

Sentencia T-358/04

CORTE CONSTITUCIONAL-Jurisprudencia sobre la procedencia de la acción de tutela para pago de pensión reconocida por la entidad de seguridad social

ACCION DE TUTELA-Improcedencia pago de pensión por cuanto no ha sido reconocida/DERECHO DE PETICION-Vulneración por no haberse resuelto solicitud de pensión

DERECHO A LA IGUALDAD-Criterios de comparación respecto de factores salariales para liquidar pensiones de congresistas y magistrados

ACCION DE TUTELA-Puede interponerse en cualquier tiempo no obstante agotarse la vía gubernativa

La Corte ha fijado el criterio de que no obstante agotarse la vía gubernativa, y abrirse paso para el interesado la posibilidad de acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para defender sus derechos, el afectado puede impetrar en cualquier momento, la acción de tutela.

DERECHO DE PETICION FRENTE AL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO-Debe resolver la solicitud

DERECHO DE PETICION EN MATERIA PENSIONAL-Términos para resolver/SEGURO SOCIAL-Mora en responder solicitud de reconocimiento y pago de pensión

JUEZ DE TUTELA-Protección de derechos no invocados

Referencia: expediente T-831107

Acción de tutela instaurada por José Roberto Herrera Vergara contra el Instituto de los Seguros Sociales.

Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Bogotá, D. C., veintidós (22) de abril de dos mil cuatro (2004).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo adoptado por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, de fecha 6 de noviembre de 2003, en la acción de tutela presentada por José Roberto Herrera Vergara contra el Instituto de los Seguros Sociales.

El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que hizo el Tribunal, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección de Tutelas Número Doce de la Corte, en auto de fecha 12 de diciembre de 2003 eligió, para efectos de su revisión, el expediente de la referencia.

I. ANTECEDENTES.

El actor, a través de apoderado, presentó acción de tutela el día 15 de septiembre de 2003, con el fin de que se le protejan los derechos fundamentales al debido proceso, a la seguridad social, a la igualdad y al mínimo vital, conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, derechos que considera le han sido vulnerados por el ISS, según los hechos que se resumen así :

1. Hechos.

El actor fue Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, por el periodo constitucional de 8 años, entre el 1º de noviembre de 1994 y el 31 de octubre de 2002.

El 6 de noviembre de 2002 solicitó al ISS el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, de acuerdo con el régimen especial de los magistrados de las altas Cortes. En esta petición, formuló las siguientes solicitudes :

“1) La pensión mensual vitalicia de jubilación consagrada en el régimen especial de los magistrados de las altas Corporaciones de Justicia, pagadera mensualmente.

3) Los reajustes o reliquidaciones que correspondan a esa pensión a partir del primero de enero de 2003, en adelante, año por año.

4) Los intereses moratorios en caso de falta de pago de la totalidad del monto de las mesadas pensionales respectivas.

5) Los demás derechos económicos y asistenciales inherentes al status de pensionado.” (fls. 1 y 2, 3er cuaderno)

El actor manifestó que acompañó su solicitud de pensión al ISS con certificaciones y documentos que acreditan su derecho.

El ISS incumplió el término de 4 meses que tenía para resolver esta solicitud, de acuerdo con la Ley 797 de 2003, artículo 9. Por ello, el actor interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, contra el silencio administrativo o el acto administrativo ficto, con el fin de que el ISS le resolviera su petición. Sin embargo, frente a estos recursos, el Instituto, no obstante el tiempo transcurrido, tampoco los resolvió, ocasionándole los notorios perjuicios que acarrea esta situación para quien tiene un derecho pensional insatisfecho.

En consecuencia, quedó agotada la vía gubernativa, por lo que ante la falta de solución favorable, el demandante no tiene otro medio de defensa judicial efectivo, distinto a la acción de tutela.

Pone de presente que en un caso igual al del demandante, la Caja Nacional de Previsión Social reconoció directamente a la Magistrada del Consejo Superior de la Judicatura, doctora Leonor Perdomo, la misma pensión de jubilación que está reclamando el demandante. En prueba de ello, acompañó fotocopia de la Resolución correspondiente.

A continuación, en el punto segundo del escrito de tutela, que denomina “fundamentos de derecho del amparo que solicito” (fls. 3 a 27), el demandante analiza las disposiciones legales y las sentencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado que se relacionan con la cuantía de la mesada, aplicación del régimen especial, derecho a la mesada igual a la de los congresistas equivalente al 75%, etc. Concluye este punto así :

“Por todo lo anteriormente expuesto es indiscutible la vulneración de los derechos constitucionales fundamentales de mi representado, y en consecuencia tiene derecho a que se le reconozca y pague la pensión mensual de jubilación especial reclamada, a partir del 1º de noviembre de 2002 en cuantía equivalente al 75% del ingreso mensual promedio que,

durante el último año y por todo concepto perciba un Parlamentario, junto con los demás derechos impetrados al ISS conforme a las pruebas que aportó para el efecto.” (fl. 27)

Pone de presente que en este caso son aplicables, entre otras, las siguientes disposiciones constitucionales y legales : artículos 2, 4, 13, 25, 29, 48, 53 y 58 de la Constitución; los Decretos 1359 de 1993, 104 de 1994, 1293 de 1994, 47 de 1995, 34 de 1996, 47 de 1997, 64 de 1998, 43 de 1999, 2739 de 2000, 1474 de 2001 y 682 de 2002; artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En el punto V, Pruebas, el demandante solicitó al juez de tutela que pida al ISS la relación de semanas cotizadas y la copia del expediente de reclamación pensional. Acompañó además los siguientes documentos :

- Copia de la resolución de la Magistrada a la que había hecho referencia, y que en su opinión, constituye un caso semejante al suyo. (fls. 31 a 41)
- La solicitud de pensión, dirigida al Gerente de Prestaciones Económicas del ISS, Oficina Seccional de Cundinamarca, de fecha 6 de noviembre de 2002, según consta en el sello de recibido de la entidad.(fls. 42 a 51)
- Escrito adicionando la solicitud inicial, de fecha 1 de diciembre de 2002, con sello de recibido, en el que se hace referencia a la Radicación Nro. 386452, en el que se acompañaron documentos y se amplía lo pertinente a los fundamentos de derecho, respecto de la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, que declaró la nulidad de la expresión “que a 1º de abril de 1994 desempeñaban sus cargos en propiedad y cumplían las condiciones previstas por el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993”, contenida en el primer inciso del artículo 25 del Decreto 043 de 1999. (fls. 52 y 53). Acompañó la copia de la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de fecha 18 de noviembre de 2002. (fls. 61 a 91)
- Escrito de recurso de apelación contra el silencio administrativo, por haber transcurrido más de 6 meses sin que el ISS le hubiera notificado decisión alguna sobre su solicitud, incumpliendo el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. (fls. 56 a 60).
- Certificación de la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia en que consta que el

actor ejerció el cargo de Magistrado de la Sala de Casación Laboral de esa Corporación, en propiedad, del 1º de noviembre de 1994 al 31 de octubre de 2002. (fl. 54)

- Certificación de los conceptos salariales de un Senador de la República en el año 2002. (fl. 55)

2. Trámite procesal.

El Juzgado 30 Penal del Circuito de Bogotá, con fecha 17 de septiembre de 2003, reconoció al apoderado del actor, avocó el conocimiento de esta acción y notificó de la misma al Director de la División de Prestaciones Económicas del ISS.

3. Sentencia de primera instancia.

En providencia del 1º de octubre de 2003, el Juzgado 30 Penal del Circuito de Bogotá tuteló el derecho de petición conculcado por el ISS y, en consecuencia, ordenó al Instituto que resuelva el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra el acto presunto, ante el silencio administrativo.

Señala la providencia que el actor pretende que a través de la acción de tutela se ordene al ISS que se le reconozca y pague la pensión vitalicia de jubilación con las mismas prerrogativas que existen para los miembros del Congreso de la República, atendiendo los fundamentos legales y las sentencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado. Sin embargo, señala el juez que, la acción de tutela, en casos como el examinado, no puede resolver de fondo, como lo pretende el actor, “pues la figura del silencio administrativo no indica de manera certera que la entidad accionada desconoció derechos prestacionales del solicitante, como lo colige el accionante constitucional, como para fundamentar debidamente que se conculcaron derechos fundamentales relacionados con la seguridad social, el mínimo vital, derechos adquiridos, etc. Menos cuando ese silencio administrativo negativo es solamente una presunción legal que debe entenderse negativa la solicitud.” (fl. 98)

Señala que de acuerdo con esta demanda, se advierte que el ISS no resolvió sobre lo pedido, lo que después de agotados los recursos, permite que se dé por terminada la vía gubernativa y se acceda a la jurisdicción contenciosa administrativa, para la definición correspondiente.

Considera que para esta acción de tutela no puede tenerse como soporte probatorio el

silencio administrativo negativo frente al derecho prestacional reclamado, porque ese hecho no informa debidamente cuál fue la decisión adoptada “ya que al no existir acto administrativo que refleje la actitud de la demandada, no puede considerarse situación distinta a que no contestó el pedimento, pero no dice, recabamos para este tipo de decisiones sumarias y breves, que no reconocerá el derecho pensional o que lo hará con desconocimiento de prerrogativas favorables para el trabajador, lo que sí se evidencia es la no respuesta a lo pretendido dentro del término señalado para tales efectos.” (fl. 98)

La providencia examina entonces, la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el silencio administrativo negativo, en la sentencia T-1076 de 2001, en la que se reiteró que ante el silencio, el juez debe proteger el derecho de petición, ordenando que la autoridad resuelva sobre el fondo de la petición en un plazo perentorio. Menciona, además, varias providencias de la Corte sobre este tema.

Por lo tanto, el juez concedió la tutela, ordenando al ISS resolver el pedimento del actor; en concreto, debe dirimir el recurso de apelación interpuesto contra el fallo presunto, pues la solicitud del actor, presentada el 6 de noviembre de 2002, que no se resolvió dentro de los cuatro meses, se entiende negativo. Y como el recurso de apelación del 7 de junio de 2003, a la fecha de presentación de la acción de tutela, no había sido resuelto, este hecho comporta clara vulneración del derecho de petición.

El apoderado del actor impugnó esta decisión, con el fin de que se modifique el fallo y se amparen los derechos impetrados, pues, la decisión sólo se limitó a proteger el derecho de petición, lo que considera viola la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en lo referente a acciones de tutela sobre el derecho de pensiones de los funcionarios judiciales. Señala que la Corte ha reiterado que la tutela procede para el reconocimiento y pago de la pensión cuando el interesado reúne los requisitos correspondientes, pues el Estado no puede escudarse después de transcurrido un tiempo prudencial, en la existencia de trámites administrativos para retardar la cabal satisfacción del derecho fundamental, como lo dijo en la sentencia T-887 de 2001. Cita además, la T-534 de 2001.

En estos casos, para el impugnante, la verdadera jurisprudencia de la Corte Constitucional consiste en que además de la protección al derecho de petición, se debe tutelar el debido proceso, la igualdad y la seguridad social : sentencia T-631 de 2002.

Pone de presente la dilatación a la que se enfrenta quien solicita una pensión de jubilación, cuando el juez de tutela se limita a proteger únicamente el derecho de petición :

“... no se necesitan mayores elucubraciones para colegir las graves consecuencias que se derivan de la equivocada tesis de que siempre que se le solicite al Estado el pago de una pensión de jubilación lo único que procede frente a la desidia de resolver oportunamente, es únicamente el amparo del derecho de petición. Porque eso conduce al efecto práctico de que frente al derecho claro de un servidor público, tendría que seguir el siguiente procedimiento : primero elevar su solicitud pensional; segundo, esperar al menos los cuatro meses legales; tercero, recurrir en reposición o apelación el acto presunto configurado por el silencio administrativo negativo; cuarto, esperar otros dos meses, para que se entienda agotada la vía gubernativa; quinto, interponer acción de tutela para que sólo le protejan el derecho de petición, y una vez logrado esto, si la respuesta es negativa, interponer una segunda acción de tutela para que le protejan el resto de los derechos constitucionales fundamentales que le han sido vulnerados. Con todo respeto, considero que este no es el real alcance de la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional sobre el derecho fundamental a la seguridad social, a la igualdad, a la vida, a la salud, al trabajo, cuando está de por medio un derecho de tanta significación social, de tanta trascendencia, de carácter tan esencial como es el de la pensión de jubilación.” (fl. 106)

Manifiesta que de las pruebas aportadas en el escrito de tutela se deduce que el actor reúne los requisitos para el reconocimiento y pago de la pensión y la simple protección al derecho de petición conduce a que se siga dilatando por mucho tiempo el justo derecho que tiene quien prestó meritorios servicios a la justicia y tiene derecho en las mismas condiciones de igualdad, de disfrutar de la pensión como lo han venido haciendo los demás magistrados que lo antecedieron en el retiro y reunieron los requisitos pertinentes.

Por lo tanto solicita que se ordenen al ISS, sin más dilaciones, y de manera inmediata, se reconozca y pague la pensión de jubilación del actor en los términos en que fue impetrada.

5. Sentencia de segunda instancia.

En sentencia del 6 de noviembre de 2003, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, confirmó la providencia impugnada.

Consideró el Tribunal que el problema jurídico de esta tutela se circunscribe a establecer “si como lo plantea el impugnante, ante el silencio de la administración, le es dable al juez de tutela reemplazar al Seguro Social para resolver la titularidad de su pensión de jubilación y en consecuencia disponer su reconocimiento y pago conforme a la normativa que considera le es aplicable.” (fl. 15)

Para el Tribunal no le es dable al juez de tutela resolver la titularidad del derecho pensional. Observa cómo la jurisprudencia a la que alude el apoderado del actor se refiere al reconocimiento de la pensión, una vez ha sido establecida por la autoridad competente, la titularidad del derecho en cabeza de quien ostente el derecho.

Pone de presente que la acción de tutela es instrumento idóneo para obtener la decisión por parte de la autoridad pero no para solicitar el reconocimiento y pago de la pensión. No puede el juez de tutela invadir el ámbito propio de las decisiones que deben adoptar las entidades en el ejercicio de sus funciones constitucionales y legales como sería reconocer la titularidad de una pensión, porque carece de competencia, y lo más importante, no cuenta con los elementos de juicio indispensables para resolver sobre los derechos cuyo reconocimiento y efectividad se busca.

Citó numerosa jurisprudencia de la Corte Constitucional relativa a la no procedencia de la acción para el reconocimiento de los derechos pensionales.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia.

La Corte es competente para conocer de esta demanda, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y en los artículos 33 a 35 del decreto 2591 de 1991.

2. Lo que se discute.

Son dos los asuntos que se plantean en esta acción de tutela : (1) el derecho de petición vulnerado por el ISS al no resolver la petición de reconocimiento de pensión especial de jubilación y el pago de la misma; y, (2) si ante la falta de resolución por parte del ISS, el juez de tutela adquiere competencia para hacer un pronunciamiento de esta naturaleza.

2.1 Sobre el primer asunto, desde ya esta Sala de Revisión advierte que en el presente caso no está en discusión, por ser evidente, la vulneración del derecho fundamental de petición al actor por parte del ISS, que es la entidad de seguridad social ante la que se dirigió el demandante el 6 de noviembre de 2002, requiriendo el reconocimiento y pago de la pensión especial de jubilación, que considera que tiene derecho en su condición de ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia, pues, el demandante ni recibió respuesta a esta solicitud inicial, ni ha sido resuelto, al menos para la época en que se presentó esta acción de tutela, el recurso de apelación contra el silencio administrativo o el acto administrativo ficto, que presentó el 27 de junio de 2003.

Es decir, el ISS no se ha pronunciado sobre si el demandado es titular del derecho de pensión de jubilación especial o general, y, por ende, si tiene derecho a percibir la mesada correspondiente. Es más, ni siquiera en el transcurso de esta acción de tutela, el Instituto intervino, no obstante que fue notificado de su iniciación y de las decisiones de los jueces de tutela.

Los jueces de instancia concedieron la acción de tutela, protegiendo el derecho de petición, no obstante que no fue uno de los derechos invocados por el demandante como presuntamente vulnerado con esta omisión por parte del ISS.

Como la Corte confirmará la protección a este derecho de petición ostensiblemente vulnerado por el ISS, al final de esta providencia se indicará el contenido de esta protección y cómo debe resolverlo el Instituto, de acuerdo con el examen que a continuación se hará sobre el segundo asunto que plantea esta acción de tutela, que se examinará a continuación como un punto independiente.

2.2.1 La Corte analizará si ante el hecho evidente de que el ISS no se ha pronunciado sobre el reconocimiento de la pensión de jubilación, el juez de tutela adquiere competencia para hacer un pronunciamiento de esta naturaleza, tal como considera el actor lo ha dicho la Corte Constitucional en algunas sentencias que transcribe y menciona (sentencias T-235 de 2002 y T-631 de 2002), en armonía con las disposiciones legales que cita, aunado a la sentencia del Consejo de Estado que declaró la nulidad de una parte del artículo 25 del Decreto 043 de 1999.

En otras palabras : estima el demandante que como reúne los requisitos de ley para obtener

la pensión especial de jubilación y la entidad no ha reconocido este hecho dentro de un término prudencial, procede el amparo constitucional para el reconocimiento y pago de la misma, pues esta omisión vulnera los derechos fundamentales del demandante al debido proceso, a la seguridad social, a la igualdad y al mínimo vital. Agrega que el juez de tutela al conceder la acción y ordenar el reconocimiento pertinente, debe indicar que el monto de la misma, a partir del 1º de noviembre de 2002, debe corresponder a una cuantía equivalente al 75% del ingreso mensual promedio, que durante el último año y por todo concepto perciba un Congresista, por estar cobijado el actor en el régimen especial.

Es de observar que la situación laboral del actor, según el escrito de demanda de tutela, es la siguiente :

“1. Con anterioridad a la Ley 100 de 1993 presté mis servicios al Estado Colombiano en condición de Empleado Público así :

1. A la Ofician de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá desde el 16 de marzo de 1971 hasta el 4 de abril de 1972, lapso durante el cual estuve afiliado a la Caja Nacional de Previsión Social.

1. Al juzgado 36 de instrucción criminal de Bogotá, en el año de 1973, tiempo durante el cual estuve afiliado a la Caja Nacional de Previsión Social.

1. A la Procuraduría General de la Nación, en el cargo de Secretario General, desde el 1 de noviembre de 1978 hasta el 15 de septiembre de 1982, interregno durante el cual estuve afiliado a la Caja Nacional de Previsión Social.

Agrega que fue magistrado de la Corte Suprema de Justicia, entre el 1 de noviembre de 1994 y el 31 de octubre de 2002. Señala que tiene más de 50 años. Que el 1 de abril de 1994 tenía 40 años y más de 15 años de servicios o cotizaciones y, adicionalmente, en los últimos años ha estado vinculado a algunas universidades como profesor y afiliado al ISS.

2.2.2 El a quo consideró que al demandante el ISS le vulneró el derecho de petición, por lo que ordenó al Instituto resolver el recurso de apelación interpuesto contra el acto presunto. Consideró que no es competencia del juez de tutela resolver sobre el fondo de lo pedido, porque no existe acto administrativo que refleje la decisión adoptada. En este caso, el juez acudió a lo expresado por la Corte en la sentencia T-1076 de 2001, en cuanto a que en el evento del silencio administrativo, lo procedente es proteger el derecho de petición.

2.2.3 Inconforme con el hecho de que sólo se hubiere tutelado el derecho de petición, el actor impugnó esta decisión pues, en su concepto, el juez desconoció el verdadero alcance de las sentencias de la Corte Constitucional, que han dicho que la acción de tutela procede para ordenar el reconocimiento y pago de la pensión, cuando el interesado reúne los requisitos de ley y la entidad no ha hecho esta declaración en un término prudencial, por cuanto el Estado no puede escudarse en trámites administrativos para la satisfacción del derecho fundamental. Cita como ejemplo de ello la sentencia T-887 de 2001.

2.2.4 El ad quem confirmó la sentencia impugnada, en el que tuteló el derecho fundamental de petición. Señaló que no corresponde al juez de tutela reconocer la titularidad del derecho pensional. Observó, además, que la jurisprudencia a la que alude el apoderado del actor se refiere al reconocimiento de una pensión establecida por la autoridad competente, y no al reconocimiento por parte del juez constitucional.

2.2.5 Planteado así el objeto de esta acción, la Sala de Revisión examinará si es cierto como lo afirma el actor, que la jurisprudencia de la Corte Constitucional indica que el juez de tutela puede hacer pronunciamientos como los que el demandante reclama ante la clara omisión de la autoridad, es decir que, cuando una persona reúne los requisitos legales y la entidad no ha reconocido el derecho a la pensión en un término prudencial, procede el amparo para el reconocimiento y pago de la misma.

Se recuerda que el Instituto no se hizo presente en esta acción de tutela.

3. Jurisprudencia de la Corte Constitucional en lo concerniente a la procedencia de la acción de tutela, como instrumento idóneo para solicitar el pago de una pensión reconocida por la entidad de seguridad social competente, pero no para hacer el reconocimiento correspondiente.

3.1 La amplia jurisprudencia de la Corte ha sido rigurosa en el respeto de las competencias de las autoridades públicas, sean administrativas o judiciales. Por ello, ha señalado claramente que el juez de tutela no tiene competencia para declarar derechos litigiosos, pero sí es competente para compeler el pronunciamiento del derecho por parte de la autoridad facultada para ello, a través de la acción de tutela, cuando existe conculcación de derechos fundamentales, incluido el de petición.

Como ejemplos de la unidad de criterio jurisprudencial en esta materia, basta citar precisamente las sentencias que en opinión del actor constituyen reconocimiento del derecho por parte del juez constitucional, encontrándose que en todos esos casos no ha estado en discusión la titularidad del derecho pensional, sino, asuntos tales como el monto de la mesada, cuáles factores la integran; desde cuándo se adquirió el derecho, etc. Es decir, en ningún caso el juez constitucional ha hecho reconocimiento directo del estatus de pensionado, lo cual es apenas lógico, pues, no es propio de la acción de tutela adentrarse en el examen de la documentación que debe sustentar un pronunciamiento de esta naturaleza, en el breve espacio de 10 días, además, de que existe clara competencia para ello en las entidades de seguridad social y, eventualmente, en la jurisdicción contenciosa administrativa.

3.2 Entonces, resulta necesario despejar esta inquietud, mencionando brevemente las sentencias a las que se refirió y transcribió el actor en apoyo de su solicitud de amparo para el reconocimiento pedido y comparándolas con la situación laboral particular del demandante. Estas sentencias son las siguientes :

Sentencia T-235 de 2002 : corresponde a un ciudadano que radicó su solicitud de pensión de jubilación y después de 4 años y de muchas vicisitudes (incluidas órdenes de tutela), logró que el ISS prohiriera una Resolución contradictoria, pues, por un lado, negó la pensión y, al mismo tiempo, ordenó la tramitación del bono pensional. La materia de esta tutela consistió en examinar la demora en el trámite de la solicitud de pensión por inconvenientes de las entidades del Estado en la emisión del bono pensional, no obstante que el ISS reconoció que el demandante tiene el derecho a ser jubilado. La Corte concedió el amparo en el sentido de no puede dilatarse más la decisión amparándose en la no emisión del bono pensional, pues, la liquidación provisional del mismo ya se produjo.

Se trata pues, de una situación distinta a la expuesta por el demandante. En el caso del actor de esta tutela no está demostrado que reúne las exigencias legales para acceder a la pensión especial de jubilación, ni que la autoridad competente se hubiere negado al reconocimiento respectivo, ni, mucho menos, que el ISS se esté rehusando a aplicar el monto de pensión en el 75% al que se ha aludido, por la sencilla razón de que no ha habido pronunciamiento. Por lo que mal podría el juez constitucional ordenar en este caso, como lo hizo en aquella oportunidad, el reconocimiento de la pensión sin que exista la declaración sobre la titularidad del derecho por parte de la autoridad de seguridad social.

Sentencia T-631 de 2002 : corresponde a un ciudadano que laboró por 34 años en la Rama Judicial, en forma ininterrumpida, y la Caja Nacional de Previsión Social le reconoció el derecho a la pensión pero no le aplicó el régimen especial del Decreto 546 de 1971.

Como se observa, se trata de una situación diametralmente distinta a la del actor de esta tutela, pues, la entidad de seguridad social ya había reconocido el derecho a la pensión por un monto determinado, pero la discusión estaba en el desconocimiento del régimen especial que tenía derecho el interesado. De allí que la orden del juez, como mecanismo transitorio, consistió en que se le reconociera el régimen especial, hasta que la jurisdicción contenciosa resolviera. Esta protección se otorgó transitoriamente en razón de la situación económica particular que atravesaba el interesado, hecho probado en el expediente.

La sentencia T-887 de 2001 : corresponde a una ciudadana a quien el ISS no le había respondido la petición en relación con su derecho pensional porque la entidad estaba condicionado la decisión a la expedición por parte de los empleadores del bono pensional, no obstante que el ISS aceptaba que la demandante reunía los requisitos de ley para acceder a la pensión. La Corte concedió la tutela con el argumento de que las entidades estatales no pueden escudarse en trámites administrativos para retardar el goce de la pensión al trabajador que ha reunido las exigencias legales.

También se trata de una situación distinta a la del demandante, porque la entidad no objetaba el derecho a la pensión, sino que condicionaba la decisión a la expedición del bono pensional. Es decir, a una situación entre entidades que no estaba obligado a soportar el ciudadano.

3.3 En conclusión : las providencias en que se apoya el demandante no dicen lo que él

pretende que digan. Y es apenas lógico, pues, el criterio permanente de la Corte en esta materia consiste en que la acción de tutela puede ser el medio indicado para solicitar el pago de una pensión ya reconocida por la entidad de seguridad social correspondiente. Además, las situaciones analizadas en tales providencias son distintas a la que se encuentra el actor.

3.4 Más bien, conviene citar algunas de las numerosas providencias que han establecido y reiterado este criterio, así :

- En la sentencia T-038 de 1997, la Corte señaló que la acción de tutela es un instrumento idóneo para solicitar el pago de una pensión ya reconocida por la entidad de seguridad social pertinente, y si el derecho a pensión no ha sido declarado, el interesado tiene derecho a obtener una decisión de parte de la administración con base en el derecho fundamental de petición. Dijo esta providencia :

“La Corte Constitucional ha considerado que la protección del derecho a la seguridad social de las personas no entraña la posibilidad de reconocimiento de los derechos pensionales de las personas por parte del juez de tutela.

“La acción de tutela es un instrumento idóneo para solicitar el pago de una pensión ya reconocida por la institución de seguridad social respectiva. Sin embargo, cuando se trata de una pensión que aún no ha sido reconocida, el particular tiene derecho a obtener una decisión por parte de la administración con base en su derecho fundamental de petición, sin que ello lo libere de la obligación de cumplir con el trámite legal previsto para el reconocimiento.

“En efecto, al Juez de tutela no le corresponde señalar el contenido de las decisiones que deban tomar las autoridades públicas en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, como la de reconocer una pensión, pues fuera de carecer de competencia para ello, no cuenta con los elementos de juicio indispensables para resolver sobre los derechos por cuyo reconocimiento y efectividad se propende. En este sentido ha sido clara la jurisprudencia de la Corporación en indicar que “los fallos emitidos en materia de acción de tutela no tienen virtualidad para declarar derechos litigiosos, menos aún cuando de estos se predica su carácter legal” (sentencia T-038 de 1997, MP, doctor Hernando Herrera Vergara)

Es de observar que esta sentencia ha sido reiterada una y otra vez por esta Corporación en

numerosas oportunidades, incluidas las por el demandante citadas.

- Es más, sólo excepcionalmente, en la sentencia T-408 de 2000, por ejemplo, en razón de los hechos probados en la acción de tutela, de debilidad manifiesta del actor, en razón de la avanzada edad, su precario estado de salud, la protección a la tercera edad y el derecho a la vida, altamente comprometido en este caso, la Corte confirió el amparo, transitoriamente, ordenando a la entidad de seguridad social competente que mientras decide el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que se adelanta contra el acto administrativo que le negó la pensión, revise nuevamente la situación del demandante y tenga en consideración determinados tiempos trabajados y cotizados. En este caso, la Corte reiteró la jurisprudencia sobre la incompetencia del juez de tutela para el reconocimiento de derechos litigiosos y para el reconocimiento del derecho pensional, por ello, la orden no consistió en la declaración del derecho sino en la revisión de la situación por parte de la Caja Nacional. Dijo la sentencia T-408 de 2000 :

“Las controversias acerca del reconocimiento y pago de prestaciones laborales de orden económico constituyen, por regla general, un asunto totalmente ajeno al ámbito de la jurisdicción constitucional en sede de tutela, en virtud de la naturaleza puramente legal de esas pretensiones y la existencia de otras instancias, medios y procedimientos administrativos y judiciales ordinarios pertinentes para su trámite, salvo en las situaciones que por vía de excepción configuren un perjuicio irremediable, que haga indispensable la adopción en forma urgente, inminente e impostergable de medidas transitorias para la protección del derecho.¹

(...).

Sin embargo, dada la avanzada edad del demandante, su precario estado de salud, la protección especial que merecen las personas de la tercera edad y por supuesto los derechos fundamentales como la salud y la vida, altamente comprometidos en este asunto, se solicitará a la Caja Nacional de Previsión Social, que mientras³ se decide el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por el demandante, revise nuevamente⁴ la situación del actor y tenga en consideración los tiempos debidamente trabajados y cotizados a todas las entidades en donde éste laboró. Para ello, deberá tenerse en cuenta el principio de favorabilidad en la aplicación e interpretación de las normas laborales que le sean propias

al caso en controversia 5.

Reitera así la Corte la jurisprudencia constitucional que ha señalado, que el titular de un derecho fundamental en condiciones de debilidad manifiesta requiere el amparo urgente de sus derechos dada la gravedad del perjuicio que atraviesa⁶. (sentencia T-408 de 2000, MP, doctor Alvaro Tafur Galvis) (se subraya)

Se puede tener en cuenta también la sentencia T-684 de 2001, en la que el ISS no respondió oportunamente la solicitud de pensión, sino que cuando lo hizo durante el trámite de la acción de tutela, informó que la demora obedeció a la falta de emisión del bono pensional. En este caso se protegió el derecho del interesado para el pago de la mesada, en razón de que su derecho fue reconocido por la entidad. En sentido semejante se pronunció la Corte en la sentencia T-1046 de 2002.

Otra cosa diferente ha ocurrido en algunas oportunidades cuando se trata del reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, pues, ante hechos concretos y probados de debilidad manifiesta, la Corte ha protegido transitoriamente el derecho a quien es titular de esta clase de pensiones, siempre y cuando hubiere habido reconocimiento previo del derecho en cabeza del causante.

3.5 En síntesis : la acción de tutela es improcedente para el reconocimiento de derechos pensionales, salvo los casos de debilidad manifiesta.

En consecuencia, de acuerdo con la amplia jurisprudencia de la Corte, no es posible amparar el derecho como lo pretende el actor, pues, se repite, no ha habido reconocimiento del carácter de pensionado del demandante, ni, mucho menos, sobre si reúne los requisitos legales para la pensión especial, y no es el juez de tutela el competente para hacerlo. Esta improcedencia ni siquiera puede eludirse cuando, como ocurre en este caso, ha habido una clara y ostensible vulneración del derecho de petición para resolver la solicitud de pensión, se ha dado el fenómeno del silencio administrativo negativo y se ha interpuesto recurso de apelación contra el acto ficto, sin tampoco obtener respuesta por parte del ente obligado, quedando palmaria, sin lugar a dudas, la indiferencia del ISS para resolverle al ciudadano los derechos que se le plantean.

5. La situación de los ex magistrados de las altas Cortes en materia pensional :

Conviene señalar que la Corte, en reciente pronunciamiento, examinó la situación de algunos ex magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, en la sentencia de unificación SU-975 de 2003, en la que analizó el derecho a la seguridad social en materia pensional y potestad de configuración legislativa; el derecho a la igualdad como límite de la competencia legislativa de fijar la política pública en materia pensional y prohibición de un trato desproporcionado; condiciones; plazos para responder las peticiones en materia pensional, entre otros temas. Examinó históricamente el punto de los grupos objeto de comparación para efectos del monto de la pensión : ex magistrados y ex congresistas. Apartes de esta sentencia señalan :

“En conclusión, de conformidad con la decisión de la Corporación [sentencia C-279 de 1996], el artículo 15 de la Ley 4 de 1992, cuando diferenció entre los grupos de magistrados y de congresistas, respecto de los factores salariales a tomar como base para liquidar las pensiones de unos y otros, no vulneró el principio de igualdad de los primeros respecto de los segundos. El criterio de diferenciación empleado por el Legislador fue avalado como constitucional en el fallo de exequibilidad.

5.2.3 El artículo 28 del Decreto 104 de 1994 avanza en la nivelación del monto de las pensiones de los congresistas y los magistrados, sin llegar a una igualdad plena. En efecto, la norma solo equipara en factores salariales y cuantía las pensiones de ambos grupos, sin establecer una igualdad absoluta de elementos y condiciones del régimen pensional entre unos y otros. Tal equiparación en materia de factores salariales y cuantía puede explicarse por la decisión gubernamental de fomentar la renovación de magistrados en la administración de justicia, habida cuenta de la expedición de una nueva Constitución cuya efectividad depende en buena medida de la jurisprudencia de las corporaciones judiciales que están a la cabeza de las diversas jurisdicciones. El criterio de diferenciación entre los dos grupos siguió siendo, para los demás efectos pensionales, la pertenencia a diversos regímenes especiales.

A la luz de los grupos de comparación, los criterios de diferenciación expuestos en los numerales 5.1 y 5.2 y la omisión general acusada por los accionantes, debe establecer la Corte si el Ejecutivo vulnera el derecho a la igualdad por tratar en forma diferente al grupo de ex magistrados pensionados antes de la vigencia de la Ley 4 de 1992 respecto del grupo de los magistrados a pensionarse después de tal vigencia. (...) (sentencia SU-975 de 2003,

MP, doctor Manuel José Cepeda Espinosa)

Esto significa al momento en que la autoridad competente, el ISS, declare si el actor tiene derecho o no al régimen especial, debe tener en consideración lo expresado en esta sentencia de unificación de jurisprudencia.

5. Reiteración de jurisprudencia en el caso del silencio administrativo. Sentencia T-1076 de 2001.

5.1 En estos eventos, la Corte ha fijado el criterio de que no obstante agotarse la vía gubernativa, y abrirse paso para el interesado la posibilidad de acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para defender sus derechos, el afectado puede impetrar en cualquier momento, la acción de tutela, tal como lo establece el artículo 9 del Decreto 2591 de 1991 : “Agotamiento opcional de la vía gubernativa. No será necesario interponer previamente la reposición u otro recurso administrativo para presentar la solicitud de tutela. El interesado podrá interponer los recursos administrativos, sin perjuicio de que ejerza directamente en cualquier momento la acción de tutela (...)”.

En la sentencia T-788 de 2001, la Corte reiteró su jurisprudencia respecto de la procedencia de la acción de tutela para proteger el derecho de petición frente al silencio administrativo, no obstante que la persona puede accionar judicialmente ante la jurisdicción. Dijo esta sentencia :

“El silencio administrativo negativo no protege el derecho de petición, y por tanto su ocurrencia hace procedente la acción de tutela. El silencio administrativo es un acto ficto cuya ocurrencia tiene como finalidad legitimar a la persona para que pueda accionar judicialmente, pues precisamente lo que demuestra es la inexistencia de una respuesta por parte de la administración y la violación del derecho de petición. Por tanto, no puede afirmarse que sea un medio de defensa judicial idóneo que excluya la acción de tutela, en tanto que el silencio administrativo negativo no exime a la autoridad de responsabilidad, ni le impide resolver siempre que no se haya acudido ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.” (sentencia T-788 de 2001, MP, doctor Jaime Córdoba Treviño)

La sentencia T-242 de 1993 explicó que no se puede confundir el derecho de petición con el contenido del mismo. Expuso esta providencia lo siguiente :

De acuerdo con lo atrás expuesto, no se debe confundir el derecho de petición -cuyo núcleo esencial radica en la posibilidad de acudir ante la autoridad y en obtener pronta resolución- con el contenido de lo que se pide, es decir con la materia de la petición. La falta de respuesta o la resolución tardía son formas de violación de aquel y son susceptibles de la actuación protectora del juez mediante el uso de la acción de tutela, pues en tales casos se conculca un derecho constitucional fundamental. En cambio, lo que se debate ante la jurisdicción cuando se acusa el acto, expreso o presunto, proferido por la administración, alude al fondo de lo pedido, de manera independiente del derecho de petición como tal. Allí se discute la legalidad de la actuación administrativa o del acto correspondiente, de acuerdo con las normas a las que estaba sometida la administración, es decir que no está en juego el derecho fundamental de que se trata sino otros derechos, para cuya defensa existen las vías judiciales contempladas en el Código Contencioso Administrativo y, por tanto, respecto de ella no cabe la acción de tutela salvo la hipótesis del perjuicio irremediable (artículo 86 C.N.).

(...)

La posibilidad así lograda de ejercer una acción judicial no significa que el derecho fundamental de petición haya dejado de ser vulnerado, ni que pierda relevancia jurídica tal vulneración, ni tampoco que se haga inútil o innecesaria la tutela como garantía constitucional respecto de aquel, sino precisamente lo contrario: el sistema jurídico, ante la negligencia administrativa que dio lugar a la violación del derecho de petición, ha tenido que presumir la respuesta para fines procesales referentes a la materia de lo pedido.

En este orden de ideas, el silencio administrativo es un presupuesto para someter a la jurisdicción la contienda sobre dicha materia -que es el asunto litigioso objeto de la acción contenciosa- pero no un medio de defensa judicial del derecho de petición en los términos del artículo 86 de la Carta.

En el campo del asunto que principalmente importa a los fines de este proceso, el silencio administrativo es la mejor demostración de que se ha conculcado el derecho de petición y el fundamento más claro para proceder a su tutela.” (sentencia T-242 de 1993, MP, doctor José Gregorio Hernández Galindo)

5.2 Sentencia T-1076 de 2001 que se reitera :

Aclarado este punto, esta Sala de Revisión reiterará la jurisprudencia contenida en la sentencia T-1076 de 2001, en la que la Corte examinó la situación de un ciudadano que presentó ante Cajanal recurso de apelación contra el silencio administrativo negativo, al no recibir respuesta de su solicitud de revisión y reliquidación de su pensión. En este caso como en el que se estudia, la entidad responsable de resolver no hizo tampoco ningún pronunciamiento en el transcurso de la acción de tutela, lo que calificó la providencia no sólo como el total desconocimiento de los principios que deben regir todas las actuaciones administrativas, sino de desdén por los derechos fundamentales de los administrados. Dijo la Corte :

“En el presente caso, la accionante tenía más de siete (7) meses de haber solicitado la revisión y reliquidación de su pensión y cerca de cinco (5) meses de haber interpuesto el correspondiente recursos de apelación, peticiones a las cuales no se les ha dado respuesta alguna por parte de la entidad accionada.

Así, esta Sala de Revisión aplicará la reiterada jurisprudencia que sobre el tema ha señalado, que si bien los recursos por la vía gubernativa tienen un alcance concreto, una finalidad muy definida y unos plazos para su interposición, estos responden a una conducta inicial adelantada por los administrados, cual es hacer uso de su derecho fundamental de petición, previsto en el artículo 23 de la Carta Política. Por ello, tramitar tardíamente o no resolver tales recursos constituye vulneración flagrante del derecho de petición.⁷

Se reiteran así, las sentencias T-242 de 1993, T-304 de 1994, T-1239 de 2000, T-487, T-539, T-788 y T-911 de 2001 de la Corte Constitucional, que han venido dando aplicación a los criterios hoy nuevamente ratificadas en esta decisión, en relación con la violación del derecho de petición.

Esta Sala de Revisión procederá a tutelar el derecho fundamental de petición, y se ordenará a la Caja Nacional de Previsión Social - CAJANAL -, dar respuesta a la petición de la señora Martínez Genes, en un término de cuarenta y ocho horas, en uno u otro sentido, es decir, resolviendo favorable o desfavorablemente el recurso de apelación por ella interpuesto.

Como en otros casos, esta Sala considera que presuntamente se ha incurrido en falta disciplinaria por los servidores públicos de la demandada, al tenor de lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 41 de la ley 200 de 1995 Código Único Disciplinario que contempla

dentro de las prohibiciones para los servidores públicos: “Omitir y retardar o no suministrar oportunamente respuesta a las peticiones respetuosas de los particulares...”.

Por lo anterior, la Corte dará traslado a las autoridades competentes para que investiguen las posibles faltas disciplinarias con motivo del trámite y resolución tanto de la petición inicial presentada por la actora, como de los recursos interpuestos.” (sentencia T-1076 de 2001, MP, dr. Jaime Araújo Rentería)

6. El caso concreto.

6.1 De acuerdo con todo lo expresado, resulta obvio como se señaló que el derecho a proteger en este caso es el de petición, pues, han transcurrido más de 16 meses desde la solicitud inicial de reconocimiento de la pensión de jubilación del actor, y más de 9 meses desde que presentó recurso de apelación contra el acto administrativo ficto, sin que se le hubiera resuelto su pedido.

Se está pues ante una demora injustificada de los términos legales en materia de pensiones. Se recuerda que en la sentencia T-325 de 2003, de esta misma Sala Segunda de Revisión, se hicieron las siguientes precisiones sobre el plazo que tiene la entidad de seguridad social para resolver esta clase de solicitudes :

“En estas condiciones, se reitera que las entidades públicas o privadas del Sistema General de Pensiones para hacer efectivo el derecho solicitado, cuentan, en total, con un término máximo de seis meses para tramitar y comenzar a pagar la pensión respectiva, que se distribuyen así: quince días para atender preliminarmente la petición y hacer las indicaciones que fueren pertinentes al solicitante; cuatro meses para resolver la solicitud de la petición en concreto, de tal manera que se comience a pagar la pensión correspondiente a más tardar seis meses después de que se hizo la solicitud inicial.” (sentencia T-325 de 2003) (se subraya)

Hay que recordar que estos plazos no fueron caprichosamente establecidos por la Corte, sino que tienen fundamento constitucional en el artículo 23 de la Carta y fundamento legal en las Leyes 700 de 2001 y 797 de 2003, así como en el Decreto 656 de 1994. Además, en el Código Contencioso Administrativo, en su artículo 6º.

6.2 Al confirmar que se tutela este derecho de petición, no obstante que como se advirtió no fue uno de los derechos invocados por el demandante como vulnerado por la omisión del ISS, se hace en consideración de que el juez de tutela puede proteger derechos no invocados por el actor, tal como se expuso en la sentencia T-684 de 2001, que en un caso, también semejante al ahora estudiado de retardo del ISS en dar respuesta a la solicitud de pensión, no invocó dentro de los vulnerados, el de petición. Dijo la Corte :

2.1. La protección constitucional de derechos no invocados por el actor

Aunque el actor no mencionó el derecho de petición, de los hechos relatados y aceptados por la accionada queda claro que el actor también espera una respuesta de la Administración. Ha sostenido reiteradamente la Corte que dada la informalidad de la acción de tutela, cuando el actor no invoca expresamente la totalidad de los derechos vulnerados, el juez de tutela no solamente tiene la facultad sino la obligación de proteger todos los derechos que de conformidad con las pruebas aportadas dentro del proceso encuentre vulnerados, de conformidad con lo establecido en los artículos 3 y 14 del Decreto 2591 de 1991.? Para la Corte,

“En cuanto a los derechos invocados, la informalidad de la tutela y la necesidad de pronta resolución son características, suficientemente escudriñadas por la doctrina constitucional, que impiden exigir al solicitante un mínimo de conocimientos jurídicos, menos todavía si se pretende que haga encajar sus circunstancias, con absoluta precisión, en el articulado de la Carta Política.

“Por ello, si el juez encuentra afectados derechos no invocados por el petente, no sólo puede sino que debe referirse a ellos en su sentencia y decidir lo pertinente, impartiendo las órdenes necesarias para su cabal y plena defensa. De tal empeño depende la eficacia de la acción y el consiguiente imperio de los mandatos constitucionales.

“El juez, especialmente en materia de tutela, tiene a su cargo un papel activo, independiente, que implica la búsqueda de la verdad y de la razón, y que riñe con la estática e indolente posición de quien se limita a encontrar cualquier defecto en la forma de la demanda para negar el amparo que de él se impetra”.?

En el caso presente, a pesar de que el actor sólo menciona como vulnerados sus derechos a

la seguridad social, a la igualdad, a la protección de los derechos de la tercera edad y al mínimo vital, la omisión del Instituto de Seguros Sociales en darle una respuesta formal a su solicitud, vulneró directamente su derecho fundamental de petición y con ello, indirectamente, los derechos alegados por él, como se analiza a continuación.” (sentencia T-684 de 2001, MP, doctor Manuel José Cepeda Espinosa)

6.3 Ordenes a proferir con el fin de proteger el derecho de petición del actor :

Como se anunció, la Corte amparará el derecho de petición en la forma que lo hicieron los jueces de instancia, pero adicionará el contenido de la orden como se explica a continuación.

La Corte, de acuerdo con todo lo expresado en esta providencia, y teniendo en cuenta la jurisprudencia de esta Corporación, no sólo ordenará que se resuelva el recurso de apelación en forma general, sino que el ISS debe resolver cada una de las peticiones que elevó el demandante en su solicitud, según obra en el escrito de tutela, así :

“1) La pensión mensual vitalicia de jubilación consagrada en el régimen especial de los magistrados de las altas Corporaciones de Justicia, pagadera mensualmente.

2) Las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año.

3) Los reajustes o reliquidaciones que correspondan a esa pensión a partir del primero de enero de 2003, en adelante, año por año.

4) Los intereses moratorios en caso de falta de pago de la totalidad del monto de las mesadas pensionales respectivas.

5) Los demás derechos económicos y asistenciales inherentes al status de pensionado.” (fls. 1 y 2, 3er cuaderno)

Al resolver esta petición, el ISS está obligado a tener en consideración la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto del monto de la pensión; si el actor está cobijado con el régimen especial y, en tal caso, pronunciarse sobre el monto de la misma.

Así mismo, tendrá en cuenta la sentencia del Consejo de Estado, de fecha 18 de noviembre

de 2002, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, que declaró la nulidad de la expresión "...que a 1º de abril de 1994 desempeñaban sus cargos en propiedad y cumplían las condiciones previstas en el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993", contenida en el primer inciso del artículo 25 del Decreto 043 de 1999.

Es decir, al actor, el ISS le debe aplicar el contenido de la disposición, tal como el Consejo de Estado resolvió expresamente que quedaría esta norma, según obra en la parte resolutive de la misma providencia, en el numeral primero, que se transcribe así :

"FALLA :

"PRIMERO : Declárase la nulidad de la expresión "...que a 1º de abril de 1994 desempeñaban sus cargos en propiedad y cumplían las condiciones previstas en el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993", contenida en el primer inciso del artículo 25 del Decreto 043 de 1999.

En consecuencia, el citado artículo quedará así :

´Los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, los procuradores delegados ante la Corte Suprema de Justicia y ante el Consejo de Estado podrán pensionarse teniendo en cuenta los mismos factores y cuantías de los Senadores de la República y Representantes a al Cámara en los términos establecidos en las normas vigentes.´

Los Magistrados señalados en el inciso anterior podrán también pensionarse cuando reúnan los requisitos de edad y tiempo señalados para los Congresistas en el párrafo del artículo 3º del Decreto 1293 de 1994"

A estas solicitudes debe acompañarse un pronunciamiento expreso en el sentido de si el demandante queda cobijado o no por el sistema de seguridad social, pues, tal como lo señaló en el escrito de tutela, desde el 31 de octubre de 2002, quedó desafiliado al ISS (fl. 2), lo que pone en riesgo sus derechos a la seguridad social en salud.

Además, esta Sala de Revisión ordenará a la Secretaría poner en conocimiento de la Procuraduría General de la Nación esta omisión del ISS, con el fin de que se investigue la presunta comisión de falta disciplinaria por parte de los servidores públicos del Instituto en la

demora de resolver la solicitud de reconocimiento y pago de pensión que originó esta acción de tutela.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE :

Primero : Confirmar la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, de fecha 6 de noviembre de 2003, en la acción de tutela presentada por José Roberto Herrera Vergara contra el Instituto de los Seguros Sociales. Se adiciona esta sentencia con el fin de que el ISS debe pronunciarse sobre cada uno de las solicitudes pedidas por el demandante en su solicitud de pensión, así :

“1) La pensión mensual vitalicia de jubilación consagrada en el régimen especial de los magistrados de las altas Corporaciones de Justicia, pagadera mensualmente.

2) Las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año.

3) Los reajustes o reliquidaciones que correspondan a esa pensión a partir del primero de enero de 2003, en adelante, año por año.

4) Los intereses moratorios en caso de falta de pago de la totalidad del monto de las mesadas pensionales respectivas.

5) Los demás derechos económicos y asistenciales inherentes al status de pensionado.”

Para el cumplimiento de esta providencia, el ISS, si aún no lo ha hecho, dispondrá de un plazo no mayor de quince (15) días, contado a partir de la notificación de esta providencia, para resolver lo concerniente a la solicitud de pensión del actor, en todos los aspectos mencionados, aunado a la afiliación al sistema de seguridad social en salud. La decisión debe tener en cuenta las providencias de la Corte Constitucional respecto del régimen especial, en el evento de que el actor reúna las exigencias legales, y la sentencia del Consejo de Estado, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de fecha 18 de noviembre de 2002, de la

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, a que se hizo expresa referencia en la parte motiva y tal como fue decidido en el numeral primero de la misma.

Segundo : Ordenar a la Secretaría General de la Corte la expedición y envío de copia de la presente providencia a la Procuraduría General de la Nación con el fin de que se investigue la presunta comisión de falta disciplinaria por parte de los servidores públicos del ISS en la demora de resolver la solicitud de reconocimiento y pago de pensión que originó esta acción de tutela.

Tercero : Prevenir a la entidad demandada para que cumpla lo dispuesto en este fallo y para que en lo sucesivo no repita el tipo de omisión que dio origen a la presente acción, de conformidad con lo previsto en el artículo 24 del Decreto 2591 de 1991.

Por Secretaría General líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General (e)

1 Ver la Sentencia T-036/97, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

2 T-274 de 1997. Carlos Gaviria Díaz.

3 Aun cuando exista un medio alternativo de defensa judicial la acción de tutela procede cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. SU039 de 1997. M. P. Antonio Barrera Carbonell.

4 En el mismo sentido, T-334 de 1997, T-799 de 1999, T-827 y T-808 de 1999.

5 “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 solo 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” T-168 de 1995, M. P. Carlos Gaviria Díaz

6 T-143 de 1998. T-417 de 1997 y T-762 de 1998 entre otras.

7 Ver sentencia T-021 de 1998. M. P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

Andro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz. En este caso, el accionante se quejaba de una violación a su derecho al debido proceso, como consecuencia de la cual le resultaba desconocido tambi

en el derecho a la educación. La Corte Constitucional señaló que no estaba “vedado al juez de tutela proteger derechos no invocados expresamente por el peticionario, pues si los elementos allegados al proceso le permiten colegir que se están quebrantando o amenazando otras garantías fundamentales, no solamente tiene la facultad sino la obligación de declararlo así, adoptando las medidas adecuadas a ese propósito”. T-554/94, MP: Jorge Arango Mejía, En este caso, la Corte encontró como vulnerados tanto el derecho de petición como el derecho al debido proceso, aún cuando el actor sólo había solicitado la protección del derecho de petición. T-532/94, Jorge Arango Mejía, en este caso la Corte protegió adicionalmente el derecho de petición, aun cuando el actor sólo había invocado como violados los derechos a la seguridad social, a la vida y el principio fundamental de la dignidad. T-501/94, MP: Vladimiro Naranjo Mesa, En esta ocasión la Corte estudió la vulneración de los Derechos a la intimidad, a la dignidad y de petición, aun cuando el actor había solicitado la protección de los derechos de petición, igualdad y derecho tener una familia.

Corte Constitucional, Sentencia T-463/96, MP: José Gregorio Hernández Galindo. En este caso la actora solicitaba la protección de los derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de escoger profesión u oficio

la Corte encontró además que se había vulnerado el principio de buena fé.

Ver entre otras, la sentencia de la Corte Constitucional T-299/97, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, Sentencia SU-1354/00, MP: Antonio Barrera Carbonell. En esta sentencia la Corte reitera el reconocimiento del derecho a la