seguro Social atenta contra su derecho a la favorabilidad, a la integridad de la medida pensión y a la inescindibilidad de la prestación y quebranta en consecuencia sus derechos al debido proceso y a la protección a la que tienen derecho las personas de la tercera edad, pues la entidad optó por liquidar su prestación desconociendo la norma que lo beneficia, aunque acepta que tiene derecho a gozar del régimen de transición, previamente definido en la ley y en la jurisprudencia.

Al respecto, trae a colación algunos apartes de la Sentencia de la Sección Segunda de la Sección Segunda Subsección B de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, reiterada por la misma Corporación, que resolvió una situación análoga a la suya:

Dijo la Sección en cita, lo siguiente:

“Son elementos de la esencia del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión, previstos en la normatividad anterior. Si se altera alguno de tales presupuestos, el régimen de transición, deja de ser un beneficio. Si se liquida la pensión como lo indica el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se afecta el monto de la pensión y de paso también se afecta el beneficio que constituye la esencia del régimen de transición, pues una es la forma de liquidar la pensión prevista en la normatividad anterior y otra como lo prevé la nueva ley.”<sup>25</sup>

Más adelante dicha Corporación, sostiene:

“Se repite, el régimen de transición es un beneficio que la ley confiere al servidor que cumple los presupuestos que ella misma señala, consistentes en que, para efectos del reconocimiento y pago de la pensión, en cuanto a los aspectos de edad, tiempo de servicio y monto de la pensión. **SE APLICA EN SU INTEGRIDAD** la normatividad anterior.” (Mayúsculas y negrillas adicionadas).

Igualmente la mencionada providencia señala:

“Es cierto que el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dispone que la base para liquidar la pensión de las personas referidas en el inciso segundo del mismo artículo, “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 expide el DANE”. **NO OBSTANTE, SI SE APLICA ESTA DISPOSICIÓN AL (CASO PRESENTE, SE AFECTA EL MONTO DE LA PENSIÓN Y EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DEJA DE SER UN BENEFICIO**, pues como se desprende de los actos acusados, si se aplica en su integridad la normatividad anterior a la Ley 100 de 1993, la liquidación de la pensión arroja la suma de \$ 299.670.00, en cambio si se aplica el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dicho valor se disminuye considerablemente, pues según la demanda, quedaría en un valor de \$171.179,34” (mayúsculas y negrillas adicionadas).

En la oportunidad que se reseña la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso

Administrativo del Consejo de Estado se pronunció, además, sobre la obligación de acudir a la norma favorable, en cada caso, de manera integral, no sólo en los términos del artículo 53 de la Constitución Política, sino debido a que entre dos opciones posibles las autoridades judiciales y administrativas no pueden construir una tercera.

“No aplicar en su integridad la normatividad legal anterior a la vigencia de la ley 100 de 1993, con el propósito de disminuir el monto de la pensión de la servidora, implica además de desconocer el principio mínimo fundamental consagrado en el artículo 53 de la Carta Política que establece “la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las frentes formales del derecho”.

Así mismo, al aplicar el Régimen de Transición, como sucede en el caso presente, aplicando las disposiciones legales anteriores consagratorias de los requisitos de edad y tiempo de servicio, por una parte, y por otra, aplicar la nueva ley para establecer la base de liquidación de la pensión, se incurre en violación del principio de “inescindibilidad de la ley” que prohíbe dentro de una sana hermenéutica desmembrar las normas legales, rompiendo de tal manera el principio de la seguridad jurídica.”

Reiteró, la citada Sección la Sentencia C-168 de 1995, providencia en la que esta Corte se refirió al derecho de los trabajadores a la condición más beneficiosa, Indica la decisión:

“La Corte Constitucional, en sentencia C-168/95, al conocer de la acción de inconstitucionalidad propuesta contra algunas disposiciones del artículo 36 de la Ley 100 de

1993, en relación con la situación más beneficiosa para el trabajador, expresó:

De otra parte, considera la Corte que la “condición más beneficiosa” para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto, cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. En nuestro ordenamiento superior (ART. 53) el principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos: “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las frentes formales del derecho”, precepto que debe incluirse en el estatuto del trabajo que expida el Congreso.

De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas frentes formales del derecho (Ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas, acoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica frente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones, **LA NORMA ASÍ ACOGIDA DEBE SER APLICADA EN SU INTEGRIDAD, YA QUE NO LE ESTÁ PERMITIDO AL JUEZ ELEGIR DE CADA NORMA LO MÁS VENTAJOSO O CREAR UNA TERCERA, PUES SE ESTARÍA CONVIRTIENDO EN LEGISLADOR.**” (Mayúsculas y negrillas adicionadas).

Para concluir la Sección Segunda, en cita, sostuvo:

“En armonía con lo anterior, concluye la Sala, el inciso segundo del

artículo 36 de la Ley 100 de 1993, consagró el régimen de transición, consistente en que las personas que cumplan las hipótesis allí previstas, en cuanto a edad, tiempo de servicio y

monto de la pensión, se les aplica en su integridad el régimen anterior que las regula y beneficia. Si se aplica el inciso tercero del mismo artículo 36 de la citada ley, para establecer la base de liquidación de la pensión, SE ESCINDE LA LEY, pues la normatividad anterior (Ley 33 de 1985) señala la forma de liquidar la pensión, se desnaturaliza el régimen, y se dejaría de aplicar el principio de favorabilidad de la ley en los términos ya indicados."

De igual manera la misma Sala y corporación, mediante Sentencia del 6 de febrero de 200326 al resolver sobre la norma aplicable para resolver el monto de la pensión de jubilación de quien reclamaba por el monto de la prestación, llegó a la conclusión que en caso de duda sobre la aplicación de los incisos segundo o tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 debe preferirse el primero de los nombrados por ser el más favorable. En efecto dijo ese fallo:

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

"Al quedar sin vigencia la norma precitada<sup>27</sup>, el ingreso para las personas bajo el régimen de transición a quienes les faltaren menos de 10 años para adquirir el derecho, quedó constituido por el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello. Sin embargo, la Sala ha sostenido que el régimen precedente relativo a edad, tiempo de servicio y monto de la pensión, aplicable en virtud de la especial situación que consagró la norma para proteger el derecho de quienes se hallaban subsumidos dentro del tránsito normativo, regula la materia relacionada con el ingreso. Razonó así la Corporación:

"Ahora bien, según la norma transcrita, el actor tiene derecho a jubilarse con 55 años de edad, con 20 años de servicio y con el monto de la pensión, establecidos en el régimen anterior a la vigencia de la ley 100.

Monto, según el diccionario de la lengua, significa “Suma de varias partidas, monta.” Y monta es “Suma de varias partidas.” (Diccionario de la Lengua “Española”, Espasa Calpe S.A., Madrid 1992, tomo II, páginas 1399-1396).

Advierte la Sala, conforme a la acepción de la palabra “monto” que cuando la ley la empleó no fue para que fuera el tanto por ciento de una cantidad, como decir el 75% de alguna cifra, pues el porcentaje de la cuantía de una pensión, es solo un número abstracto, que no se aproxima siquiera a la idea que sugiere la palabra monto, de ser el resultado de la suma de varias partidas, sino la liquidación aritmética del derecho, que precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de los factores que deben tenerse en cuenta y que debe hacerse, según el referido artículo 36, con apoyo en las normas anteriores a la ley 100.

Por manera que si las personas sometidas al régimen de transición deben jubilarse con la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión gobernados por las normas anteriores a la ley 100, no ve la Sala cuáles son las demás condiciones para acceder al derecho, que según la última regla del inciso 2º en análisis se rigen por dicha ley.

De otro lado, la Sala también observa que en el inciso 3º del artículo 36, están previstos un ingreso base y una liquidación aritmética diferente a la que dedujo la Sala de la interpretación del inciso 2º, puesto que del monto que se rige por las normas anteriores se infiere un ingreso base regido igualmente conforme al ordenamiento jurídico anterior, lo cual pone de presente la redacción contradictoria de tales normas, que conduce necesariamente a la duda en su aplicación y, por ende, por mandato del artículo 53 de la Constitución Política a tener en cuenta la más favorable, o sea la primera regla del inciso 2º.” (Sent. de sept. 21/00. Exp. 470/99. Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección “A”, Cons. Pon. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda)

Sobre los alcances del régimen de transición para los funcionarios de la Rama Judicial - aplicable en lo pertinente al caso en estudio- el Consejo de Estado en sentencia de 8 de junio de 2000, proferida dentro del expediente 2729-99 C.P Alejandro Ordóñez Maldonado, sostuvo que:

“Con anterioridad a la Ley 100 de 1993, regía la Ley 33 de 1985 la cual en el artículo 1º dispuso que el empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años, 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. En el inciso segundo de la misma disposición prescribió que no quedaban sujetos a esa regla, las personas que disfrutaran de un régimen especial de pensiones.

(..)

Lo anterior se explica porque el régimen de transición es un beneficio que la ley concede al servidor, consistente en que se le aplican las disposiciones legales anteriores para efectos del reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando se cumplan las hipótesis que la misma norma de transición consagra.

(..)

Se agrega a lo anterior que, son de la esencia del régimen de transición, la edad el tiempo de servicio y el monto de la pensión. Si se altera alguno de esos presupuestos se desconoce dicho beneficio. En el caso presente, al establecer la cuantía de la pensión con base en lo

devengado por el causante durante los últimos 10 años de servicios, se afecta el monto de la pensión y de paso se desnaturaliza el régimen.

Pues no es igual establecer el monto de la cuantía de la pensión, en los términos señalados en la Ley 100 de 1993, como lo ordena el artículo 6º del Decreto 546 de 1971. Al realizar las respectivas operaciones aritméticas, arrojan sumas distintas y con la nueva ley la cuantía de la mesada pensional resulta disminuida.”

En otra decisión sobre el mismo punto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado<sup>28</sup> consideró que, en los términos del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, el promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios deberá actualizarse, a la fecha en la cual se reconoció la pensión de jubilación, para establecer el valor de la mesada pensional.

“Estima el demandante que la actualización de la pensión de jubilación debe efectuarse porque así lo contemplan varias normas, en especial el artículo 36 – se entiende que el inciso 3 – de la ley 100 de 1993 que “establece la actualización de los valores cotizados con base en la variación del índice de precios al consumidor certificado por el Dane” ( Fl. 35).

Si bien la Sala confirmará lo resuelto por el a quo y, en tal sentido, comparte la pretensión del libelista sobre la actualización del IBL para reliquidar su pensión de jubilación, estima que el fundamento normativo para proceder en tal sentido no es el indicado por el demandante – inciso 3 del artículo 36 de la ley 100 de 1993 – , pues dicha hipótesis se aplica cuando la persona ha devengado durante el tiempo que le resta para cumplir los requisitos de la

pensión de jubilación, circunstancia que no se presenta en este caso, sino el inciso 2 del artículo 36 de la ley 100 de 1993 en cuanto ordena mantener para las personas beneficiarias del régimen de transición el “monto de la pensión de vejez”, salvaguarda que no se respetaría de tomar como IBL el promedio de lo devengado durante el último año de servicios, 1 de mayo de 1992 a 30 de abril de 1993, sin actualizarlo a la fecha en la cual se produjo el reconocimiento de la pensión, 2 de diciembre de 1996.

Así las cosas, en orden a respetar el régimen de transición que cobija al demandante, particularmente en cuanto a la conservación del monto de la pensión previsto en el régimen anterior, resulta procedente que se reliquide dicha prestación actualizando en IBL correspondiente al promedio de lo devengado durante el último año de servicios, 1 de mayo de 1992 al 30 de abril de 1993, a la fecha en la cual se produjo el reconocimiento de la pensión de jubilación, 2 de diciembre de 1996.

Si bien la aludida ley 33 de 1985 no contempla la actualización de la base salarial para el reconocimiento y pago de pensiones en circunstancias como la del demandante es innegable que en economías inestables como la nuestra el mecanismo de la revalorización de las obligaciones dinerarias se convierte en una medida de equidad y de justicia que permite mantener el valor real de las acreencias.

En el presente caso no cabe duda de que no tiene el mismo poder adquisitivo el IBL del promedio de lo devengado durante el último año de servicios, 1 de mayo de 1992 a 30 de abril de 1993, que el mismo IBL actualizado a la fecha de reconocimiento de la pensión de jubilación, 2 de diciembre de 1996.

Para resolver se considera:

El actor indica que Seguro social, violó el régimen de transición al aplicar erróneamente el inciso tercero, en lugar de aplicar el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y por ello desconoció el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 que ordena liquidar su pensión de vejez con el último año de servicios, violando en consecuencia el principio constitucional de favorabilidad, integridad e inescindibilidad y por ende sus derechos constitucionales fundamentales.

Además, destaca su condición de persona de la tercera edad, a quien la entidad accionada vulnera sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la subsistencia y al mínimo vital.

El Seguro Social, en las Resoluciones emitidas para resolver el derecho del actor a la pensión de vejez y resolver sobre el recurso de apelación, interpuesto por el afectado para que el monto de la mesada consulte la normatividad constitucional y legal, no obstante reconocer que el doctor Noguera Paz tiene derecho al régimen de transición, se aparta del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, como lo preceptúa el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y en su lugar liquida la prestación, con fundamento en el promedio de los últimos dos años, como lo prevé el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, lo primero que debe señalarse, en el presente asunto, es que las divergencias entre el actor y el ISS accionado en razón del monto de su mesada pensional, deberán ser definidas por los jueces laborales, habida cuenta que el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo asigna a aquellos el conocimiento de las discrepancias surgidas entre los afiliados al Régimen de Seguridad Social Integral y las Entidades Públicas y Privadas que lo conforman, de donde se deduce, además, que los litigios entre las entidades públicas que “en estricto sentido no hacen parte del (...) Sistema Integral de Seguridad Social”<sup>29</sup> y sus afiliados, debe resolverlos la jurisdicción contencioso administrativa.<sup>30</sup>

No obstante lo expresado anteriormente y en consideración a que el actor somete a consideración del Juez Constitucional una situación apremiante y aboga por un amparo que mitigue su situación, esta Sala deberá ordenar a la accionada resolver el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la Resolución 29029 de 2002, con fundamento en las previsiones constitucionales y legales sobre la aplicación de los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de la manera más favorable al pensionado y consultando el derecho del mismo a mantener el monto adquisitivo de la prestación, en tanto el asunto es resuelto por la jurisdicción ordinaria, toda vez que se estima que actor cumple con los requisitos establecidos en el inciso tercero del artículo 86 de la Carta Política, desarrollado por el artículo 8º del Decreto 2591 de 199131.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

En efecto, para el caso se encuentra demostrado que el doctor Vicente Noguera Paz cuenta con más de 70 años de edad, sufre serios quebrantos de salud que le impiden procurar su propia subsistencia y la de su familia y recibe una mesada pensional, que no le permite atender su mínimo vital,

Ciertamente, el accionante acredita i) que sus gastos mensuales ascienden al orden de \$3.184.187, que el valor de la pensión que actualmente recibe es de \$1.348.986, ii) que afronta una grave situación económica y iii) que padece de diferentes patología, tales como hiperplasia prostática y hemorroides grado III y el pos operatorio por ruptura de manguito rotador en hombro izquierdo, estado que le impide, al decir de los facultativos que lo atienden, desempeñarse en el ejercicio de la profesional de abogado.

De otro lado, tal como lo reconoce la entidad accionada, “los periodos laborales únicamente con entidades públicas y los trabajados al ISS como trabajador oficial los cuales ascienden 7981 días (1140 semanas, 22 años), resultan suficientes para la pensión reconocida a la luz de la Ley 71 de 1988” –Resolución 29029 6 diciembre de 2002-.

En ese orden de ideas, se estima, que si bien el actor cuenta con otra vía para reclamar la reliquidación de la pensión solicitada, la acción de tutela es procedente, como mecanismo transitorio, para conjurar en forma inmediata la vulneración de los derechos fundamentales invocados en la demanda. Ello en razón de que el Dr. Noguera Paz tiene derecho a afrontar con dignidad el litigio que deberá emprender -si no lo ha iniciado todavía-, con miras a que la jurisdicción del trabajo defina el monto de su mesada pensional.

Por tanto, se ordenará al Seguro Social, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, deje sin valor ni efecto la Resolución No. 00074 de 16 de febrero de 2004, mediante la cual resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución N° 029029 del 6 de diciembre de 2002 y en su lugar resuelva el recurso, con fundamento en la normas legales y en la jurisprudencia constitucional y legal, relativa al derecho de las personas beneficiadas por el régimen de transición de exigir que su mesada pensional se liquide conforme lo señalan el inciso segundo o tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de la manera más beneficiosa, manteniendo en todo caso el poder adquisitivo de la prestación<sup>32</sup>.

Lo anterior con el fin de que el demandante puede afrontar los trámites administrativos y judiciales tendientes a definir su situación pensional, sin el apremio que le comporta, en el momento, no contar con los recursos para proveer sus necesidades, y como quiera que el Estado, la sociedad y la familia están en el deber de concurrir a la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad, a la vez de promover su integración a la vida activa y comunitaria, en los términos del artículo 46 de la Carta Política.

En consecuencia, la Sala habrá de revocar las decisiones que se revisan y, en su lugar, conceder la protección invocada, hasta tanto la jurisdicción ordinaria decida, en definitiva, sobre la demanda que en ese sentido deberá instaurar el doctor Noguera Paz.

### III. DECISION

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

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR las sentencias proferidas por el Juzgado 39 Penal del Circuito y por la Sala Penal del H. Tribunal Superior, ambos de Bogotá, del 16 de agosto de 2005 y el 29 de septiembre de 2005, dentro de la acción de tutela instaurada por José Vicente Noguera Paz contra el Seguro Social -Seccional Cundinamarca-.

SEGUNDO. CONCEDER al actor, de manera transitoria, el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la protección especial a la que tienen derecho las personas de la tercera edad.

En consecuencia el Seguro Social, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, dejará sin efecto la Resolución No. 00074 proferida el 16 de febrero de 2004, para resolver el recurso de apelación interpuesto por el señor José Vicente Noguera Paz contra la Resolución N° 029029 del 6 de diciembre de 2002 y en su lugar procederá a pronunciarse nuevamente sobre el recurso interpuesto, teniendo en cuenta para ello, la jurisprudencia constitucional y legal.

TERCERO.-Advertir a las partes que esta tutela permanecerá vigente durante todo el tiempo que la justicia ordinaria utilice para decidir de fondo las pretensiones del actor relativas al mismo asunto. PREVENIR en consecuencia al actor, sobre su obligación de instaurar, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de esta providencia, la acción ordinaria correspondiente -si aún no lo ha hecho- y actuar en el proceso de manera diligente, para disfrutar de la protección que se concede, en los términos del artículo 8º del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO.-Por Secretaria LÍBRESE la comunicación prevista por el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

CON SALVAMENTO DE VOTO

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA T-236 DE 2006 DEL MAGISTRADO JAIME ARAUJO  
RENTERIA

ACCION DE TUTELA PARA RELIQUIDACION DE PENSIONES-No se presentaban los requisitos de  
inmediatez y de subsidiariedad para la procedencia (Salvamento de voto)

Considero que en el presente caso no se cumplen dos requisitos necesarios para la  
procedencia del amparo constitucional de tutela: el primer requisito hace referencia a la  
subsidiariedad de la acción de tutela cuando ya se han ejercido todos los medios judiciales a  
que se podía acudir y no queda otro mecanismo de defensa judicial para la protección de los

derechos fundamentales. En el presente caso, considero que la acción de tutela se escogió como vía para suplantar la vía judicial ordinaria, así como para revivir los términos procesales ya caducados en las vías judiciales ordinarias.

Referencia: expediente T-1230214

Acción de tutela instaurada por José Vicente Noguera Paz contra el Seguro Social -Seccional Cundinamarca-.

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Con el respeto acostumbrado por las decisiones mayoritarias de esta Sala de Revisión, me permito salvar mi voto a la presente sentencia de tutela, en sede de revisión, por las siguientes razones que a continuación enuncio:

Considero que en el presente caso no se cumplen dos requisitos necesarios para la procedencia del amparo constitucional de tutela: el primer requisito hace referencia a la subsidiariedad de la acción de tutela cuando ya se han ejercido todos los medios judiciales a que se podía acudir y no queda otro mecanismo de defensa judicial para la protección de los derechos fundamentales. En el presente caso, considero que la acción de tutela se escogió como vía para suplantar la vía judicial ordinaria, así como para revivir los términos procesales ya caducados en las vías judiciales ordinarias.

El segundo requisito, se refiere a la exigencia de inmediatez, establecida vía jurisprudencial por esta Corte para la procedencia de la acción de tutela, ya que la tutela se presentó 17 meses después de la Resolución No.071 del Seguro Social en que se resolvió negativamente al actor la impugnación presentada frente a la Resolución No.029029 de 2002 que le reconoció la pensión vejez al mismo. En este caso, la falta del requisito de inmediatez está ligada con la falta del requisito de subsidiariedad, ya que transcurrido y caducados los términos para las acciones por la vía judicial ordinaria se presentó la tutela en cuestión.

Por las anteriores razones, disiento de la presente decisión.

Fecha ut supra,

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

1 Ver entre otras las Sentencias T-607, T-562, T-487, T-432, T-386 y T-159 de 2005, T-245 T-812 y T-083 de 2004, T-463 de 2003, T-1042 y T- 634 de 2002, T-1316 y, T-977 de 2001, T-1116 y T-886 de 2000, T-612 de 2000, T-618 y T-325 de 1999, T-718 y T-116 de 1998, T-637 de 1997, T-371 de 1996, T-456 de 1994 y T-426 de 1992.

2 Ver Sentencias T-776 y T-245 de 2005, M.P., Alfredo Beltrán Sierra, T-607 y T-562 de 2005

M.P., Marco Gerardo Monroy Cabra, T-1089, T-1066, T- 692 y T-487 de 2005 y T- 692 de 2004  
M.P. Alvaro Tafur Galvis

3 Sentencia T-660/1999. M.P. Alvaro Tafur Galvis.

4 T-487 de 2005 M.P. Alvaro Tafur Galvis y T-083 de 2004 M.P. Rodrigo Escobar Gil, entre otras.

5 Ver, entre otras, la Sentencia T-463 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

6 Sentencias T-301 de 1997 M.P, José Gregorio Hernández y T-908 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

7 Sentencia T-083 de 2004.

8 En la Sentencia SU-975 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte hizo expresa referencia a estos criterios de ponderación en materia de reconocimiento de derechos pensionales por vía de tutela, consolidando el precedente fijado por la propia jurisprudencia en un sinnúmero de fallos dictados por las distintas Salas de Revisión.

9 En relación con el perjuicio irremediable, la Corte ha establecido igualmente un mínimo de requisitos para que éste se pueda configurar:

i) El perjuicio tiene que ser inminente, es decir, que esté próximo a suceder, lo que significa que se requiere contar con los elementos fácticos suficientes que así lo demuestren, en razón a la causa u origen del daño, a fin de tener la certeza de su ocurrencia.

ii) el perjuicio debe ser grave, es decir, representado en un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona, puede ser moral o material, y que sea susceptible de determinación jurídica.

iii), el perjuicio producido o próximo a suceder, requiere la adopción de medidas urgentes que conlleven la superación del daño, lo que se traduce en una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio y que esa respuesta armonice con las particularidades de cada caso.

vi) la medida de protección debe ser impostergable, o sea, que no pueda posponerse en el

tiempo, ya que tiene que ser oportuna y eficaz, a fin de evitar la consumación del daño antijurídico irreparable.<sup>9</sup>

10 Ver sentencia T-432 de 2005 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

11 Con referencia a la exposición de los alcances de la protección del derecho al mínimo vital Cfr. Corte Constitucional, sentencias SU-995 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-084 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil, y SU-975 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, entre otras.

12 Sentencia T-159/05, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

13 Cf. Sentencia T - 214 de 2004 M.P. Eduardo Montealegre Lynett y T-581 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

14 En la sentencia T -214 de 2004 M.P. Eduardo Montealegre Lynett se señaló lo siguiente:

“Aunque el derecho al debido proceso administrativo adquirió rango fundamental, ello no significa que la tutela sea el medio adecuado para controvertir este tipo de actuaciones. En principio, el ámbito propio para tramitar los reproches de los ciudadanos contra las actuaciones de la administración es la jurisdicción contenciosa administrativa quien está vinculada con el deber de guarda y promoción de las garantías fundamentales<sup>14</sup>. Es en este contexto donde demandados y demandantes pueden desplegar una amplia y exhaustiva controversia argumentativa y probatoria, teniendo a su disposición los diversos recursos que la normatividad nacional contempla. El recurso de amparo sólo será procedente, en consecuencia, cuando la vulneración de las etapas y garantías que informan los procedimientos administrativos haya sido de tal magnitud, que los derechos fundamentales de los asociados no cuentan con otro medio de defensa efectivo<sup>14</sup>. El recurso de amparo, como sucede en la hipótesis de protección de todos los derechos fundamentales, es subsidiario y residual, lo que implica que si la persona cuenta con un medio de defensa efectivo a su alcance o, habiendo contado con el mismo, de manera negligente lo ha dejado vencer, la tutela devendrá improcedente. En caso de existir otro medio de defensa, procede la tutela como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable” <sup>14</sup>

15 Ver Sentencias T-1164 y T-806 de 2004.

16 M.P. Jaime Araujo Rentería.

17 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

18 Sentencia SU- 132 de 2002.

19 “En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad.

20 En la sentencia T-800 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz, se dijo:

“Esta Corte ha admitido que extraordinariamente procede la acción de tutela, en los eventos en los cuales los derechos fundamentales son desconocidos por decisiones que entran en abierta incompatibilidad con las normas constitucionales o legales aplicables al caso constituyéndose así, verdaderas actuaciones de hecho. Justamente por serlo -ha sido el criterio doctrinal de esta Corporación-, tales comportamientos de los jueces no merecen el calificativo de “providencias”, a pesar de su apariencia, en cuyo fondo se descubre una inadmisible trasgresión de valores, principios y reglas de nivel constitucional.

Así, la regla general -señalada por esta Corte-, que rechaza como improcedente la tutela cuando se trata de controvertir interpretaciones judiciales acogidas por el juez en detrimento de otras igualmente válidas, admite, por expreso mandato constitucional, la excepción que surge del artículo 53 de la Constitución.

En dicha norma el Constituyente consagró derechos mínimos de los trabajadores, es decir, derechos inalienables, que no pueden disminuirse, renunciarse, ni es factible transigir sobre ellos; que se imponen inclusive al legislador y desde luego a los jueces y a los funcionarios administrativos.

Entre tales derechos se encuentra el que surge de la aplicación del principio de favorabilidad, que la Constitución entiende como “...situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho...”.

Siendo la ley una de esas fuentes, su interpretación, cuando se presenta la hipótesis de la cual parte la norma -la duda-, no puede ser ninguna diferente de la que más favorezca al trabajador. Ella es obligatoria, preeminente e ineludible para el juez.

Allí la autonomía judicial para interpretar los mandatos legales pasa a ser muy relativa: el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica. Es forzoso que el fallador entienda la norma de manera que la opción escogida sea la que beneficie en mejor forma y de manera más amplia al trabajador, por lo cual, de acuerdo con la Constitución, es su deber rechazar los sentidos que para el trabajador resulten desfavorables u odiosos. El juez no puede escoger con libertad entre las diversas opciones por cuanto ya la Constitución lo ha hecho por él y de manera imperativa y prevalente.

No ha dudado la Corte en afirmar que toda trasgresión a esta regla superior en el curso de un proceso judicial constituye vía de hecho e implica desconocimiento flagrante de los derechos fundamentales del trabajador, en especial el del debido proceso (art. 29 C.P.).

Con ponencia del Magistrado Carlos Gaviria Díaz, ya esta Corte en decisión de Sala Plena, así lo observó:

“...considera la Corte que la “condición más beneficiosa” para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. En nuestro Ordenamiento Superior el principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos: “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho”, precepto que debe incluirse en el estatuto del trabajo que expida el Congreso.

De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez

elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-168 del 20 de abril de 1995. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz). (..)

Y en la sentencia T- 555 de 2002 M.P., Fabio Morón Díaz se señaló igualmente:

"Este principio, tal como lo ha dispuesto múltiples veces esta Corporación en su jurisprudencia determina al juez, a acoger entre dos o más interpretaciones "la más favorable al trabajador", pero, naturalmente, siempre que aquella sea producto de una disparidad interpretativa resultante de la comprensión que el mismo fallador consideró posible al aplicar las reglas generales de hermenéutica jurídica y las específicas o propias del Derecho Laboral. Luego, también debe la Corte precisar que el principio de favorabilidad sólo se circumscribe a los eventos complejos de los conflictos de normas, pero que, tal como lo ha sostenido también la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, dicho principio nunca puede aplicarse entratándose de la valoración de las pruebas. Por lo tanto, en el evento en el cual las disposiciones que se adopten por parte de los jueces en materia legal, deben aplicarse en su integridad y nunca parcialmente.

Así las cosas, el principio del indubio pro operario, característico del derecho laboral y que corresponde a su naturaleza protectora, está garantizado en la Carta Política y en el ordenamiento positivo laboral, para los casos de conflicto o de duda sobre la aplicación de normas vigentes en el tiempo (ley, convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral, reglamento de trabajo), caso en el cual, prevalece la norma más favorable al trabajador, conforme lo disponen los artículo 58 y 26 superiores, pero ello no debe entenderse que se hable de favorabilidad como principio general frente a las apreciaciones o a los hechos materia u objeto de la prueba puesto que ellos pertenecen a la autonomía judicial."

21 Ver sentencias T-805 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas Hernández y T-815 de 2004 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes (E).

22 Respecto de la analogía, legis o juris, según se acuda a una norma, o a principios extraídos de diversas disposiciones, para resolver un supuesto no previsto expresamente en ninguna de las fuentes formales utilizadas, se puede consultar la sentencia C-083 de 1995 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

23 Ver, entre otras, las Sentencias T-776, T-607, T-562, T-245, T- 692 y T-487 de 2005, T-562, T-245 T-812 y T-083 de 2004, T-463 de 2003, T-1042 y T- 634 de 2002, T-1316 y T-977 de 2001, T-1116, T-886 y T-612 de 2000, T-618 y T-325 de 1999, T-718 y T-116 de 1998, T-637 de 1997, T-371 de 1996, T-456 de 1994 y T-426 de 1992.

24 “Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público”.

25 Sección Segunda Subsección B, Sentencia de 30 de noviembre de 2000, M.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, proceso 3055 2004-00.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

27 Se refiere al aparte final del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, declarado inexistente mediante Sentencia C-168 de 1995.

28 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante, Sentencia del 18 de abril de 2002, expediente 2967- 2161-2001.

29 Sentencia C-1027 de 2002 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, en esta oportunidad fue declarado exequible, por el cargo formulado, el numeral 4º del artículo 2º de la Ley 712 de 2001, por el cual se reforma el Código Laboral. En igual sentido la sentencia C-111 de 2000 M.P. Alvaro Tafur Galvis, que declaró exequible la expresión “públicas” contenida en el artículo 2º de la Ley 362 de 1997, que modificó el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo, entre otras razones, porque “no se puede perder de vista que la especialización de la jurisdicción del trabajo en la forma que se ha venido enunciando, radica en un factor objetivo que se obtiene de la naturaleza misma de las materias cuyos litigios deberá dilucidar (...) ”. Al respecto también puede consultarse la sentencia C-089 de 1997 M.P. Jorge Arango Mejía, providencia en la que se declaró inexistente la expresión “salvo en los regímenes e instituciones excepcionadas en el artículo 279 de esta ley”, toda vez que “el monto mínimo de la pensión, es también aplicable a los servidores a que se refiere el artículo 279 de la ley 100 de 1993, quienes, a pesar de hallarse excluidos del régimen general que consagra la ley integral de seguridad social, tienen derecho a que no se desconozcan las garantías y beneficios mínimos que ella ha determinado, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación” -se destaca-.

30 Sentencia T-211 de 2005 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

31 Respecto de la improcedencia de la acción de tutela para definir derechos prestacionales, dada la eficacia de los medios ordinarios previstos para el efecto, y la pertinencia del amparo transitorio para restablecer al dignidad humana de las personas cuya existencia depende de la pensión de jubilación se pueden consultar, entre otras, las sentencias T- 189 de 2001 y SU-975 de 2003.

32 En la Sentencia SU -120 de 2003 M.P. Alvaro Tafur Galvis dijo la Corte:

“Incumbe al juez confrontar la situación concreta de las personas que aspiran a acceder a la pensión en las condiciones anotadas y remediar la injusticia que se deriva de la omisión legislativa anotada, obrando en todo conforme lo habría hecho el legislador, de haber considerado la situación específica, es decir conforme con la Constitución Política. De modo que en su misión de determinar el referente para resolver las situaciones planteadas por los accionantes, sobre la base salarial para liquidar la primera mesada pensional, la accionada tenía que proceder como lo indican las normas relativas al tema, como quiera que el legislador de haber considerado las particularidades que los actores afrontan habría optado por la indexación del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios -artículo 260 C.S.T-, o por el mantenimiento del poder adquisitivo de los salarios o rentas sobre las cuales el afiliado cotizó durante los 10 años anteriores al reconocimiento, según el caso. (...) Dado que la equidad, la jurisprudencia constitucional y los principios generales del derecho laboral indican que los espacios dejados por el legislador, no pueden ser llenados por el juzgador a su arbitrio, por su mera voluntad, sino consultando los criterios auxiliares de la actividad judicial -artículo 230 C.P.-.