

Sentencia T-390-09

Referencia: expediente T- 2.097.312

Accionante: Álvaro Tafur Galvis

Demandado: ISS

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de mayo de dos mil nueve (2009).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, Juan Carlos Henao Pérez y Jorge Iván Palacio Palacio, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9º de la Constitución Política, y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión de las sentencias de amparo proferidas los días 28 de julio y 17 de septiembre de 2008 por el Juzgado 43 Penal del Circuito de Bogotá y la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de amparo adelantado por Álvaro Tafur Galvis contra el Instituto de Seguro Social.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos.

Los hechos relatados por el peticionario de amparo son los siguientes:

1. El accionante nació el 3 de septiembre de 1944, contando actualmente con 63 años de edad.

1. Cotizó al ISS como docente, Decano y Rector del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, en dos períodos: a partir del 1º de enero de 1967 hasta el 31 de enero de 1968 y, luego, desde el 1º de septiembre de 1971 hasta el 28 de octubre de 1986.

1. Antes de expedirse la Ley 100 de 1993, había cotizado al ISS, en total 16 años, 1 mes y 28 días.

1. En consecuencia, en el año 1990, cuando se expidió el Reglamento del ISS, y en el año 1994, momento en el cual se aplicó el régimen de transición a los Magistrados de las Altas Cortes, en cuanto al tiempo se refiere, le faltaban 3 años, 10 meses y 2 días para completar uno de los requisitos necesarios para la obtención de su pensión.

1. Posteriormente, desde el 1 de marzo de 1996 hasta el 31 de mayo del mismo año, nuevamente cotizó al ISS en condición de trabajador independiente, y parte como trabajador dependiente en el sector privado; y luego, desde el 1º de agosto de 1996 hasta el 31 de julio de 1999, volvió a cotizar para pensiones, es decir, que hasta el 20 de julio de 1999 había cotizado 19 años, 4 meses y 28 días, motivo por el cual, para esa fecha, no podía solicitar su pensión.

1. El peticionario fue elegido Magistrado de la Corte Constitucional para un período constitucional de ocho años, iniciando sus funciones el 21 de julio de 1999 hasta la fecha de su retiro, el 20 de julio de 2007.

1. Así las cosas, sumando el trabajo desempeñado en la Corte Constitucional, el accionante cotizó al ISS durante 27 años, 4 meses y 8 días.

1. Mientras desempeñaba sus funciones como Magistrado de la Corte Constitucional, el peticionario cumplió los requisitos para obtener su pensión de vejez, razón por la cual, el 9 de marzo de 2007, la solicitó ante el ISS.

1. El día 6 de julio de 2007, la Asesora VI de la Vicepresidencia de Pensiones del Seguro Social, Seccional Cundinamarca y D.C., profirió la resolución núm. 0029917, por medio de la cual reconoció la pensión de vejez del accionante, señalando una mesada de \$ 6.613.305 pesos.

1. Argumenta el actor que la mencionada funcionaria no tuvo en cuenta que el último salario devengado en el año 2007 fue de \$ 19.222.156 pesos, sin incluir el aumento posterior y las primas que necesariamente aumentan el ingreso base de liquidación.

1. Explica que la cifra de \$ 6.613.305, señalada por el ISS, no corresponde a ningún criterio objetivo. “Por ejemplo, el ISS dijo que tomaría lo devengado por mi mandante en los últimos 3.650 días (es decir, diez años) “conforme a lo indicado en el inciso 3º del artículo 36 de la ley 100 de 1993”. Al hacer esta afirmación el ISS cometió una ruptura ostensible de la normatividad porque el doctor Álvaro Tafur Galvis está cobijado por el régimen de transición, como la misma resolución lo reconoce en la primera página de la misma. Luego, para efectos del soporte normativo, al doctor Tafur Galvis se le han debido aplicar las normas que regulan las pensiones de los Magistrados de las Altas Cortes. Tan es así que en la resolución que reconoció la pensión se mencionan el decreto 1293 de 1994, que establecen los requisitos para acceder a la pensión y la forma de liquidarla, tanto para Parlamentarios como para Magistrados de las Altas Cortes. El ISS los citó pero no los aplicó en el caso concreto”.

1. Asegura igualmente que el ISS incurre en una incoherencia al afirmar que debía tener la calidad de “magistrado en propiedad”, para invocar el régimen especial de los Magistrados de las Altas Cortes, siendo que esta condición fue declarada nula por el Consejo de Estado en sentencia del 18 de noviembre de 2002, “luego es inexplicable que en la página 4 haga caso omiso de lo que ya el propio ISS había reseñado. Además, el doctor Tafur Galvis SI fue nombrado en propiedad”.

1. Comenta igualmente que “Posteriormente, el ISS expide otra resolución, distinguida con el número 0031299 de 19 de julio de 2007, por la cual va a “Modificar la Resolución No. 0029917 (artículo 1º de la Resolución) PERO REPITE lo de la resolución que dice que va a modificar y mantiene la mesada en \$ 6.613.305. Esta burla afecta la dignidad de cualquier persona y, por supuesto, la dignidad del exMagistrado Álvaro Tafur Galvis”.

1. Frente a las anteriores resoluciones se interpusieron en tiempo los recursos de reposición y apelación. La primera fue resuelta mediante resolución núm. 0041257 del 3 de septiembre de 2007, en el sentido de confirmar lo decidido en la resolución 0029917 de 6 de julio de 2007.

1. Afirma que en el texto de la resolución que resolvió la reposición, nada se dijo acerca de los argumentos expuestos por el peticionario, ni se tuvo en cuenta que también se había interpuesto recurso contra la resolución núm. 0031299 del 19 de julio de 2007.

1. En tal sentido, comenta que “la resolución No. 0041257 del 3 de septiembre de 2007, dice que mi poderdante nació el 29 de abril de 1949, es decir, que no tenía 60 años cuando solicitó la pensión. Esa fecha caprichosa, incide en la pensión. El ISS pasó por alto el registro civil que obra en el expediente, la fotocopia de la cédula de ciudadanía

que también está en el expediente y según las cuales, el doctor Tafur Galvis nació el 3 de septiembre de 1944". Además, "pese a que el doctor Álvaro Tafur Galvis laboró en la Corte Constitucional hasta el 20 de julio de 2007, se dijo que sólo acreditó tiempo de servicio hasta el 30/11/06". Además "solamente se le reconocen a mi poderdante 1392 semanas de cotización al ISS, cuando en los Seguros Sociales está la prueba de que fueron 1.425 semanas".

1. Señala asimismo que "también se interpuso apelación y ésta no ha sido resuelta, pese a que los recursos se interpusieron hace casi un año".

1. Agrega que "consolidado su derecho a la pensión y finalizado el período para el cual fue elegido en la Corte Constitucional, en su condición de empleado público y de Magistrado de las Altas Cortes, adquirió el derecho a la pensión especial establecida para ello, puesto que está amparado por el régimen de transición".

1. Explica que el salario que devengó durante el último año de servicios, es decir, 2007, fue de \$ 19.222.156, correspondiéndole como mesada pensional el equivalente al 75% del porcentaje de lo devengado en el último año. Sin embargo, el ISS le tasó su mesada pensional en \$ 6.613.305 pesos, es decir, el 34%, configurándose una vía de hecho.

1. Afirma que la mesada pensional que viene recibiendo no se equipara con aquella devengada por otros ciudadanos que han ocupado cargos en las Altas Cortes, violándose de esta forma su derecho a la igualdad..

En este orden de ideas, el peticionario solicita lo siguiente:

"PRIMERA. Que el juzgado diga que se violaron los derechos fundamentales antes mencionados: el derecho a la seguridad social en conexidad con los derechos de

petición, igualdad, dignidad, protección a los derechos adquiridos y, especialmente, violación al debido proceso, POR HABERSE INCURRIDO EN VÍA DE HECHO.

SEGUNDA. Que se le ordene al ISS, resolver la apelación interpuesta contra las resoluciones 0029917 de 6 de julio de 2007 y 0031299 de 19 de julio de 2007, en el término de 48 horas. Y que de hacerlo, la resolución que resuelva el recurso de apelación no repita las vías de hecho en que se ha incurrido en las resoluciones anteriores y, por lo tanto, ordenarle al Instituto de los Seguros Sociales reconocerle al doctor Álvaro Tafur Galvis la mesada pensional que legal y constitucionalmente le corresponde”

2. Respuesta de la entidad accionada.

El ISS se abstuvo dar respuesta a la petición de amparo.

3. DECISIONES JUDICIALES.

1. Primera instancia.

El Juzgado 43 Penal del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 28 de julio de 2008, decidió amparar el derecho fundamental de petición del Dr. Tafur Galvis, ordenándole al ISS que, en el término de 48 horas, resolviera el recurso de apelación interpuesto contra la resolución núm. 0029917 del 21 de enero de 2008.

2. Impugnación.

En el texto de la impugnación se insiste en que el ISS incurrió en varias vías de hecho al momento de adoptar la resolución núm. 0029917, por medio de la cual se le reconoció al Dr. Tafur Galvis una mesada pensional de \$ 6.613.305 pesos, sin tener en cuenta que en el último salario devengado fue de \$19.222.156 pesos, sin incluir el aumento posterior y las primas que integran el salario base de liquidación. Insiste igualmente el accionante en que no se trata simplemente de una vulneración de su derecho de petición.

3. Segunda instancia.

La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, mediante sentencia del 17 de septiembre de 2008, decidió confirmar la providencia del a quo, adicionándola en el sentido de

ordenarle al ISS que “deberá hacer un estudio concreto del régimen de aplicabilidad para el exfuncionario en su calidad de exmagistrado de la Corte Constitucional al momento de reclamar su derecho pensional”.

II. PRUEBAS.

Obran en el expediente las siguientes pruebas documentales:

- * Petición de amparo.
- * Respuesta de la entidad accionada.
- * Registro civil del accionante.
- * Resoluciones expedidas por el ISS.
- * Certificaciones de servicios del peticionario.

Durante el trámite de revisión, el accionante remitió fotocopia de la resolución núm. 3101 de 2008, mediante la cual el ISS finalmente resolvió el recurso de apelación presentado contra la resolución núm. 299917 del 6 de julio de 2007.

No obstante lo anterior, el peticionario insiste en que el ISS continúa vulnerándole gravemente sus derechos fundamentales por cuanto “no queda duda de que el doctor TAFUR GALVIS está cobijado por el régimen especial de los Parlamentarios, así lo reconoce la ley, hasta lo señala la resolución, por consiguiente, este es el punto que ha debido desarrollar la resolución, de manera preferencial”.

De igual manera, insiste en que lo cobija el régimen de transición, y que la resolución no tuvo en cuenta tal situación.

Afirma igualmente que “Y, como si fuera poco, así lo expresa en la página 3, tuvo como base el 90% de lo devengado en los últimos años, y resulta que este 90% es para trabajadores PARTICULARES, según el reglamento del Seguro Social, decreto 758 de 1990, que cita en dicha página. Es decir, que a un funcionario público MAGISTRADO DE LA

CORTE CONSTITUCIONAL, le aplicó norma de trabajador particular. Por solo esta circunstancia, se aprecia la violación a los derechos fundamentales y el haberse incurrido en una vía de hecho”.

Insiste en que la liquidación de la pensión del Dr. Tafur Galvis debe realizarse teniendo en cuenta “el último año de servicios, en un porcentaje del 75% sobre el promedio del salario devengado en ese año de servicios”.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, y 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala es competente para revisar y decidir la presente acción de tutela.

2. Problema jurídico planteado.

El ciudadano Álvaro Tafur Galvis instauró acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales por dos razones: (i) violación al derecho de petición, por cuanto había interpuesto recurso de apelación contra la resolución núm. 29917 del 6 de julio de 2007, mediante la cual se le reconoció su pensión de vejez, sin que aquél hubiese sido resuelto; y (ii) violación al derecho a la seguridad social y al debido proceso administrativo, por cuanto en el mencionado acto administrativo el ISS había incurrido en diversas vías de hecho, en esencia, por inaplicar el régimen pensional especial que lo cobija.

Los jueces de instancias ampararon el derecho fundamental de petición, ordenándole al ISS que resolviera el recurso de apelación en el término de 48 horas con posterioridad a la notificación del fallo. Sin embargo, no examinaron el tema de las violaciones a los derechos fundamentales a la seguridad social y al debido proceso administrativo.

En sede de revisión, mediante resolución núm. 3101 del 11 de noviembre de 2008, el ISS resolvió finalmente el recurso de apelación interpuesto contra la resolución núm. 29917 del 6 de julio de 2007, modificándola parcialmente, por cuanto resulta evidente que, a la fecha, la violación al derecho fundamental de petición ha cesado, y en consecuencia, se

está ante un hecho superado.

No obstante lo anterior, queda pendiente por examinar las violaciones al derecho a la seguridad social y al debido proceso administrativo alegadas por el peticionario, consistentes en que el ISS debió haberle aplicado el régimen pensional propio de los parlamentarios, y en consecuencia, efectuar la liquidación de la mesada pensional tomando en cuenta el último año de servicios, en un porcentaje del 75%.

Para tales efectos, la Sala reiterará su jurisprudencia acerca de (i) la liquidación y reliquidación de pensiones de congresistas; (ii) la aplicabilidad de la normatividad y de la jurisprudencia relativas a pensiones de ex congresistas, en relación con los exMagistrados de las Altas Cortes (iii) la procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos; y (iv) resolverá el caso concreto.

3. Jurisprudencia referente a la liquidación y reliquidación de pensiones de congresistas. Reiteración de jurisprudencia.

La Corte Constitucional, mediante sentencias T-456 de 1994 y T-463 de 1995, definió claramente el derecho que asiste a todos los ex congresistas para recibir su pensión de jubilación conforme a lo indicado en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, esto es, para percibir una mesada pensional que no puede ser inferior al 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto perciban los congresistas en ejercicio. En efecto, en el último de estos fallos se expresó lo siguiente:

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

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

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

“Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente ley o en los decretos que dicte el gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos”.1

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

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

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

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

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

otra asignación de la que gozaren". (Subrayas por fuera del original)

Posteriormente, la Corte en sentencia T- 214 de 1999, al momento de reiterar sus líneas jurisprudenciales, consideró lo siguiente:

"De la jurisprudencia transcrita, especialmente en la parte subrayada, que interpreta la normatividad vigente relativa al tema de la liquidación de pensiones de ex congresistas y reajuste de las mismas (distinto al aumento anual y automático que se lleva a cabo en el mismo porcentaje en que se aumente el salario mínimo legal²) cabe concluir válidamente, que en la actualidad los congresistas que lleguen a pensionarse, así como los ya pensionados, deben de recibir todos una idéntica mesada pensional, equivalente al 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto perciban los congresistas en ejercicio.

Luego, en sentencia T-862 de 2004, señaló al respecto:

"Con la expedición del Decreto 1359 de 1993, los congresistas podrían pensionarse cuando cumplieran 50 años de edad, si son mujeres, o 55 años de edad si son hombres, y cuando completaran 20 años de servicio continuo o discontinuo en el sector público o en el privado, en este último evento, siempre que hubiesen cotizado las semanas respectivas ante el Instituto de Seguros Sociales".

Más recientemente, esta Corporación en sentencia T- 211 de 2005, luego de hacer un recuento histórico de la evolución del régimen pensional de los congresistas, indicó lo siguiente:

"De lo anterior se colige, que quien ha ejercido el cargo de Congresista, en vigencia de la Ley 4ª de 1992 -18 de mayo-3, tiene derecho a una pensión de jubilación no inferior al 75% del ingreso mensual promedio, que durante el último año y por todo concepto devenguen los congresistas en ejercicio, al llegar a los 50 o 55 años de edad -mujer o varón respectivamente- y 20 años de servicios continuos o discontinuos, siempre que hubiese contribuido con el sostenimiento del Fondo de Previsión Social del Congreso, tal como lo indica el artículo 1º de la Ley 19 de 1987, ya citada.

4. Aplicabilidad de la normatividad y de la jurisprudencia relativas a pensiones de ex

congresistas, en relación con los exMagistrados de las Altas Cortes. Reiteración de jurisprudencia.

El Decreto 104 de 1994, expedido en desarrollo de la Ley 4ª de 1992, dispuso en su artículo 28 lo siguiente:

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

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

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

Ley 4ª de 1992:

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

Decreto 1359 de 1993:

“Artículo 5º: Ingreso Básico para la liquidación pensional. Para la liquidación de las pensiones, así como para sus reajustes y sustituciones, se tendrá en cuenta el ingreso mensual promedio del último año que por todo concepto devenguen los Congresistas en ejercicio, a la fecha en que se decreta la prestación, dentro del cual serán especialmente

incluidos el sueldo básico, los gastos de representación, la prima de localización y vivienda, prima de transporte, prima de salud, prima de navidad, y toda otra asignación de la que gozaren.”

“Artículo 6°: Porcentaje mínimo de liquidación pensional. La liquidación de las pensiones, reajustes y sustituciones a que se refiere el artículo anterior, en ningún caso ni en ningún tiempo podrá ser inferior al 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto devenguen los congresistas en ejercicio; ni estará sujeta al límite de cuantía a que se refiere el artículo 2° de la Ley 71 de 1988.”

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

Luego de analizar el contenido de las anteriores normas, la Corte en sentencia T-214 de 1999, concluyó lo siguiente:

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

Aplicando las anteriores conclusiones al caso sometido ahora a la consideración de la Sala, ésta encuentra que, indudablemente, al actor le asiste el derecho a percibir una pensión de jubilación que no puede estar por debajo del límite mencionado. Si al hacer

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

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

Por lo anterior la negativa de la entidad accionada a llevar a cabo la reliquidación solicitada, se erige en un desconocimiento de los derechos prestacionales del actor y además en una violación a su derecho a recibir un trato igualitario o no discriminatorio en relación con los demás ex magistrados pensionados, respecto de los cuales se encuentra en idéntica situación legal.

Posteriormente, se expidió el decreto 043 de 1999, en cuyo artículo 25 se disponía lo siguiente:

“Artículo 25. 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, 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, podrán pensionarse teniendo en cuenta los mismos factores y cuantías de los Senadores de la República y

Representantes a la 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 de servicio señalados para los Congresistas en el párrafo del artículo 3º del Decreto 1293 de 1994.

El Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 18 de noviembre de 2002, decidió lo siguiente:

PRIMERO. Declárese 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.

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 las 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 la 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.

Debido a la pertinencia que ofrece para la resolución del caso concreto, se transcriben algunas consideraciones realizadas por el Consejo de Estado en la citada sentencia:

"El Decreto 104 del 13 de enero de 1994, por el cual se dictan unas disposiciones en materia salarial y prestacional para la Rama Judicial del Ministerio Público y de la Justicia Penal Militar, en su artículo 28 señaló lo siguiente:

"A los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado se les reconocerán los pensiones teniendo en cuenta los mismos factores salariales y cuantías de los Senadores de la

República y Representantes a la Cámara en los términos establecidos en las normas legales vigentes “.

Lo anteriormente expuesto, explica las razones por las cuales a los Magistrados de las Altas Cortes se les ha venido aplicando el mismo régimen especial de pensiones que a los Senadores y Representantes o la Cámara.

De otra parte, para la Sala fluye con claridad que la Ley 100 de 1993 mantuvo vigente el régimen especial de pensiones para los Senadores y Representantes, aplicable por extensión a los Magistrados de las Altas Cortes, pues así lo dispuso el artículo 273 transcrito. (negritas agregadas).

Tales decretos fueron los siguientes: 47 de 1995 artículo 28; 34 de 1996 artículo 28; 47 de 1997 artículo 25; 65 de 1998 artículo 25.

En todos ellos se expresó que los Magistrados mencionados “Se les reconocerán las pensiones teniendo en cuenta los mismos factores y cuantías de los Senadores y Representantes a la Cámara en los términos establecidos en las normas legales vigentes”

Fue solo el Decreto 043 de 1999 en cuyo artículo 25 - demandado - se condicionó el reconocimiento de la pensión a que tales funcionarios debían cumplir además las condiciones señaladas en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (edad, tiempo de servicio o cotizaciones) y también, estar desempeñando los cargos en propiedad al 1° de abril de 1994. (negritas y subrayados agregados).

Ninguno de tales condicionamientos se encontraban en las normas superiores vigentes pues el Decreto 104 de 1994 se limitó a disponer que a los Magistrados de las Altas Cortes se les debían reconocer las pensiones teniendo en cuenta los mismos factores salariales y cuantía de los Senadores de la República y Representantes a la Cámara en los términos establecidos en las normas legales vigentes, vale decir, las contenidas en los artículos 6 y 6 del Decreto 1359 de 1993. (negritas y subrayados agregados).

La norma cuestionada exige que para que tales Magistrados accedan a la pensión

teniendo en cuenta los mismos factores y cuantías de los Congresistas, debían desempeñar los cargos en propiedad a 1° de abril de 1994 y cumplir las condiciones previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al incluir requisitos nuevos no previstos en la Ley para acceder al beneficio especial acerca de la forma de liquidar las pensiones de jubilación, incurre en contradicción con el ordenamiento superior, pues ninguna norma lo dispone y dicho régimen por comprender aspectos de seguridad social, su regulación es de competencia del legislador, dado que el artículo 48 de la Carta Política dispone que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se presta con observancia de los principios en ella señalados, en los términos que establezca la Ley. (negrillas agregadas).

Ya la jurisprudencia del Consejo de Estado ha fijado, los alcances de la expresión "... será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados..." a que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para diferenciar aquel requisito del que le introduce el decreto acusado "...desempeñaba sus cargos en propiedad el 1° de abril de 1994".

En efecto, en sentencia de agosto 31 de 2000, expediente No. 16.717, la Sección Segunda de la corporación al resolver la acción pública de nulidad dirigida contra el Decreto Reglamentario 813 de 1994, en uno de sus apartes expreso:

"El "régimen anterior al cual se encuentren afiliados" exigido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puede ser entendido como sinónimo de vínculo laboral vigente, ya que es posible que antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, se tengan quince (15) o más años de servicios cotizados y por circunstancias, a la entrada en vigencia del régimen, el interesado no tenga por vínculo laboral. Esta hipótesis no podría entenderse como un impedimento para acceder al beneficio que establece la Ley, El "régimen anterior al cual se encuentren afiliados" hace referencia a servicios prestados o cotizados antes de la entrada en vigencia del régimen establecido en la Ley 100 de 1993, no al vínculo laboral vigente en ése momento". (negrillas y subrayados agregados)

Las razones que anteceden permiten concluir que la disposición acusada, expedida en el año 1999 se ocupe de una materia propia del legislador, estableciendo nuevos requisitos no consagrados en las normas superiores para la asimilación de los factores salariales y

cuantías que se deben tener en cuenta para el cálculo de las pensiones de los Senadores y representantes a las que les corresponda devengar a los Magistrados de las Altas Cortes.

En consecuencia, se declarará la nulidad del inciso 1° del artículo 25 del Decreto 043 de 1999 en el segmento que dice "... que al 1° de abril de 1994 desempeñaban sus cargos en propiedad y cumplían las condiciones previstas por el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993".

Más recientemente, la Corte Constitucional en sentencia C- 681 de 2003, reiteró la homologación de las pensiones de los Magistrados de las Altas Cortes con aquellas de los congresistas, en los siguientes términos:

"A los magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, del Consejo de Estado, de la Corte Suprema de Justicia, y de la Corte Constitucional, el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo, el Contralor y el Registrador Nacional del Estado Civil, se les liquida la pensión de jubilación con los factores salariales de los congresistas; es decir, asignación básica, gastos de representación, prima de salud, prima de localización y vivienda, prima de navidad y prima de servicios en virtud del decreto 1293 de 1994. Esto quiere decir que no se aplica lo establecido en el artículo 15 respecto de la prima especial de servicios sin carácter salarial. Esta se reemplaza por los factores salariales de los congresistas. Los altos funcionarios cotizan sobre sus factores salariales, es decir asignación básica y gastos de representación.

En suma, legal y jurisprudencialmente queda clara la homologación existente, en materia de régimen prestacional, entre los Magistrados de las Altas Cortes y los congresistas.

5. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos en materia pensional. 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 contencioso administrativa. Sin embargo, en algunos casos excepcionales, esta Corporación ha considerado que el amparo procede como mecanismo definitivo de protección de derechos fundamentales, y no transitorio, cuando quiera que se cumplan las siguientes condiciones, en los términos de la sentencia T- 921 de 2006: (i) que el no reconocimiento o el reajuste de la pensión de jubilación o vejez se origine en actuaciones que, prima facie, desvirtúen la presunción de legalidad que recae sobre las actuaciones de la administración pública; (ii) que el no reconocimiento, el reajuste o el no pago de la pensión vulnere o amenace un derecho fundamental y (iii) que la acción de tutela resulte necesaria para evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental.

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. (negrillas 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 comunidad⁵. 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 vida⁶.”

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 de salud, como quiera que existen otros mecanismos judiciales para su defensa. Sin embargo, procederá el amparo contra las actuaciones administrativas cuando el acto administrativo sea manifiestamente contrario a la legalidad, se vulneren gravemente derechos fundamentales y se esté ante un perjuicio iusfundamental. Todas estas circunstancias deberán ser analizadas en el caso concreto.

6. Resolución del caso concreto.

Para una mayor claridad en la exposición, la Sala de Revisión (i) resumirá los hechos probados; (ii) analizará el contenido de la resolución 3101 del 11 de noviembre de 2008, proferida por el Gerente de la Seccional Cundinamarca y DC del ISS; y (iii) determinará la procedencia del amparo solicitado.

6.1. Hechos probados.

En el caso concreto, el Dr. Álvaro Tafur Galvis nació el 3 de septiembre de 1944, es decir, está próximo a cumplir los 65 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;

De igual manera, es necesario destacar que el accionante ocupó altísimas dignidades en la academia colombiana, en calidad de docente, Decano y Rector del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Así mismo, fue Magistrado de la Corte Constitucional colombiana desde el 21 de julio de 1999 hasta la fecha de su retiro, el 20 de julio de 2007.

Así mismo, merece la pena destacar que, en materia de salud, el accionante padece, de tiempo atrás, severas y complejas afecciones cardiacas, que incluso han puesto en riesgo su vida, con lo cual, resulta evidente que se está ante la causación de un perjuicio irremediable.

Pues bien, en materia pensional, el Dr. Tafur Galvis cotizó como trabajador particular, en dos períodos: a partir del 1º de enero de 1967 hasta el 31 de enero de 1968 y, luego, desde el 1º de septiembre de 1971 hasta el 28 de octubre de 1986. De tal suerte que, antes de expedirse la Ley 100 de 1993, había cotizado al ISS, en total 16 años, 1 mes y 28 días.

En el año 1990, cuando se expidió el Reglamento del ISS, y en el año 1994, momento en el cual se aplicó el régimen de transición a los Magistrados de las Altas Cortes, en cuanto al tiempo se refiere, le faltaban 3 años, 10 meses y 2 días para completar uno de los requisitos necesarios para la obtención de su pensión de vejez.

Posteriormente, desde el 1 de marzo de 1996 hasta el 31 de mayo del mismo año, nuevamente cotizó al ISS en condición de trabajador independiente, y parte como trabajador dependiente en el sector privado; y luego, desde el 1º de agosto de 1996 hasta el 31 de julio de 1999, volvió a cotizar para pensiones, es decir, que hasta el 20 de julio de 1999 había cotizado 19 años, 4 meses y 28 días, motivo por el cual no podía solicitar su pensión.

Se encuentra asimismo acreditado, que el peticionario fue elegido Magistrado de la Corte Constitucional para un período constitucional de ocho años, iniciando sus funciones el 21 de julio de 1999 hasta la fecha de su retiro, el 20 de julio de 2007. Así las cosas, sumando el trabajo desempeñado en la Corte Constitucional, el accionante cotizó al ISS durante 27 años, 4 meses y 8 días.

Mientras desempeñaba sus funciones como Magistrado de la Corte Constitucional, el peticionario cumplió los requisitos para obtener su pensión de vejez, razón por la cual el 9 de marzo de 2007, la solicitó ante el ISS.

El día 6 de julio de 2007, la Asesora VI de la Vicepresidencia de Pensiones del Seguro Social, Seccional Cundinamarca y D.C., profirió la resolución núm. 0029917, por medio de la cual reconoció la pensión de vejez del accionante, señalando una mesada de \$ 6.613.305 pesos.

Se encuentra igualmente probado, que la mencionada funcionaria no tuvo en cuenta que

el último salario devengado en el año 2007 fue de \$ 19.222.156 pesos, sin incluir el aumento posterior y las primas que necesariamente aumentan el ingreso base de liquidación.

Explica el peticionario que, equivocadamente la cifra de \$ 6.613.305, señalada por el ISS, no corresponde a ningún criterio objetivo. “Por ejemplo, el ISS dijo que tomaría lo devengado por mi mandante en los últimos 3.650 días (es decir, diez años) “conforme a lo indicado en el inciso 3º del artículo 36 de la ley 100 de 1993”. Al hacer esta afirmación el ISS cometió una ruptura ostensible de la normatividad porque el doctor Álvaro Tafur Galvis está cobijado por el régimen de transición, como la resolución lo reconoce en la primera página de la misma. Luego, para efectos del soporte normativo, al doctor Tafur Galvis se le han debido aplicar las normas que regulan las pensiones de los Magistrados de las Altas Cortes. Tan es así que en la resolución que reconoció la pensión se mencionan el decreto 1293 de 1994, que establecen los requisitos para acceder a la pensión y la forma de liquidarla, tanto para Parlamentarios como para Magistrados de las Altas Cortes. El ISS los citó pero no los aplicó en el caso concreto”.

Asegura igualmente que el ISS incurre en una incoherencia al afirmar que debía tener la calidad de “magistrado en propiedad”, para invocar el régimen especial de los Magistrados de las Altas Cortes, siendo que esta condición fue declarada nula por el Consejo de Estado en sentencia del 18 de noviembre de 2002, “luego es inexplicable que en la página 4 haga caso omiso de lo que ya el propio ISS había reseñado. Además, el doctor Tafur Galvis SI fue nombrado en propiedad”.

Comenta igualmente que “Posteriormente, el ISS expide otra resolución, distinguida con el número 0031299 de 19 de julio de 2007, por la cual va a “Modificar la Resolución No. 0029917 (artículo 1º de la Resolución) PERO REPITE lo de la resolución que dice que va a modificar y mantiene la mesada en \$ 6.613.305. Esta burla afecta la dignidad de cualquier persona y, por supuesto, la dignidad del exMagistrado Álvaro Tafur Galvis”.

Frente a las anteriores resoluciones se interpusieron en tiempo los recursos de reposición y apelación. La primera fue resuelta mediante resolución núm. 0041257 del 3 de septiembre de 2007, en el sentido de confirmar lo decidido en la resolución 0029917 de 6 de julio de 2007. Afirma que en el texto de la resolución que resolvió la

reposición, nada se dijo acerca de los argumentos expuestos por el peticionario, ni se tuvo en cuenta que también se había interpuesto recurso contra la resolución núm. 0031299 del 19 de julio de 2007.

Señala asimismo que “también se interpuso apelación y ésta no ha sido resuelta, pese a que los recursos se interpusieron hace casi un año”.

Agrega que “consolidado su derecho a la pensión y finalizado el período para el cual fue elegido en la Corte Constitucional, en su condición de empleado público y de Magistrado de las Altas Cortes, adquirió el derecho a la pensión especial establecida para ello, puesto que está amparado por el régimen de transición”.

Explica que el salario que devengó durante el último año de servicios, es decir, 2007, fue de \$ 19.222.156, correspondiéndole como mesada pensional el equivalente al 75% del porcentaje de lo devengado en el último año. Sin embargo, el ISS le tasó su mesada pensional en \$ 6.613.305 pesos, es decir, el 34%, configurándose una vía de hecho.

Tal y como se explicó, en sede de revisión, mediante resolución núm. 3101 del 11 de noviembre de 2008, el ISS resolvió finalmente el recurso de apelación interpuesto contra la resolución núm. 29917 del 6 de julio de 2007, modificándola parcialmente, por cuanto resulta evidente que, a la fecha, la violación al derecho fundamental de petición ha cesado, y en consecuencia, se está ante un hecho superado.

No obstante lo anterior, le queda pendiente a la Sala examinar las violaciones al derecho a la seguridad social y al debido proceso administrativo alegadas por el peticionario, consistentes en que el ISS debió haberle aplicado el régimen pensional propio de los parlamentarios, y en consecuencia, efectuar la liquidación de la mesada pensional tomando en cuenta el último año de servicios, en un porcentaje del 75%.

6.2. Análisis de la resolución núm. 3101 del 11 de noviembre de 2008 del Gerente de la Seccional Cundinamarca y DC del ISS.

El Gerente de la Seccional Cundinamarca y DC del ISS, mediante resolución número 3101 del 11 de noviembre de 2008, resolvió el recurso de apelación presentado por el accionante contra la resolución núm. 29917 del 6 de julio de 2007, mediante la cual le

reconoció su pensión de vejez.

En la parte considerativa de la mencionada resolución, el ISS admite que el accionante cuenta con la edad para pensionarse y que ha cotizado un total de 1.429 semanas, contadas desde el 1 de enero de 1967 hasta el 20 de julio de 2007, es decir, cumple con creces los requisitos para acceder a su pensión de vejez.

De igual manera, a diferencia de lo sucedido en la anterior resolución, en este caso el ISS reconoce que el accionante es beneficiario del régimen de transición, por cuanto “a 1º de abril de 1994 contaba con 45 años de edad y/o más de 15 años de servicios cotizados”.

Así mismo, el ISS admite que, de acuerdo con el artículo 28 del decreto 104 de 1994, las pensiones para Magistrados de Altas Cortes se reconocerán “teniendo en cuenta los mismos factores salariales y cuantías de los Senadores de la República y Representantes a la Cámara en los términos establecidos en las normas legales vigentes” (negritas agregadas).

No obstante lo anterior, a renglón seguido el ISS afirma lo siguiente:

“Que a partir de 2004, únicamente los magistrados beneficiarios del régimen de transición tienen derecho a la liquidación de la pensión sobre lo devengado por todo concepto y por ende el monto de la cotización es de 25.5% del IBC en aplicación del decreto 34 de 1996, 47 de 1997 y 65 de 1998.

“Que el decreto 4171 de 2004 en su artículo 25 expresa que la cotización tanto de los magistrados de las altas cortes como de los congresistas será el ingreso mensual que por todo concepto devenguen previsión repetida en los decretos 985 de 2005, 388 de 2006, 617 de 2007 y 657 de 2008”.

Efectivamente, el decreto 104 de 1994, “por el cual se dictan unas disposiciones en materia salarial y prestacional de la rama judicial, del ministerio público, de la justicia penal militar y se dictan otras disposiciones”, en su artículo 28 dispone:

Artículo 28. A los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado se les

reconocerán las pensiones teniendo en cuenta los mismos factores salariales y cuantías de los Senadores de la República y Representantes a la Cámara en los términos establecidos en las normas legales vigentes.

Ahora bien, en el caso concreto, la remisión al régimen pensional de los congresistas opera hacia el decreto 1293 de 22 de junio de 1994, “por el cual se establece el régimen de transición de los senadores representantes, empleados del Congreso de la República y del Fondo de Previsión Social del Congreso y se dictan normas sobre prestaciones sociales y económicas de tales servidores públicos”, en cuyos artículos 1, 2 y 3 se señalan lo siguiente:

Artículo 1º. Campo de aplicación. El Sistema General de Pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, se aplica a los Senadores, Representantes y empleados del Congreso de la República y del Fondo de Previsión Social del Congreso, con excepción de los cubiertos por el régimen de transición previsto en el presente decreto.

Artículo 2º. Régimen de transición de los senadores, representantes, empleados del Congreso de la República y del Fondo de Previsión Social del Congreso.

Los senadores, los representantes, los empleados del Congreso de la República y los empleados del Fondo de Previsión Social del Congreso, tendrán derecho a los beneficios del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siempre que a 1º de abril de 1994 hayan cumplido alguno de los siguientes requisitos:

- a. Haber cumplido (40) o más años de edad si son hombres, o treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres;
- b. Haber cotizado o prestado servicios durante quince (15) años o más.

Parágrafo. El régimen de transición de que trata el presente artículo se aplicará también para aquellas personas que hubieran sido Senadores o Representantes con anterioridad al 1º de abril de 1994, sean o no elegidos para legislaturas posteriores, siempre y cuando cumplan a esa fecha con los requisitos de que tratan los literales a) o b) de este artículo, salvo que a la fecha señalada tuvieran un régimen aplicable diferente, en cuyo caso este último será el que conservarán.

Artículo 3º. Beneficios del Régimen de transición. Los senadores y representantes que cumplan con alguno de los requisitos previstos en el artículo anterior, tendrán derecho al reconocimiento de su pensión de jubilación cuando cumplan con los requisitos de edad y tiempo de servicios o número de semanas cotizadas establecidos en el Decreto 1359 de 1993, así como el monto de la pensión, forma de liquidación de la misma e ingreso base de liquidación establecidos en el mismo decreto.

Los empleados del Congreso de la República y del Fondo de Previsión Social del Congreso que cumplan con alguno de los requisitos previstos en el artículo anterior, tendrán derecho al reconocimiento de su pensión de jubilación cuando cumplan con los requisitos de edad, tiempo de servicio, número de semanas cotizadas y el monto de la pensión establecidos en el artículo 20 del acuerdo 26 de 1986, del Fondo de Previsión Social del Congreso, aprobado por el decreto 2837 de 1986.

Parágrafo. El régimen de transición de que trata el presente artículo se aplicará también para aquellos senadores y representantes que durante la legislatura que termina el 20 de junio de 1994 tuvieron una situación jurídica consolidada al cumplir antes de dicha fecha, veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos en una o diferentes entidades de derecho público incluido el Congreso de la República, o que los hubieran cumplido y cotizado parte en el sector privado y ante el Instituto de Seguros Sociales en cualquier modalidad. En cuanto a la edad de jubilación se aplicará lo dispuesto en el literal b) del artículo 2º del decreto 1723 de 1964, es decir que tales congresistas, una vez cumplido el tiempo de servicios aquí previsto, podrán obtener el reconocimiento de la pensión de jubilación a la edad de cincuenta (50) años.

Ahora bien, en el caso concreto, al momento de entrar en vigencia el decreto 1293 de 1994, el Dr. Tafur Galvis contaba con más de 40 años de edad, e igualmente, había superado los 15 años de servicios, es decir, es beneficiario del régimen de transición de los congresistas.

En efecto, es preciso tener en cuenta que el mencionado decreto 1293 de 1994 opera un reenvío hacia el decreto 1359 de 1993, en lo que atañe a la forma de liquidar la pensión:

“Artículo 5. INGRESO BASICO PARA LA LIQUIDACION PENSIONAL. Para la liquidación de las pensiones, así como para sus reajustes y sustituciones, se tendrá en cuenta el

ingreso mensual promedio del último año que por todo concepto devenguen los Congresistas en ejercicio, a la fecha en que se decreta la prestación, dentro del cual serán especialmente incluidos el sueldo básico, los gastos de representación, la prima de localización y vivienda, prima de transporte, prima de salud, prima de navidad y toda otra asignación de la que gozaren.

Artículo 6. PORCENTAJE MINIMO DE LIQUIDACION PENSIONAL. La liquidación de las pensiones, reajustes y sustituciones a que se refiere el artículo anterior, en ningún caso ni en ningún tiempo podrá ser inferior al 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto devenguen los Congresistas en ejercicio; ni estará sujeta al límite de cuantía a que hace referencia el artículo 2 de la Ley 71 de 1988.

Por el contrario, el ISS en su resolución considera lo siguiente:

“Que por lo tanto, el asegurado es beneficiario del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y le es aplicable el régimen especial contenido en el decreto 758 de 1990, es decir, que con el número de semanas actual se debe liquidar con el 90% de lo devengado en los últimos 10 años y la especialidad se desprende de que no se aplicarán los topes salariales comunes, por cuanto la norma les permitía cotizar sobre todos los factores salariales generando que su mesada sea proporcional a sus cotizaciones”.

Advierte entonces la Sala que el ISS incurrió en una grave vía de hecho administrativa al momento de liquidarle la pensión al accionante, por cuanto lo hizo de conformidad con un régimen pensional manifiestamente inaplicable.

A decir verdad, por una parte admite que, en materia pensional se equiparan los Magistrados de las Altas Cortes con los congresistas, pero, al mismo tiempo, sostiene que al accionante lo cobija es el régimen de transición de la ley 100 de 1993 y no aquel del decreto 1293 de 22 de junio de 1994, referente al régimen de transición de los congresistas. En efecto, el decreto mediante el cual se establece la homologación pensional es anterior de aquel que estableció el régimen de transición para los congresistas.

En suma, el ISS incurrió en una flagrante vía de hecho administrativa por cuanto, si bien incrementó en sede de apelación el monto de la pensión del peticionario, continuó

aplicando un régimen pensional inadecuado para el caso concreto, lo cual condujo, en la práctica a que la pensión de vejez del peticionario fuera calculada tomando en cuenta el 90% de lo devengado en los últimos 10 años, tal y como sucedería en el caso de un trabajador particular, y no el ingreso mensual promedio del último año, dentro del cual se incluyen “los gastos de representación, la prima de localización y vivienda, prima de transporte, prima de salud, prima de navidad y toda otra asignación de la que gozaren”, teniendo en cuenta que “en ningún caso ni en ningún tiempo podrá ser inferior al 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto devenguen los Congresistas en ejercicio”, en los términos del Decreto 1293 de 1994.

6.3. Procedencia del amparo en el caso concreto.

Procede la Sala a examinar si, en el caso concreto, el peticionario podía acudir al amparo constitucional, a efectos de que el ISS le aplicase el régimen pensional que le corresponde.

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.

Merece asimismo la pena destacar que, en materia de salud, el accionante padece, de tiempo atrás, severas y complejas afecciones cardiacas, que incluso han puesto en riesgo su vida, con lo cual, resulta evidente que se está ante la causación de un perjuicio irremediable.

Aunado a lo anterior, es preciso señalar que la entrada en vigencia de la reforma a la ley estatutaria de la administración de justicia establece como requisito previo para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, haber intentado una conciliación ante la Procuraduría General de la Nación, con lo cual, en la práctica, implica una mayor tardanza para la obtención de un fallo judicial. En otros términos, la eficacia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, procedente en casos de pensiones, debe ser reexaminada a la luz de los recientes cambios normativos.

De igual manera, es pertinente señalar que la dignidad humana del peticionario se ha visto seriamente lesionada debido a la actuación irregular del ISS, por cuanto liquidarle su

pensión con un monto inferior a aquel que legalmente le corresponde, luego de haber cotizado al sistema de seguridad social por más de veintisiete (27) años, aplicándole para ello un régimen pensional impertinente, acudiendo asimismo a interpretaciones contradictorias y erradas de las normas jurídicas que regulan la materia, lesiona gravemente su patrimonio moral.

Así las cosas, la Sala de Revisión considera que, en el caso concreto, se encuentran reunidas las condiciones excepcionales que la jurisprudencia constitucional ha indicado, a efectos de que proceda el amparo definitivo contra actos administrativos referentes a asuntos pensionales.

En este orden de ideas, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional amparará los derechos fundamentales a la dignidad humana, la seguridad social y el debido proceso administrativo del Dr. Álvaro Tafur Galvis. En consecuencia, modificará los fallos proferidos los días 28 de julio y 17 de septiembre de 2008 por el Juzgado 43 Penal del Circuito de Bogotá y la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en el sentido de dejar sin efectos la resolución 3101 del 11 de noviembre de 2008, proferida por el Gerente de la Seccional Cundinamarca y D.C., y al mismo tiempo, ordenarle a la accionada 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 aquel del último año, dentro del cual se incluyen “los gastos de representación, la prima de localización y vivienda, prima de transporte, prima de salud, prima de navidad y toda otra asignación de la que gozaren”, teniendo en cuenta que “en ningún caso ni en ningún tiempo podrá ser inferior al 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto devenguen los Congresistas en ejercicio”, en los términos del Decreto 1293 de 1994.

V. DECISIÓN.

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. LEVANTAR los términos para fallar.

Segundo. MODIFICAR los fallos proferidos los días 28 de julio y 17 de septiembre de 2008 por el Juzgado 43 Penal del Circuito de Bogotá y la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en el sentido AMPARAR los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la seguridad social y al debido proceso administrativo. En consecuencia, DEJAR SIN EFECTOS la resolución 3101 del 11 de noviembre de 2008, proferida por el Gerente de la Seccional Cundinamarca y D.C.

Tercero. ORDENARLE al Gerente de la Seccional Cundinamarca y D.C. del Instituto de Seguros Sociales 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 aquel del último año, dentro del cual se incluyen “los gastos de representación, la prima de localización y vivienda, prima de transporte, prima de salud, prima de navidad y toda otra asignación de la que gozaren”, teniendo en cuenta que “en ningún caso ni en ningún tiempo podrá ser inferior al 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto devenguen los Congresistas en ejercicio”, en los términos del Decreto 1293 de 1994.

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

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

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

2 Cfr. Sentencia T-456 de 1994

3 El artículo 22 de la Ley 4ª de 1992 señala que la norma entrará en vigor a partir de su promulgación, lo que aconteció el 18 de mayo de 1992, por haber sido publicada en el Diario Oficial 40.451 de la fecha.

4 Por ejemplo, sobre la ineficacia de ciertos mecanismos ordinarios de defensa para la protección de derechos fundamentales, la Corte ha determinado que la acción electoral y la acción de nulidad y restablecimiento del derecho carecen de la eficacia necesaria para proveer un remedio pronto e integral en los casos en que no se ha proveído un cargo en la rama judicial al primero en la lista de elegibles. Al respecto, ver SU-961 de 1999.

5 Cfr. las Sentencias T-111 de 1994, T-292 de 1995, T-489 de 1999 y T- 076 de 2003, entre otras.

6 Sentencia SU-995 de 1999.