

DERECHO A LA PENSION DE VEJEZ

SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL-Protección

INTERPRETACION JURISPRUDENCIAL DE LOS INCISOS SEGUNDO Y TERCERO DEL ARTICULO 36 DE LA LEY 100/93-Cálculo del monto base de la pensión de los beneficiarios del régimen de transición

En primer lugar, la jurisprudencia ha establecido que los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, deben entenderse de tal manera que el ingreso base para liquidar la pensión de que habla el inciso tercero, forma parte de la noción de monto de la pensión de que habla el inciso segundo. En dicho sentido, como el monto incluye el ingreso base, entonces uno y otro se determina por un solo régimen y la excepción del inciso tercero resulta inocua. Dicha excepción sería aplicable únicamente cuando el régimen especial no estipula explícitamente el ingreso base para liquidar la pensión. Así, en el caso de los beneficiarios del régimen de transición, ambos (el ingreso base y el monto de la pensión) deben ser determinados por el régimen especial y la excepción no aplica, salvo que el régimen especial no determine la formula para calcular el ingreso base. En segundo lugar, ha agregado la Corte, que interpretar el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 de manera distinta implica que el acto que reconoce o reliquida una pensión ha desconocido el derecho a acceder a la misma, con la garantía de la protección de los derechos adquiridos y vulnerando el principio de favorabilidad, por lo que puede configurar una causal de procedibilidad de la acción de tutela. Respecto de la interpretación según la cual la determinación de que bajo ciertas condiciones a los beneficiarios del régimen de transición se les debe calcular el monto de la pensión a partir de un ingreso base distinto al prescrito por el respectivo régimen especial (inciso tercero art. 36 L.100/93), resulta inocua porque el concepto de monto es inescindible, y éste incluye el de ingreso.

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

DEBIDO PROCESO Y FUERZA VINCULANTE DE LOS FALLOS DE TUTELA-Deber de considerar parámetros constitucionales de interpretación que ha fijado la Corte Constitucional

ACTO ADMINISTRATIVO EN MATERIA PENSIONAL COMO MECANISMO DEFINITIVO-Reiteración de jurisprudencia

De conformidad con la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, como ya se señaló, la acción de tutela no procede, en principio, para ordenar el reconocimiento de la pensión de vejez pues el legislador ha establecido para ello un escenario judicial concreto: la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social o la jurisdicción contencioso administrativa. De modo tal que es necesario analizar si, en este caso, se presenta alguna de las excepciones que la jurisprudencia constitucional ha indicado para el reconocimiento de pensiones de vejez por medio de acción de tutela. Esta Sala considera que, en esta oportunidad, se configura una de las causales de procedencia de la acción de tutela para ordenar el reconocimiento de la pensión de vejez, por cuanto, como se verá, los actos administrativos que reconocieron el derecho pensional del peticionario incurren en una omisión manifiesta al no aplicar en su integridad la legislación pensional anterior yendo en contravía de el principio pro operario establecido en el artículo 53 de Carta Política y de los pronunciamientos realizados por esta Corporación con respecto a la debida aplicación del régimen de transición, configurándose así una vía de hecho.

ADULTO MAYOR-Definición del artículo 7 de la Ley 1276/09

Debe ponerse de presente que en el peticionario confluyen dos circunstancias que lo inscriben dentro de la categoría de sujetos de especial protección constitucional, por cuanto, en primer término, nació el 27 de agosto de 1949, es decir, esta próximo a cumplir los 61 años de edad, con lo cual se trata de un sujeto de especial protección constitucional ya que es un adulto mayor, en los términos del artículo 7 de la Ley 1276 de 2009. Como se ha señalado, el peticionario es un adulto mayor, situación que, como lo ha sostenido de manera reiterada la jurisprudencia constitucional, lo coloca en una situación de indefensión manifiesta, agravada por los severos quebrantos de salud que suelen acompañar el proceso natural de envejecimiento del ser humano.

REGIMEN PENSIONAL DE TRANSICION Y VIA DE HECHO-Se configura por el desconocimiento que se hizo en este caso

Como se puede observar, las Resoluciones objeto de estudio utilizan para calcular el ingreso base de liquidación el inciso 3 del artículo 36 de la ley 100 de 1993 y no el establecido en el

artículo 6 del decreto 546 de 1971, que es 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio, desquebrajando la legislación precedente aplicable en virtud del régimen de transición. Tal y como quedo expuesto en las consideraciones de esta sentencia el ingreso base para liquidar la pensión del que habla el inciso tercero del artículo 36 de la ley 100 de 1993, forma parte de la noción de monto de la pensión de que habla el inciso segundo de este mismo artículo, por cuanto el monto de la pensión de vejez significa una operación aritmética de un porcentaje sobre una base reguladora expresamente fijada, este porcentaje no puede existir sin una base reguladora que permita sacar el tanto por ciento, por tanto no es posible el fraccionamiento de la base reguladora o ingreso base de liquidación de los regímenes especiales aplicables, esta segmentación constituye así una vulneración al derecho a la seguridad social del peticionario. Por último, es necesario señalar que la conducta desplegada por el Instituto de Seguros Sociales, es decir, la indebida aplicación del inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, constituye una vulneración al debido proceso del accionado, por cuanto se constata la existencia de una real o aparente intención de no decidir de manera ajustada al ordenamiento jurídico, propiciando y forzando la utilización innecesaria y dilatoria de vías judiciales constitucionales.

DERECHO A LA PENSION DE VEJEZ DE FUNCIONARIO JUDICIAL-Forma en que se debe calcular tomando la asignación mensual más elevada

En cuanto a la forma de calcular la pensión de vejez a la cual tiene derecho debe tomarse la asignación mensual mas elevada, que en este caso es la remuneración mensual que el actor percibía como Procurador Delegado ante el Consejo de Estado, la cual asciende a \$23´676.343 de pesos, sobre esta cantidad le debe ser aplicado porcentaje establecido por el artículo 6 del decreto 546 de 1971, que es el 75%.

Referencia: expediente T-2.509.461

Acción de tutela instaurada por Germán Antonio Buitrago Forero contra el Instituto de Seguros Sociales (ISS).

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C. once (11) de mayo de dos mil diez (2010).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Luís Ernesto Vargas Silva, María Victoria Calle Correa y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Nacional y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente.

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos por el Juzgado Cuarenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá y la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad, en la acción de tutela instaurada por Germán Antonio Buitrago Forero contra el Instituto de Seguros Sociales (ISS).

I. ANTECEDENTES

El pasado tres (3) de septiembre de dos mil nueve (2009) el ciudadano Germán Antonio Buitrago Forero interpuso acción de tutela ante el Juzgado Cuarenta y uno Penal del Circuito de Bogotá solicitando el amparo de su derecho fundamental a la seguridad social, el cual, en su opinión, ha sido vulnerado por el Instituto de Seguros Sociales.

De acuerdo con la solicitud de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, el accionante sustenta su pretensión en los siguientes

Hechos

1.- Germán Antonio Buitrago Forero, de 60 años, el 26 de septiembre de 2008 elevó ante el Instituto de Seguros Sociales derecho de petición con el objetivo de que le fuera reconocida su pensión de vejez.

2.- La entidad demandada mediante Resolución No. 55423 de 2008 reconoció la pensión de vejez a favor del actor, con una asignación mensual de nueve millones novecientos cuarenta y un mil seiscientos pesos (\$9´941.600.00.) (folio 135, Cuaderno 2).

Los argumentos esbozados por el Instituto de Seguros Sociales para realizar dicho

reconocimiento fueron los siguientes:

En primer lugar indicó que “el asegurado acredita los requisitos que le hacen beneficiario del régimen de transición, por cuanto a 1° de abril de 1994 no solo contaba con 45 años de edad sino con mas de 15 años de servicio cotizados y/o laborados” (folio 132, Cuaderno 2).

En segundo lugar señaló, que debido a su condición de Procurador Delegado ante el Consejo de Estado, el régimen aplicable es el mismo que ha de ser utilizado para realizar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez de los congresistas y magistrados de las Altas Cortes consagrado en la Ley 4 de 1992 y en el decreto reglamentario 1293 de 1994, es decir, que el monto de la pensión en ningún caso podrá ser inferior al 75% del ingreso base de liquidación.

Finalmente, sostuvo que el ingreso base de liquidación aplicable en este evento es el promedio de lo devengado o cotizado durante el tiempo que le hacía falta para tener derecho a la pensión a la fecha de entrada en vigencia el Sistema General de Pensiones de acuerdo con el inciso 3° del artículo 36 de la ley 100. Textualmente expresó “Que la liquidación de la pensión se efectúa tomando el promedio de lo devengado o cotizado durante el tiempo que le hacía 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 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y dando aplicación a lo establecido por el artículo 6° del Decreto 1293 de 1994, que para el presente caso se realizó con base en 3.650 días validamente cotizados, un Ingreso Base de Liquidación de \$13´255.466.00, al cual se le aplico un porcentaje de liquidación de 75%” (folio 132, Cuaderno 2).

3.- Contra la anterior decisión el accionante interpuso el día 10 de diciembre de 2008 recurso de reposición y en subsidio de apelación ya que, en su opinión, le debió ser aplicado en su integridad el régimen previsto en el Decreto 1293 de 1994, el cual establece que el ingreso base de liquidación es el promedio del ingreso mensual que se perciba durante el último año y no el establecido en el inciso 3° del artículo 36 de la ley 100.

4.- El Instituto de Seguros Sociales por medio de la Resolución No. 3687 de 2009, resolvió el recurso de apelación interpuesto por el petente contra la Resolución No. 55423. En ella resolvió modificar la decisión objeto de impugnación en el sentido de establecer que el número de semanas validamente cotizadas por el asegurado es de 15.491 días, equivalentes

a 2213 semanas, y que el monto de la pensión es de diez millones trecientos cincuenta y cuatro mil quinientos ochenta y dos pesos (\$10´354.582) (folio 158, Cuaderno 2).

La antedicha Resolución determinó que la legislación aplicable era el Decreto 546 de 1971, el cual regula el régimen de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público, por cuanto “para los Procuradores Delegados ante la Corte Suprema de Justicia y ante el Consejo de Estado que adquieren a partir del 2004 y están en régimen de transición se les liquidara la pensión conforme a lo devengado por todo concepto con el cumplimiento de los requisitos de edad, tiempo de servicios, o número de semanas y el monto del régimen anterior al cual se encontraban afiliados a primero de abril de 1994” (folio 156, Cuaderno 2).

No obstante, la Resolución No. 3687 empleó nuevamente el ingreso base de liquidación establecido en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para realizar el calculo de la mesada pensional de actor y no el consagrado en el Decreto 546 de 1971 (folio 155, Cuaderno 2).

Solicitud de Tutela

5.- Con fundamento en los hechos narrados, el ciudadano Germán Antonio Buitrago Forero solicitó la protección de su derecho fundamental a la seguridad social que considera vulnerado al serle aplicado el ingreso base de liquidación establecido en el inciso 3° del artículo 36 de la ley 100 de 1993, y no el previsto en el Decreto 546 de 1971, fraccionando así la legislación pensional precedente de la que es beneficiario por encontrarse en el régimen de transición.

Respuesta de la entidad demandada

6.- A pesar de ser notificado del amparo interpuesto por el ciudadano Germán Antonio Buitrago Forero, el Instituto de Seguros Sociales no se pronunció sobre el proceso objeto de revisión que se tramitaba ante el Juzgado Cuarenta y uno Penal del Circuito de Bogotá (folio 334, cuaderno 2).

Decisiones judiciales objeto de revisión

Sentencia de primera instancia

7.- El Juzgado Cuarenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá denegó el amparo solicitado pues consideró que la acción de tutela impetrada era improcedente por existir otro mecanismo de defensa judicial consistente en un proceso ordinario ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Aunado a lo anterior, indicó que tampoco era procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio por cuanto en el caso concreto el actor recibe una asignación mensual de veintitrés millones seiscientos setenta y seis mil trescientos cuarenta y tres pesos con noventa centavos (\$23'676.343.90), y le ha sido reconocida por el Instituto de Seguros Sociales una mesada pensional que asciende a diez millones trescientos cincuenta y cuatro mil quinientos ochenta y dos pesos (\$10'354.582) por lo que no se configura un perjuicio irremediable

Impugnación

8.- El accionante interpuso recurso de apelación contra la decisión proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá con el objetivo de que revoque la decisión de primera instancia y en su lugar se le concedan sus pretensiones (folio 350, cuaderno 2).

Sentencia de segunda instancia

9. La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá revocó el fallo proferido por el Juzgado Cuarenta y uno Penal del Circuito de Bogotá y tuteló en forma transitoria los derechos invocados por el accionante (folio 10, cuaderno 3).

Sustentó la anterior decisión en que el desconocimiento del régimen pensional al cual tiene derecho el pensionado constituye una vía de hecho que atenta directamente contra el artículo 29 constitucional, por lo que es impugnabile por medio de la acción de de tutela.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

En atención a lo expuesto, esta Sala de Revisión debe determinar si el Instituto de Seguros Sociales vulneró el derecho fundamental a la seguridad social y al debido proceso del señor Germán Antonio Buitrago Forero al serle aplicado el ingreso base de liquidación establecido en el inciso 3° del artículo 36 de la ley 100 de 1993, y no el previsto en el Decreto 546 de 1971, fraccionando así el régimen pensional al que pertenece por encontrarse en el régimen de transición.

A fin de resolver el asunto, la Sala se pronunciará sobre los siguientes tópicos: (i) la seguridad social como derecho constitucional fundamental y su protección por medio de la acción de tutela, (ii) Interpretación jurisprudencial de los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para el cálculo del monto base de la pensión de los beneficiarios del régimen de transición; (iii) Procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos en materia pensional, como mecanismo definitivo; (iv) Debido proceso y fuerza vinculante de los fallos de tutela; y (v) el caso concreto.

3. La seguridad social como derecho constitucional fundamental y su protección por medio de la acción de tutela -Reiteración de Jurisprudencia,.

La seguridad social se erige en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho

constitucional a cuyo cumplimiento se compromete el Estado, según se sigue de la lectura del artículo 48 superior, el cual prescribe lo siguiente: “Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social”¹.

La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho a la seguridad social se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional pues son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social². El artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona afirma que:

“Artículo XVI. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.

Así mismo se encuentra estipulado en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales:

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.

De manera similar, el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prescribe:

En el mismo sentido el Código Iberoamericano de la Seguridad Social, aprobado por la ley 516 de 1999, en su artículo 1, establece:

“El Código reconoce a la Seguridad Social como un derecho inalienable del ser humano”.

De la lectura de las normas transcritas se deduce que el derecho a la seguridad social protege a las personas que están en imposibilidad física o mental para obtener los medios de subsistencia que le permitan llevar una vida digna a causa de la vejez, del desempleo o de una enfermedad o incapacidad laboral. El derecho a la pensión de vejez es uno de los mecanismos que, en virtud del derecho a la seguridad social, protege a las personas cuando su vejez produce una esperable disminución de la producción laboral lo que les dificulta o impide obtener los recursos para disfrutar de una vida digna³.

Como se puede apreciar, el derecho a la seguridad social demanda el diseño de una estructura básica que, en primer lugar, establezca las instituciones encargadas de la prestación del servicio y precise, además, los procedimientos bajo los cuales éste debe ocurrir. En segundo término, debe definir el sistema a tener en cuenta para asegurar la provisión de fondos que garanticen su buen funcionamiento. En este punto cobra especial importancia la labor del Estado, el cual, por medio de asignaciones de sus recursos fiscales, tiene la obligación constitucional de brindar las condiciones necesarias para asegurar el goce del derecho irrenunciable a la seguridad social⁴.

De acuerdo a la clasificación ampliamente difundida en la doctrina que se ha ocupado de los derechos fundamentales, la cual toma como base el proceso histórico de surgimiento de estas garantías como parámetro de consulta para establecer la naturaleza de tales derechos, la seguridad social es un derecho que se inscribe en la categoría de los derechos de segunda generación -igualmente conocidos como derechos sociales o de contenido económico, social y cultural-.

En el ordenamiento jurídico colombiano y, durante un amplio lapso, la doctrina constitucional - incluida la jurisprudencia de la Corte Constitucional -, acogió la distinción teórica entre derechos civiles y políticos, de una parte, y derechos sociales, económicos y culturales, de otra. Los primeros generadores de obligaciones negativas o de abstención y por ello reconocidos en su calidad de derechos fundamentales y susceptibles de protección directa por vía de tutela. Los segundos, desprovistos de carácter fundamental por ser fuente de prestaciones u obligaciones positivas, frente a los cuales, por ésta misma razón, la acción de tutela resultaba, en principio, improcedente.

Sin embargo, desde muy temprano, el Tribunal Constitucional colombiano admitió que los derechos sociales, económicos y culturales, llamados también de segunda generación, podían ser amparados por vía de tutela cuando se lograba demostrar un nexo inescindible entre estos derechos de orden prestacional y un derecho fundamental, lo que se denominó “tesis de la conexidad” ⁵.

Otra corriente doctrinal ha mostrado, entretanto, que los derechos civiles y políticos así como los derechos sociales, económicos y culturales son derechos fundamentales que implican obligaciones de carácter negativo como de índole positiva⁶. El Estado ha de abstenerse de

realizar acciones orientadas a desconocer estos derechos (deberes negativos del Estado) y con el fin de lograr la plena realización en la práctica de todos estos derechos – políticos, civiles, sociales, económicos y culturales – es preciso, también, que el Estado adopte un conjunto de medidas y despliegue actividades que implican exigencias de orden prestacional (deberes positivos del Estado).

Según esta óptica, la implementación práctica de todos los derechos constitucionales fundamentales siempre dependerá de una mayor o menor erogación presupuestaria, de forma tal que despojar a los derechos sociales – como el derecho a la salud, a la educación, a la vivienda, al acceso al agua potable entre otros – de su carácter de derechos fundamentales por ésta razón resultaría no sólo confuso sino contradictorio.

Es por ello que en pronunciamientos más recientes esta Corte ha señalado que todos los derechos constitucionales son fundamentales⁷ pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención). Significan, de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios – económicos y educativos – indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar. De ahí el matiz activo del papel del Estado en la consecución de un mayor grado de libertad, en especial, a favor de aquellas personas ubicadas en una situación de desventaja social, económica y educativa. Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter positivo o de acción).

Ahora bien, una cosa es la fundamentalidad de los derechos y otra – muy distinta – la posibilidad de hacerlos efectivos a través de la acción de tutela.

Existen facetas prestacionales de los derechos fundamentales – sean éstos civiles, políticos, económicos, sociales o culturales –, como el derecho a la pensión de vejez, cuya implementación política, legislativa, económica y técnica es más exigente que la de otras y

depende de fuertes erogaciones económicas en un contexto de escasez de recursos. Esto supone que algunas veces sea necesario adoptar políticas legislativas y/o reglamentarias para determinar específicamente las prestaciones exigibles y las condiciones para acceder a las mismas, las instituciones obligadas a brindarlas y su forma de financiación, teniendo en cuenta que se debe atender, de modo prioritario, a quienes más lo necesitan. Sobra decir que, en esta tarea, el legislador y la administración deben respetar los mandatos constitucionales y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad, para lo cual deben tener en cuenta las interpretaciones que los órganos autorizados han hecho sobre el alcance de los derechos que reconocen estas normas⁸.

La necesidad del desarrollo político, reglamentario y técnico no determina que estos derechos pierdan su carácter fundamental, pero sí tiene repercusiones en la posibilidad de protegerlos mediante la acción de tutela pues la indeterminación de algunas de sus facetas prestacionales dificulta establecer con exactitud, en un caso concreto, quién es el sujeto obligado, quien es el titular y cual es el contenido prestacional constitucionalmente determinado.

En este sentido, la Corte ha señalado que sólo una vez adoptadas las medidas de orden legislativo y reglamentario, si se cumplen los requisitos previstos en estos escenarios, las personas pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de estos derechos fundamentales cuando quiera que este se encuentre amenazado de vulneración o haya sido conculcado⁹, previo análisis de los requisitos de procedibilidad de este mecanismo constitucional.

La anterior regla tiene una excepción, pues también ha indicado la Corte que ante la renuencia de las instancias políticas y administrativas competentes en adoptar e implementar medidas orientadas a realizar estos derechos fundamentales en la práctica, los jueces pueden hacer efectivo su ejercicio por vía de tutela cuando la omisión de las autoridades públicas termina por desconocer por entero la conexión existente entre la falta de protección de los derechos fundamentales y la posibilidad de llevar una vida digna y de calidad, especialmente de sujetos de especial protección o, en general, de personas colocadas en situación evidente de indefensión¹⁰.

De esta forma queda claro que el derecho a la seguridad social – dentro del cual se inscribe el derecho a la pensión de vejez –, es un derecho fundamental y que, cuando se presenten alguno de los dos eventos descritos, la acción de tutela puede ser usada para protegerlo, siempre y cuando se verifiquen, además, los requisitos de procedibilidad de este mecanismo procesal.

4. Interpretación jurisprudencial de los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para el cálculo del monto base de la pensión de los beneficiarios del régimen de transición. –Reiteración de Jurisprudencia.

El régimen de transición en materia de pensiones, regulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, entre otros¹¹, tiene como prerrogativa el reconocimiento de los derechos adquiridos, en el tránsito de una legislación de seguridad social a otra. En dicho sentido, el mencionado “...artículo 36 de la ley 100 de 1993 estableció una excepción a la aplicación universal del sistema de seguridad social en pensiones¹². Esa excepción es para quienes el 1° de abril de 1994 hayan tenido 35 años si son mujeres o 40 años si son hombres o 15 años o más de servicios o de tiempo cotizado; a ellos se les aplicará lo establecido en el régimen anterior a la ley 100, en cuanto al tiempo de servicio, número de semanas cotizadas y el monto de la pensión.¹³”(T-631 de 2002)

La Constitución garantiza la protección y reconocimiento de los derechos adquiridos (art, 58 C.N), así como la vigencia efectiva del principio de favorabilidad en materia laboral (art 53 C.N). De ahí, que el mencionado artículo 36 haya sido interpretado por esta Corporación, bajo la afirmación de que “quienes a la fecha de vigencia de la Ley [100 de 1993] hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez de acuerdo a normas favorables anteriores, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos.”¹⁶

No obstante, frente al contenido normativo de los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se presenta un problema de interpretación. Esto es, de su texto no se deriva claramente el alcance de su aplicación. Dicho artículo establece:

“ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez,

continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o mas años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

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

(...)”

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

Sobre la interpretación, tanto de la condición como de la excepción a la regla general, la jurisprudencia constitucional ha establecido que debe hacerse de conformidad con los

principios que inspiran el régimen de transición. Así, tal como se expresó arriba, la protección y garantía de los derechos adquiridos y el principio de favorabilidad respaldan la implantación de los regímenes de transición, y conforme con éstos se debe procurar la aplicación integral de lo estipulado en los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

El aporte de la jurisprudencia a la forma de entender los incisos en comento, obedece a que el inciso tercero, aunque establece una clara excepción a los requisitos descritos en la regla general, no da cuenta de los principios constitucionales mencionados, por cuanto condiciona desfavorablemente el respeto por los derechos adquiridos de los beneficiarios del régimen de transición.

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

En segundo lugar, ha agregado la Corte, que interpretar el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 de manera distinta implica que el acto que reconoce o reliquida una pensión ha desconocido el derecho a acceder a la misma, con la garantía de la protección de los derechos adquiridos y vulnerando el principio de favorabilidad, por lo que puede configurar una causal de procedibilidad de la acción de tutela.

Respecto de la interpretación según la cual la determinación de que bajo ciertas condiciones a los beneficiarios del régimen de transición se les debe calcular el monto de la pensión a partir de un ingreso base distinto al prescrito por el respectivo régimen especial (inciso tercero art. 36 L.100/93), resulta inocua porque el concepto de monto es inescindible, y éste incluye el de ingreso, ha dicho la Corte:

“La ley 100 de 1993 estableció la base regulatoria para el régimen ordinario de las pensiones, bajo la denominación de Ingreso Base de Liquidación. Señaló que se liquidará teniendo en cuenta <el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante diez años anteriores al reconocimiento de la pensión..>(artículo 21).

Pero, tratándose de regímenes especiales, se tendrá en cuenta la base reguladora y el porcentaje que señalen específicamente tales regímenes.

Es imposible desvertebrar el efecto de la causa y por consiguiente no se puede afirmar, como en el caso que motiva la presente tutela, que el porcentaje es el del régimen especial del decreto 546/71 y la base reguladora es la señalada en la ley 100 de 1993. Por lo tanto, el ingreso base de liquidación (ILB) fijado en el inciso 3° del artículo 36 de la ley 100 de 1993 solo tiene aplicación específicamente para lo allí indicado y en el evento de que en el régimen especial se hubiere omitido el señalamiento de la base reguladora.

(...)

[E]l inciso segundo del artículo 36 de la ley 100 de 1993, que establece el régimen de transición expresamente cubija <el monto de la pensión de vejez> y el monto significa una operación aritmética de un porcentaje sobre una base reguladora expresamente fijada (...)

Confundir el monto de la pensión con la base constituye un error jurídico. El monto de la pensión o mesada es el efecto; la base reguladora y el porcentaje son el procedimiento o causas para fijar dicho monto. El porcentaje no puede existir sin una base reguladora que permita sacar el tanto por ciento. Esto no es solamente lógico, sino que hace parte de la teoría de la seguridad social (...)”¹⁷

Así, por ejemplo, la sentencia T 180 de 2008 señaló que la Caja Nacional de Previsión Social vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social y al debido proceso del ciudadano Marino Rodríguez, al expedir la resolución No. 25532 del 4 de julio de 2007, en la cual la referida entidad le reconoció su derecho a disfrutar de la pensión de jubilación, utilizando el ingreso base de liquidación señalado en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y no aplicar en su integridad el régimen especial previsto en el Decreto 546 de 1971.

De igual forma, la sentencia T 251 de 2007 esta Corporación considero que constituía una

transgresión del derecho fundamentales al mínimo vital y al debido proceso la no aplicación en su integridad del régimen pensional previsto para funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público consagrado en el Decreto 546 de 1971, al momento de reconocimiento de la pensión de vejez.

Análogamente, en sentencia T 651 de 2004 esta Alto Tribunal indicó que la aplicación del inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 únicamente puede ser utilizado cuando la legislación precedente no contemple expresamente el método para establecer la base de cotización, situación que no ocurre en el Decreto 546 de 1971. Por ello el uso de éste en el instante de hacer la liquidación de la pensión constituye una infracción al derecho a la seguridad social, al debido proceso y al mínimo vital.

En el mismo sentido, la sentencia T 169 de 2003 estableció que la Caja Nacional de Previsión Social, en el momento de liquidar la pensión del señor Antonio María Rangel Niño, vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al mínimo vital, y a la seguridad social, por cuanto esta entidad no tuvo en cuenta el ingreso base de cotización contenido en el artículo 6 del decreto 546 de 1971.

5. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos en materia pensional, como mecanismo definitivo. -Reiteración de jurisprudencia-.

De manera constante, la Corte ha considerado en relación con la procedencia de la acción de tutela como mecanismo efectivo para la protección de derechos fundamentales que podrían verse vulnerados o amenazados por mandamientos consagrados en actos emitidos por la administración, que por regla general aquélla no es adecuada para controvertirlos, sino que, por el contrario, la competencia se encuentra radicada en la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social o jurisdicción contencioso administrativa, según sea el caso. Sin embargo, en algunos casos excepcionales, esta Corporación ha considerado que el amparo procede como mecanismo definitivo de protección de derechos fundamentales. Así, en sentencia T- 546 de 2002, el juez constitucional consideró lo siguiente:

“En consecuencia, la Corte ha determinado que el juez de tutela, debe aún en forma oficiosa, revisar el acto administrativo que niega el reconocimiento de una pensión para establecer si no se ha incurrido en una vía de hecho. Esto significa, que el juez de tutela para estudiar los casos de solicitud de reconocimiento de la pensión de jubilación, no puede reducir su análisis a las condiciones de cumplimiento del derecho de petición sino, debe evaluar en forma concomitante, si en la respuesta que le brinda la entidad administradora de las pensiones al peticionario, no incurre en una vía de hecho al dilatar el goce efectivo de un derecho causado por razones ajenas al solicitante. (negrillas y subrayados agregados).

En el mismo fallo, la Corte estableció los casos excepcionales en los cuales el amparo procede como mecanismo definitivo en materia pensional:

“Conforme a lo expuesto, es posible identificar en la jurisprudencia de la Corporación dos eventos en los cuales podrían configurarse vías de hecho en el acto administrativo proferido con ocasión de la solicitud pensional:

i. Cuando en el acto administrativo por medio del cual se define el reconocimiento de una pensión de jubilación se declara que el peticionario cumple con los requisitos establecidos por la ley para acceder al status de pensionado pero se le niega el reconocimiento del derecho por razones de trámite administrativo, por ejemplo la expedición del bono pensional.

ii. Cuando en el acto administrativo por medio del cual se define el reconocimiento de la pensión de jubilación se incurre en una omisión manifiesta al no aplicar las normas que corresponden al caso concreto o elige aplicar la norma menos favorable para el trabajador, en franca contradicción con la orden constitucional del principio de favorabilidad. Por ejemplo, cuando se desconoce la aplicación de un régimen especial o se omite aplicar el régimen de transición previsto en el sistema general de pensiones. Se configura la vía de

hecho por omisión manifiesta en la aplicación de las normas porque al tratarse de derechos provenientes de la seguridad social son irrenunciables y si la persona cumple con los requisitos previstos por la ley para que le sea reconocido su derecho de pensión conforme a un régimen especial o de transición, esta es una situación jurídica concreta que no puede ser menoscabada. La posición de quien cumple con lo exigido por la ley configura un auténtico derecho subjetivo exigible y justiciable. (negritas y subrayados agregados).

Bajo las señaladas condiciones, y tomando en consideraciones las especificidades del caso concreto, la Corte ordenó un amparo definitivo.

En el mismo sentido, se había pronunciado la Corte en sentencia T- 083 de 2004, cuando consideró lo siguiente:

“No obstante lo dicho, la regla que restringe la participación de la acción de tutela en la protección de los derechos prestacionales tampoco es absoluta. Conforme con su propia filosofía, la Corte ha venido sosteniendo que, excepcionalmente, es posible el reconocimiento de esta clase de derechos por la vía del amparo constitucional, no solo cuando se ejerce 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 valorados por el juez constitucional en cada caso particular. (negritas agregadas).

Este último razonamiento encuentra pleno respaldo en el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela, el cual, al referirse a las causales de improcedencia del amparo constitucional, señala claramente que la existencia de otros medios de defensa judicial tendrá que ser apreciada “en concreto” por el juez, teniendo en cuenta el grado de eficiencia y efectividad del mecanismo judicial frente a las circunstancias en que se encuentre el solicitante al momento de invocar la protección del derecho presuntamente conculcado. Amparada en ese mandato, la Corte expresó en uno de sus

primeros pronunciamientos, lo siguiente:

“...el otro medio de defensa judicial a que alude el artículo 86 debe poseer necesariamente, cuando menos, la misma eficacia en materia de protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales que, por su naturaleza, tiene la acción de tutela. De no ser así, se estaría haciendo simplemente una burda y mecánica exégesis de la norma, en abierta contradicción con los principios vigentes en materia de efectividad de los derechos y con desconocimiento absoluto del querer expreso del Constituyente.” (Sentencia T-414 de 1992).

Recientemente reiteró la Corte:

“...la jurisprudencia de esta Corporación sostiene que la acción de tutela procede a pesar de existir otro medio de defensa judicial, cuando: i) se considera que éste es ineficaz debido a que no resuelve el conflicto de manera integral,[4] o ii) éste no es lo suficientemente expedito frente a la exigencia particular de una protección inmediata...” (Sentencia T-076 de 2003).

En esa misma sentencia, la Corte precisó las razones por las cuales, de manera excepcional, la acción de tutela está llamada a prosperar en materia pensional, no como mecanismo transitorio sino definitivo:

“Con base en ello, este alto Tribunal ha sostenido que la procedencia excepcional de la acción de tutela en los casos de reconocimiento o reliquidación de pensiones, adquiere cierto grado de justificación cuando sus titulares son personas de la tercera edad, ya que se trata de sujetos que por su condición económica, física o mental se encuentran en condición de

debilidad manifiesta, lo que permite otorgarles un tratamiento especial y diferencial más digno y proteccionista que el reconocido a los demás miembros de la comunidad[5]. Para la Corte, la tardanza o demora en la definición de los conflictos relativos al reconocimiento y reliquidación de la pensión 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 en torno a este punto, tiene un fundamento de principio en 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...”

(...)

En síntesis, la acción de tutela no procede para ordenar el reconocimiento o la reliquidación de pensiones, a menos que el conflicto planteado involucre personas de la tercera edad y se logre acreditar la afectación de garantías fundamentales que no puedan ser protegidas oportunamente a través de los medios de defensa previstos para el efecto, de manera tal que se entienda que éstos han perdido toda su eficacia material y jurídica. En dichos eventos, le corresponde al juez constitucional evaluar, valorar y ponderar la situación fáctica puesta a su conocimiento y todos los factores relevantes del caso, para efectos de establecer la necesidad de brindar una protección urgente e inmediata de los derechos conculcados, e igualmente, de determinar con la mayor precisión el grado o nivel de protección que se debe brindar.

Merece la pena destacar que la afectación al derecho al mínimo vital no puede valorarse en términos exclusivamente cuantitativos sino cualitativos. En palabras de la Corte:

“Y es que, como igualmente lo ha definido la jurisprudencia, el derecho al mínimo vital se evalúa a partir de una dimensión cualitativa y no cuantitativa, de manera que su posible violación se mide conforme con las condiciones personales de cada trabajador y el nivel de vida adquirido por éste. El concepto de un mínimo de condiciones de vida -vgr. Alimentación, educación, salud, vestido y recreación -, entonces, “no va ligad[o] sólo con una valoración numérica de las necesidades biológicas mínimas por satisfacer para subsistir, sino con la apreciación material del valor de su trabajo, de las circunstancias propias de cada individuo, y del respeto por sus particulares condiciones de vida[6].”

“Para el caso particular, vale la pena resaltar que la accionante sostiene que pertenece al régimen pensional especial para funcionarios del Ministerio Público consagrado en el Decreto 546 de 1971, en el que se exige para obtener la pensión la edad de 50 años y 20 años de servicios, de los cuales por lo menos 10 deben ser al Ministerio Público. Igualmente, aparece probado que a la accionante le es aplicable el régimen de transición, toda vez que para el 1° de abril de 1994 tenía más de 35 años de edad. En tal sentido, la señora Ávila Sotomontes pretende que se le reconozca su pensión de vejez según lo dispuesto en el régimen especial del que dice ser beneficiaria, pues su deseo, luego de haber trabajado durante más de 28 años al servicio del estado, es retirarse y descansar.

Ahora, si bien la accionante puede acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa para obtener la nulidad de la resolución del I.S.S. que negó la pensión de vejez y lograr su reconocimiento y liquidación, no puede perderse de vista que dichos procesos tienen una duración aproximada de 10 años, de modo que someter a la señora Ávila Sotomontes a un

proceso ordinario o administrativo llevaría a hacerle perder uno de los beneficios a que tiene derecho por pertenecer al régimen de transición, cual es la posibilidad de pensionarse con la edad estipulada en el régimen pensional al que estaba afiliada al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993. (negrillas y subrayados agregados).

En ese orden de ideas, se puede concluir que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos referentes a temas pensionales, como quiera que existen otros mecanismos judiciales para su defensa. Sin embargo, procederá el amparo definitivo contra las actuaciones administrativas cuando el acto administrativo sea manifiestamente contrario a la legalidad y se vulneren gravemente derechos fundamentales, es decir, cuando del análisis del caso concreto se observa una real o aparente intención de no decidir de manera ajustada al ordenamiento jurídico, propiciando y forzando la utilización innecesaria y dilatoria de vías judiciales. Todas estas circunstancias deberán ser analizadas en el caso concreto.

6. Debido proceso y fuerza vinculante de los fallos de tutela

La Corte Constitucional como guardiana de la integridad y supremacía de la Carta Política, según los precisos términos del artículo 241 de la Carta, interpreta, tanto en sede de control de constitucionalidad, así como con ocasión de la revisión de las sentencias de tutela, las diferentes disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico.

Esta labor busca la coherencia del sistema jurídico y la armonía de éste con el sistema axiológico impuesto por el Texto Superior, por esto la interpretación que la Corte haga del texto constitucional o de la ley en sentido material es vinculante para las diferentes ramas del poder público, principalmente todos los operadores jurídicos, sean los jueces o la administración.

Con respecto a la fuerza vinculante de los fallos de tutela, la Corte sostuvo en sentencia T 566 de 1998, la tesis según la cual la ratio decidendi de los fallos de amparo debe considerarse norma constitucional que adquiere alcance general y es obligatoria su aplicación en todos los casos que se subsuman dentro de la hipótesis prevista por la regla

judicial.

En este sentido, la sentencia C 252 de 2001, señaló:

“aun cuando los efectos jurídicos emanados de la parte resolutive de un fallo de revisión solamente obligan a las partes, el valor doctrinal de los fundamentos jurídicos o consideraciones de las sentencias trasciende al asunto revisado. La interpretación constitucional fijada por la Corte determina el contenido y el alcance de los preceptos de la Carta y hace parte, a su vez, del “imperio de la ley” a que están sujetos los jueces según lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución”

Del mismo modo, en sentencia SU 640 de 1998 esta Corporación recordó que es su función garantizar la unidad interpretativa de la Constitución, para lo cual es imperativo el respeto de las interpretaciones realizadas por esta en materia de derechos fundamentales.

Así las cosas, tanto la administración como lo jueces al momento de interpretar y aplicar las disposiciones que hacen parte del ordenamiento jurídico está obligados a considerar parámetros constitucionales de interpretación que ha fijado este Alto Tribunal. Con ello se busca que no haya una ruptura de la unidad de la Constitución, ni el desconocimiento de los fines constitucionales.

En consecuencia, el desconocimiento por parte de la administración como de los restantes operadores jurídicos de las interpretaciones realizadas por esta Corporación constituyen una infracción al debido proceso, por cuanto esta conducta constituye un desconociendo de las normas sustanciales aplicables al caso concreto.

7. El caso concreto

En el presente asunto, el señor Germán Antonio Buitrago considera vulnerado su derecho fundamental a la seguridad social al serle aplicado el ingreso base de liquidación establecido en el inciso 3° del artículo 36 de la ley 100 de 1993, y no el previsto en el Decreto 546 de 1971, por el Instituto de Seguro Sociales, al momento de liquidar su pensión de vejez.

La primera verificación que se debe realizar en este caso es aquélla que consiste en

determinar si los derechos fundamentales presuntamente vulnerados son susceptibles de protección por medio de la acción de tutela, ya que, como se señaló anteriormente, algunas facetas prestacionales de ciertos derechos fundamentales requieren para ello de desarrollo legal y/o reglamentario, salvo que se concrete el supuesto de hecho de la excepción ya explicada.

Como se expuso, en el caso del derecho a la pensión de vejez, que hace parte del derecho fundamental a la seguridad social, es necesario un desarrollo legal y/o reglamentario que establezca (i) las instituciones encargadas de la prestación del servicio, (ii) las condiciones para acceder a tal prestación y (iii) un sistema que asegure la provisión de fondos, pues la Constitución no determina directamente tales elementos. Este desarrollo ya se ha efectuado por parte del legislador en la ley 100 de 1993 en la cual estableció el régimen general del sistema de pensiones; la ley 33 de 1985 en la que se encuentra consignado el régimen aplicable a los servidores públicos; el Decreto 546 de 1971 en la que se regula el sistema pensional de los empleados de la rama jurisdiccional y los agentes del ministerio público, entre otros, lo que hace que el derecho a la pensión de vejez sea susceptible de protección mediante la acción de tutela.

La segunda verificación que se debe llevar a cabo en este caso es la relativa a la procedibilidad de la acción de tutela, pues el artículo 86 de la Constitución prescribe que ésta sólo procederá cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial idóneo, salvo que se interponga de forma transitoria para evitar un perjuicio irremediable.

De conformidad con la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, como ya se señaló, la acción de tutela no procede, en principio, para ordenar el reconocimiento de la pensión de vejez pues el legislador ha establecido para ello un escenario judicial concreto: la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social o la jurisdicción contencioso administrativa. De modo tal que es necesario analizar si, en este caso, se presenta alguna de las excepciones que la jurisprudencia constitucional ha indicado para el reconocimiento de pensiones de vejez por medio de acción de tutela.

Esta Sala considera que, en esta oportunidad, se configura una de las causales de procedencia de la acción de tutela para ordenar el reconocimiento de la pensión de vejez, por cuanto, como se verá, los actos administrativos que reconocieron el derecho pensional del peticionario incurren en una omisión manifiesta al no aplicar en su integridad la legislación pensional anterior yendo en contravía de el principio pro operario establecido en el artículo 53 de Carta Política y de los pronunciamientos realizados por esta Corporación con respecto a la debida aplicación del régimen de transición, configurándose así una vía de hecho.

Aunado a lo anterior, debe ponerse de presente que en el peticionario confluyen dos circunstancias que lo inscriben dentro de la categoría de sujetos de especial protección constitucional, por cuanto, en primer término, nació el 27 de agosto de 1949, es decir, esta próximo a cumplir los 61 años de edad, con lo cual se trata de un sujeto de especial protección constitucional ya que es un adulto mayor, en los términos del artículo 7 de la Ley 1276 de 2009:

“Adulto Mayor. Es aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más. A criterio de los especialistas de los centros vida, una persona podrá ser clasificada dentro de este rango, siendo menor de 60 años y mayor de 55, cuando sus condiciones de desgaste físico, vital y psicológico así lo determinen;

Como se ha señalado, el peticionario es un adulto mayor, situación que, como lo ha sostenido de manera reiterada la jurisprudencia constitucional, lo coloca en una situación de indefensión manifiesta, agravada por los severos quebrantos de salud que suelen acompañar el proceso natural de envejecimiento del ser humano.

En segundo termino, vale la pena destacar que, en materia de salud, el accionante padece, de tiempo atrás, severas y complejas afecciones cardiacas como hipertensión arterial¹⁸, isquemia miocárdia anteroseptal¹⁹, cardiopatía isquémico²⁰, disfunción diastólica del ventrículo izquierdo²¹, con lo cual, resulta evidente que existe un grave riesgo en la salud

del actor.

Determinada la procedencia de la tutela en el caso concreto, se dispone la Sala a verificar si existió vulneración por parte de ISS del derecho fundamental a la seguridad social del actor.

La Sala advierte que la presunta vulneración de los derechos fundamentales del actor surge de la aplicación del inciso 3 del artículo 36 de la ley 100 de 1993 y no del artículo 6 del decreto 546 de 1971, fraccionando el régimen de transición del cual él es beneficiario.

Así en la Resolución 55423 de 2008, la entidad demandada indicó: “Que la liquidación de la pensión se efectúa tomando el promedio de lo devengado o cotizado durante el tiempo que le hacía 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 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y dando aplicación a lo establecido por el artículo 6° del Decreto 1293 de 1994, que para el presente caso se realizó con base en 3.650 días validamente cotizados, un Ingreso Base de Liquidación de \$13´255.466.00, al cual se le aplicó un porcentaje de liquidación de 75%”

Iguals consideraciones se realizaron en la Resolución 368 de 2009, en la que se manifestó: “Que la liquidación se efectúo, teniendo en cuenta el promedio de lo devengado o cotizado durante los últimos 10 años de conformidad con lo dispuesto con el inciso tercero del artículo 36 de la ley 100 de 1993, y dando aplicación a lo establecido en el artículo 6 del Decreto 1293, que para el presente caso se realizó con base en 3650 días validamente cotizados, con ingreso base de liquidación del 75%, arrojando una mesada pensional de \$10´354.582, para el año 2009”

Como se puede observar, las Resoluciones objeto de estudio utilizan para calcular el ingreso base de liquidación el inciso 3 del artículo 36 de la ley 100 de 1993 y no el establecido en el artículo 6 del decreto 546 de 1971, que es 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio, desquebrajando la legislación precedente aplicable en virtud del régimen de transición.

Tal y como quedo expuesto en las consideraciones de esta sentencia el ingreso base para liquidar la pensión del que habla el inciso tercero del artículo 36 de la ley 100 de 1993, forma parte de la noción de monto de la pensión de que habla el inciso segundo de este mismo artículo, por cuanto el monto de la pensión de vejez significa una operación aritmética de un porcentaje sobre una base reguladora expresamente fijada, este porcentaje no puede existir sin una base reguladora que permita sacar el tanto por ciento, por tanto no es posible el fraccionamiento de la base reguladora o ingreso base de liquidación de los regímenes especiales aplicables, esta segmentación constituye así una vulneración al derecho a la seguridad social del peticionario.

Por último, es necesario señalar que la conducta desplegada por el Instituto de Seguros Sociales, es decir, la indebida aplicación del inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, constituye una vulneración al debido proceso del accionado, por cuanto se constata la existencia de una real o aparente intención de no decidir de manera ajustada al ordenamiento jurídico, propiciando y forzando la utilización innecesaria y dilatoria de vías judiciales constitucionales.

Determinado lo anterior, debe la Sala entrar a establecer la legislación aplicable y con ello el ingreso base de liquidación aplicable en el caso concreto.

Como fue reconocido en las resoluciones antedichas el ciudadano Germán Antonio Buitrago Forero cumple con las exigencias establecidas para ser beneficiario del régimen de transición según los lineamientos establecidos en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, pues a 1 de abril de 1994, éste contaba con 45 años de edad y con mas de 15 años de servicio.

Aunado a lo anterior, debe hacerse especial énfasis en que el demandante se ha venido desempeñando a lo largo de su carrera como funcionario de la rama jurisdiccional (desde el 16 de febrero de 1968 hasta el 31 de mayo de 1972) y como agente del ministerio publico (desde el 5 de diciembre de 2002 hasta la actualidad), por lo que sumado a las antedichas circunstancias permite delimitar la normatividad pensional aplicable, la cual es el decreto 546 de 1971.

El artículo 6 del mencionado decreto, exige para el reconocimiento del derecho pensional los siguientes requisitos:

“Artículo 6°. Los funcionarios y empleados a que se refiere este Decreto, tendrán derecho, al llegar a los 55 años de edad, si son hombres y de 50, si son mujeres, y cumplir 20 años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto, de los cuales por lo menos 10 lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público, o a ambas actividades, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas. (negrillas fuera del texto)

En el caso concreto el ciudadano Germán Antonio Buitrago Forero tiene:

(i) 60 años de edad, por lo que se encuentra inscrito en la categoría de sujetos de especial protección constitucional; (ii) más de 20 años de servicio, de los cuales (iii) más de 10 años fueron dedicados exclusivamente a la rama judicial y al ministerio público, lo que permite concluir que el demandante reúne los requisitos exigidos por la normatividad aplicable y en consecuencia es acreedor de la pensión de vejez.

En cuanto a la forma de calcular la pensión de vejez a la cual tiene derecho debe tomarse la asignación mensual mas elevada, que en este caso es la remuneración mensual que el actor percibía como Procurador Delegado ante el Consejo de Estado, la cual asciende a \$23´676.343 de pesos, sobre esta cantidad le debe ser aplicado porcentaje establecido por el articulo 6 del decreto 546 de 1971, que es el 75%.

De acuerdo con lo anterior, la Sala de Revisión modificara el fallo proferido en el tramite de la acción de tutela por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en segunda instancia y concederá de manera definitiva el amparo del derecho fundamental a la seguridad social del ciudadano Germán Antonio Buitrago Forero.

En consecuencia, se ordenará al Instituto de Seguros Sociales que expida un nuevo acto administrativo de conformidad con lo expuesto en las consideraciones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

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.- MODIFICAR el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el sentido AMPARAR de manera definitiva el derecho fundamental a la seguridad social del ciudadano Germán Antonio Buitrago Forero. En consecuencia, DEJAR SIN EFECTOS las resoluciones 55423 de 2008 y 368 de 2009, proferidas el Instituto de Seguros Sociales.

Segundo.- ORDENARLE al Instituto de Seguros que, en el término de diez (10) días, contados a partir de la notificación del presente fallo, expida un nuevo acto administrativo mediante el cual se le liquide la pensión al peticionario tomando como ingreso mensual promedio la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio, en los términos del artículo 6 del decreto 546 de 1971.

Tercero.- LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

1 Sobre el alcance de la seguridad social como derecho protegido a la luz del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en su observación general número XX el Comité hizo las siguientes precisiones: “26. El artículo 9 del Pacto prevé de manera general que los Estados Partes “reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso el seguro social”, sin precisar la índole ni el nivel de la protección que debe garantizarse. Sin embargo, en el término “seguro social” quedan incluidos de forma implícita todos los riesgos que ocasionen la pérdida de los medios de subsistencia por circunstancias ajenas a la voluntad de las personas. 27. De conformidad con el artículo 9 del Pacto y con las disposiciones de aplicación de los Convenios de la OIT sobre seguridad social -Convenio Nº 102, relativo a la norma mínima de la seguridad social (1952) y Convenio Nº 128 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes (1967)- los Estados Partes deben tomar las medidas adecuadas para establecer, con carácter general, sistemas de seguros de vejez obligatorios, a percibir a partir de una edad determinada, prescrita por las legislaciones nacionales” (...) 30. Finalmente, para dar pleno cumplimiento al mandato del artículo 9 del Pacto, como ya se ha señalado en los párrafos 20 y 22, los Estados Partes deberán establecer, dentro de los recursos disponibles, prestaciones de vejez no contributivas u otras ayudas, para todas las personas mayores que, al cumplir la edad prescrita fijada en la legislación nacional, por no haber trabajado o no tener cubiertos los períodos mínimos de cotización exigidos, no tengan derecho a disfrutar de una pensión de vejez o de otra ayuda o prestación de la seguridad social y carezcan de cualquier otra fuente de ingresos”.

2 (i) artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Artículo 22. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”; (ii) artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “Artículo 9 Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la

seguridad social, incluso al seguro social”; (iii) artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona: “Artículo XVI. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”; (iv) artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “Artículo 9. Derecho a la Seguridad Social. 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes”; y (v) el artículo 11, numeral 1, literal “e” de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: Artículo 11 || 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular: e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas;

3 Corte Constitucional, Sentencia T-284 de 2007.

4 Corte Constitucional, Sentencia C-623 de 2004

5 Corte Constitucional Sentencia T-406 de 1992.

6 Víctor Abramovich, Christian Courtis, Los derechos sociales como derechos exigibles, Editorial Trotta, Madrid, 2002.

7 Ver, Corte Constitucional, Sentencias T-016-07, T-585-08 y T-580-07

8 Corte Constitucional, Sentencias C-616 de 2001, C-130 de 2002, C-791 de 2002 y SU-623 de 2001

9 Corte Constitucional, Sentencia T-016-07.

10 Ibídem.

11 El régimen de transición también se encuentra regulado en los decretos reglamentarios 813 de 1994, 1160 de 1994, 2143 de 1995, 2527 de 2000 y artículos 259 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo.

12 [Cita del aparte transcrito] La ley 33 de 1985, parágrafo 2° del artículo 1° estableció una especie de régimen de transición. También se permitieron las excepciones que determine la ley respecto del régimen general, en el artículo 27 del decreto 3135 de 1968.

13 [Cita del aparte transcrito] Los únicos que quedarían por fuera de este régimen de transición serían quienes voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad o quienes estando en éste se cambien al de prima media con prestación definida.

14 Corte Constitucional, Sentencia T-631 de 2002

15 Corte Constitucional, Sentencia T-235 de 2002

17 Corte Constitucional, Sentencia T-631 de 2002. En el mismo sentido se pueden consultar Corte Constitucional, Sentencia T-1000 de 2002.

18 Folio 33, Cuaderno 2.

19 Ibidem

20 Folio 166, Cuaderno 2.

21 Ibidem