

Sentencia T-411/12

(Bogotá, DC, mayo 31 de 2012)

ACCION DE TUTELA COMO MECANISMO TRANSITORIO PARA LA RELIQUIDACION DE LA MESADA PENSIONAL-Caso en que no existen elementos de juicio que permitan concluir la existencia de un perjuicio irremediable para su procedencia

La Corte ha exigido que para que proceda la tutela como mecanismo de defensa transitorio, el perjuicio se encuentre probado en el proceso, puesto que el juez de tutela no está en capacidad de estructurar, concebir, imaginar o proyectar, por sí mismo, el contexto fáctico en el que ha tenido ocurrencia el presunto daño irreparable. Es por esto que la Corporación ha sostenido enfáticamente que no basta con afirmar que un derecho se encuentra sometido a un perjuicio irremediable; es necesario, además, que el afectado 'explique en qué consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y aporte mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar la existencia de elemento en cuestión'

Referencia: expedientes T-3.271.030, T-3.325.577, T-3.279.198.

Fallos de tutela objeto revisión: Exp. T-3.325.577: Sentencia del 5 de octubre de 2011 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga -Sala Laboral- la cual revocó la sentencia del 30 de agosto del mismo año del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bucaramanga; Exp. T-3.271.030: Sentencia del 21 de septiembre de 2011 del Tribunal Superior del distrito Judicial de Ibagué -Sala Civil-Familia de decisión- la cual confirmó la sentencia del 5 de agosto del mismo año del Juzgado Segundo de Familia de Ibagué; Exp. T-3.279.198: Sentencia del 14 de septiembre de 2011 del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín.

Accionantes: Luis Alberto Laguado Gálvez, Maria Luisa Núñez Vélez, Carlos Hernán Mejía Restrepo.

Accionados: Caja Nacional de Previsión Social -CAJANAL EICE en liquidación-; Patrimonio Autónomo Buen Futuro de la Fiduciaria La Previsora S.A.; la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional; Instituto del Seguro Social.

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Adriana María Guillén Arango y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda de tutela de Luis Alberto Laguado Gálvez.

El señor Luis Alberto Laguado Gálvez, interpuso demanda de tutela¹ contra la Caja Nacional de Previsión Social -CAJANAL EICE en liquidación- y otros.

1.1. Derechos fundamentales invocados. Debido proceso, vida digna e igualdad.

1.2. Conducta que causa la vulneración. La omisión de CAJANAL EICE de liquidar la mesada pensional del actor de acuerdo con el régimen especial de los funcionarios de la Rama Judicial del cual forma parte (aquel consagrado en el decreto 546 de 1971) y las normas que lo complementan.

1.3. Pretensión. Se ordene a la Caja Nacional de Previsión Social -CAJANAL EICE en liquidación-, a realizar la reliquidación de su pensión conforme lo dictado en el decreto 546 de 1971.

1.4. Hechos.

Manifiesta el accionante que en el año 2022 le solicitó a CAJANAL el reconocimiento de su pensión de vejez, habiendo cumplido todos los requisitos de ley para ser acreedor de la

misma como funcionario de la Rama Judicial, y que ésta le fue reconocida por dicha entidad en el año 20033 con una mesada de \$1.535.009 pesos. El actor expone, que para la liquidación de su pensión CAJANAL aplicó el artículo 36 de la ley 100 de 1993, el decreto 1158 de 1994 y el decreto 01 de 1984; desconociendo el régimen especial de los funcionarios de la Rama Judicial del cual forma parte -consagrado en el decreto 546 de 1971 y las normas que lo complementan-.

Por lo anterior, el peticionario considera que CAJANAL, con su actuación omisiva, vulneró sus derechos fundamentales.

1.5. Respuesta de las accionadas.

La Caja Nacional de Previsión Social -CAJANAL EICE en liquidación-

CAJANAL EICE en liquidación no allegó la contestación a la presente acción de tutela.

El Instituto de Seguros Sociales respondió la acción de tutela por medio de la directora jurídica del ISS Seccional Santander⁴, solicitando su desvinculación del trámite de la misma, puesto que en su parecer y de acuerdo con los hechos del caso, las pretensiones elevadas por el señor Laguado Gálvez están dirigidas contra Cajanal Eice en liquidación y el ISS carece de legitimación por pasiva para satisfacerlas.

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP-, contestó la acción de tutela alegando no contar con legitimación en la causa por pasiva, exponiendo: “[...] la competencia de UGPP para conocer de las reclamaciones que presenten las personas respecto de derechos pensionales y demás reclamaciones conexas [...], y que hoy se encuentran a cargo de la Caja Nacional de Previsión Social -CAJANAL EICE en liquidación-, se encuentra condicionada al cierre de la liquidación de esta última entidad, o a que dichas funciones sean asumidas la (sic) UGPP previamente al cierre de la misma. A la fecha ninguno de los eventos relacionados anteriormente han acaecido pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º del decreto 2040 de 2011, la liquidación de CAJANAL se prorrogó hasta el 12 de junio de 2012 y, de otra parte, la UGPP aún no ha asumido las funciones que actualmente viene desarrollando CAJANAL”.

El Patrimonio Autónomo Buen Futuro de la Fiduciaria La Previsora S.A. -PABF- no allegó la contestación a la presente acción de tutela.

1.6. Decisión de tutela objeto de revisión:

1.6.1. Sentencia del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bucaramanga, del 30 de agosto de 2011 -primera instancia-.

El juez de primera instancia negó por improcedente el amparo constitucional solicitado, al no encontrar acreditado el requisito de subsidiariedad, ni advirtió la ocurrencia de un perjuicio irremediable que tornara procedente la presente acción como mecanismo transitorio. Así sostuvo que: “De acuerdo a la jurisprudencia transcrita y del estudio de la totalidad de la prueba aportada (sic) en el proceso se señala que el demandante no acudió al medio de defensa ordinario, ni demostró la ocurrencia de un perjuicio irremediable [...]. Así pues, no puede este Despacho en este caso, darle curso a la solicitud del actor para ordenar a CAJANAL EICE el reconocimiento de la reliquidación de la mesada pensional que se reclama, por cuanto no es este estrado judicial (sic) encargado de establecerlo”.

1.6.2. Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga - Sala Laboral-, del 05 de octubre de 2011 -segunda instancia-. El juez de segunda instancia revocó el fallo del a quo argumentando que no resulta procedente ordenar la reliquidación de la pensión del actor debido a que no encontró acreditado que CAJANAL hubiera respondido el recurso de reposición interpuesto por el actor en contra de la resolución No. 37782 del 16 de agosto de 2007 -mediante la cual se negó la solicitud de reliquidación de la pensión presentada por el peticionario5-. Según lo anterior el Juez estipuló:

“En este orden de ideas, sin desconocer las actuaciones que en el orden administrativo ha ejecutado el accionante, no puede el juez constitucional resolver de fondo sobre la reliquidación deprecada, porque además el peticionario solicita la comprobación de dos regímenes diferentes, el especial del decreto 546 de 1971 y el de la ley 100 de 1993 para que se disponga el que resulte más favorable, porque recurrido el acto que negó la reliquidación, corresponde a la administración pronunciarse la (sic) respecto, sin que le sea atribuible al juez de tutela orientar el sentido de la respuesta que debe surgir de CAJANAL EICE en liquidación bajo su responsabilidad; a juicio de la Sala, la tutela no puede ir paralela o simultánea con la vía administrativa que no se ha consumado; una vez definida tal

circunstancia, deberá incluirse en nómina al peticionario.”

Así el Tribunal procedió a tutelar los derechos fundamentales de petición, debido proceso y seguridad social del actor; y, ordenó a CAJANAL resolver el recurso de reposición interpuesto por el accionante contra la resolución previamente mencionada.

2. Demanda de tutela de Maria Luisa Núñez Vélez.

María Luisa Núñez Vélez interpuso acción de tutela⁶ en contra del Instituto del Seguro Social -ISS- seccional Risaralda.

2.1. Derechos fundamentales invocados. Debido proceso, igualdad y mínimo vital.

2.2. Conducta que causa la vulneración. La omisión de el ISS de liquidar la mesada pensional de la accionante de acuerdo con el régimen especial de los funcionarios de la Rama Judicial del cual forma parte -consagrado en el decreto 546 de 1971 y las normas que lo complementan.

2.3. Pretensión. Se ordene al Instituto del Seguro Social -ISS- seccional Risaralda, a realizar la reliquidación de su pensión conforme lo dictado en el decreto 546 de 1971.

2.4. Hechos aducidos.

Manifiesta la accionante, que en el año 2007 le solicitó al ISS el reconocimiento de su pensión de vejez, habiendo cumplido todos los requisitos de ley para ser acreedora de la misma como funcionaria de la Rama Judicial, y que ésta le fue reconocida por dicha entidad en el mismo año⁸ con una mesada de \$644.863 pesos. La actora expone, que el goce de su pensión quedó suspendido hasta que se comprobara su retiro definitivo de la entidad pública para la cual laboraba y que una vez acreditó lo anterior el 5 de mayo de 2010⁹, el ISS mediante resolución de 2 de junio de 2010 ordenó su inclusión en nómina y liquidó nuevamente su mesada pensional por un total de \$964.464 pesos de acuerdo con lo establecido en el artículo 10^o de la ley 797 de 2003; desconociendo el régimen especial de los funcionarios de la Rama Judicial del cual forma parte -consagrado en el decreto 546 de 1971 y las normas que lo complementan-.

2.5. Respuesta de la accionada.

El ISS no contestó la presente acción de tutela.

2.6. Decisión de tutela objeto de revisión:

2.6.1. Sentencia del Juzgado Segundo de Familia de Ibagué, del 5 de agosto de 2011 - primera instancia-.

El juez de instancia negó el amparo constitucional solicitado, al no encontrar acreditado el requisito de subsidiariedad, ni advirtió la ocurrencia de un perjuicio irremediable que tornara procedente la presente acción como mecanismo transitorio. Así sostuvo que:

“Teniendo en cuenta lo anterior y aunque el actor cuenta con el estatus de jubilado, es decir (sic) existe el reconocimiento de la pensión, se advierte que el peticionario cuenta con otros medios para hacer efectivos sus derechos reclamados [...]; el actor cuenta en efecto con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante los jueces administrativos para atacar la resolución de reliquidación con la cual no está conforme. [...] No se encuentra probado la vulneren (sic) los derechos fundamentales del actor al debido proceso, ni a la seguridad social ni al mínimo vital. Esto por cuanto el actor en la actualidad está recibiendo cumplidamente el pago de su mesada pensional, y porque cuenta con los mecanismos judiciales para hacer valer su solicitud”.

2.6.2. Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué – Sala Civil Familia-, del 21 de septiembre de 2011 -segunda instancia-.

Presentado el recurso de apelación por parte de la accionante, el juez de segunda instancia confirmó el fallo del a quo argumentando que en la presente acción efectivamente no se cumplía ni con el requisito de subsidiariedad propio de la tutela ni se logró acreditar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Según lo anterior el Juez estipuló:

“Desde esta perspectiva, se torna improcedente la tutela, pues a pesar de que la accionante agotó los recursos de la vía gubernativa para atacar la resolución a través de la cual se liquidó su pensión de vejez en la forma como lo expresa dicho acto administrativo, su inconformidad no trasciende a sus derechos fundamentales, toda vez que ella se centra en la interpretación dada por los funcionarios de la administración a las normas reguladoras del tema pensional en cuanto a su liquidación; circunstancia que le impone acudir a la

jurisdicción contencioso administrativa en acción de nulidad y restablecimiento del derecho para demandar los actos [...].

De otro lado, atendiendo su condición de adulto mayor, la actora no acreditó sumariamente la afectación de su subsistencia, sin que tampoco se pueda presumir la afectación al mínimo vital pues el proceso indica que mes a mes devenga la suma periódica liquidada como pensión por el ente accionado, lo que descarta que su sostenimiento esté en peligro.”

3. Demanda de tutela de Carlos Hernán Mejía Restrepo.

Carlos Hernán Mejía Restrepo interpuso acción de tutela¹⁰ en contra del Instituto del Seguro Social -ISS- seccional Antioquia.

3.1. Derechos fundamentales invocados. Debido proceso, mínimo vital y seguridad social.

3.2. Conducta que causa la vulneración. La omisión de el ISS de liquidar la mesada pensional del actor de acuerdo con el régimen especial de los funcionarios de la Rama Judicial del cual forma parte -consagrado en el decreto 546 de 1971 y las normas que lo complementan.

3.4. Hechos aducidos.

Manifiesta el accionante, que habiendo cumplido todos los requisitos de ley para ser acreedor de la pensión de vejez como funcionario de la Rama Judicial, ésta le fue reconocida por el ISS en el año 2008¹¹ con una mesada de \$3.394.481 pesos. El actor expone, que el pago de su pensión quedó suspendida hasta cuando acreditara su retiro definitivo de la entidad pública para la cual laboraba y que una vez acreditado lo anterior el 2 de febrero de 2010¹², el ISS mediante resolución de 11 de junio de 2010 ordenó su inclusión en nómina y liquidó nuevamente su mesada pensional por un total de \$3.882.748 pesos de acuerdo con lo establecido en el inciso 3º del artículo 36 de la ley 100 de 1993; desconociendo el régimen especial de los funcionarios de la Rama Judicial del cual forma parte -consagrado en el decreto 546 de 1971 y las normas que lo complementan-.

3.5. Respuesta de la accionada.

El ISS en su contestación a la acción de tutela solicitó la declaración de improcedencia de la misma al considerar que la solicitud del actor atenta contra la sostenibilidad financiera del

sistema general de pensiones y que existen otros medios de defensa judicial a los cuales puede acudir el actor para ventilar sus inconformidades en relación a la manera en que se liquidó su pensión.

3.6. Decisión de tutela objeto de revisión: Sentencia del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín, del 14 de septiembre de 2011.

El juez de instancia negó por improcedente el amparo constitucional deprecado al considerar que no se cumple con el requisito de subsidiariedad de la tutela, pues el actor cuenta con otros mecanismos judiciales eficaces a los cuales puede acudir para debatir el presente asunto; el cual, de hecho, es de carácter litigioso y prestacional, sin que se hubiera acreditado en el expediente la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Resalta el juez, que si bien el actor afirma que su mínimo vital se ha visto afectado por la actuación del ISS, dicha afectación no se encuentra acreditada en el expediente.

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

Esta Sala es competente para revisar las providencias de tutela antes reseñadas, con base en la Constitución Política -artículos 86 y 241 numeral 9º- y en el Decreto 2591 de 1991 -artículos 33 a 36-13.

2. Procedencia de las demandas de tutela.

2.1. De Luis Alberto Laguado Gálvez:

2.1.1. Alegación de afectación de un derecho fundamental. Se alega la vulneración al derecho fundamental al debido proceso administrativo.

2.1.2. Legitimación por activa. La demanda fue presentada personalmente por el accionante como titular del derecho presuntamente vulnerado¹⁴.

2.1.3. Legitimación pasiva. De acuerdo con lo previsto por el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991, la Caja Nacional de Previsión Social -CAJANAL EICE en liquidación- se encuentra legitimada como parte pasiva en el presente

proceso, dada su calidad de autoridad pública y debido a que se le atribuye la violación de los derechos fundamentales en discusión.

2.1.4. Inmediatez. Encuentra la Sala que el tiempo transcurrido entre el presunto hecho vulnerador de los derechos fundamentales del actor -la expedición de la resolución No. 06529 del 21 de marzo de 2003- y la fecha de la interposición de la tutela -el 17 de agosto de 2011- es bastante amplio, lo cual da pie para señalar que durante todo ese tiempo el accionante pudo haber iniciado las actuaciones judiciales pertinentes ante la jurisdicción contenciosa administrativa para ventilar su inconformidad con la liquidación. Aún si se tomara a la respuesta negativa de CAJANAL a la solicitud de reliquidación presentada por el actor como la fuente más reciente de la presunta vulneración alegada, ésta fue proferida por la entidad el 16 de agosto de 2007¹⁵ y el tiempo transcurrido entre la presunta afectación al debido proceso administrativo y la presentación de la acción, no es razonable para esta Sala. El lapso entre la fecha de expedición de la primera resolución en la cual CAJANAL presuntamente incurrió en una vía de hecho y la fecha de la interposición de la tutela, es de 8 años y 5 meses; y, entre la fecha de expedición de la segunda resolución y la presentación de la acción es de 4 años.

Teniendo en cuenta los elementos del principio de inmediatez anteriormente señalados, es pertinente traer a colación que a pesar de que el actor -jefe de la República en retiro- tuvo la oportunidad de conocer la manera en que CAJANAL le había liquidado su pensión en el año 2003 y también supo que dicha entidad no había encontrado motivos para reliquidarla en el 2007, pues presentó los respectivos recursos en contra de sendas resoluciones, el peticionario en el proceso constitucional no alegó, ni sustentó una razón para justificar por qué dejó transcurrir tanto tiempo entre la ocurrencia de la alegada vía de hecho administrativa y la presentación de la acción de amparo constitucional. En consecuencia, la Sala considera que no se dan en el presente caso las circunstancias excepcionales que permiten que -a pesar del extenso lapso transcurrido entre el acto presuntamente vulnerador, por una parte, y la interposición de la acción, por la otra- haya un pronunciamiento de fondo respecto de los hechos del caso por parte del juez constitucional. Esto por cuanto, de realizar un pronunciamiento en ese sentido, se estaría desnaturalizando por completo el carácter urgente e inmediato que el constituyente le confirió a la acción de amparo constitucional.

Por lo anterior, la Sala procederá a revocar la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga –Sala Laboral- del 5 de octubre de 2011; para en su lugar confirmar, pero solo por las razones anteriormente expuestas, el fallo del 30 de agosto del 2011 del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bucaramanga.

2.2. De María Luisa Núñez Vélez.

2.2.1. Alegación de afectación de un derecho fundamental. Se alega la vulneración al derecho fundamental al debido proceso administrativo.

2.2.2. Legitimación por activa. La demanda fue presentada personalmente por la accionante como titular del derecho presuntamente vulnerado¹⁶.

2.2.3. Legitimación por pasiva. De acuerdo con lo previsto por el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991, el Instituto de Seguros Sociales se encuentra legitimado como parte pasiva en el presente proceso, dada su calidad de autoridad pública y debido a que se le atribuye la violación de los derechos fundamentales en discusión.

2.2.4. Inmediatez. En el presente caso, la accionante pretende que se deje sin efectos la resolución No. 03398 proferida por el ISS el 2 de junio de 2010, al considerar que ésta entidad vulneró su derecho fundamental al debido proceso al haber omitido liquidar en la mentada resolución su mesada pensional bajo el régimen especial en seguridad social de los funcionarios de la Rama Judicial, consagrado en el decreto 546 de 1971. Para la Sala, el año transcurrido entre la fecha de la ocurrencia del presunto hecho vulnerador y la fecha de la interposición de la acción de tutela, constituye un lapso de tiempo razonable.

2.2.5. Subsidiariedad. En materia de actos administrativos, la Corte ha manifestado que la acción de tutela es procedente cuando se cumplen dos condiciones: (i) que no se trate de actos de contenido general, impersonal y abstracto, por expresa prohibición del artículo 6, numeral 5, del Decreto 2591 de 1991; y (ii) que el demandante logre probar la existencia de un perjuicio irremediable para obtener el amparo constitucional¹⁷. Con el fin de establecer la irremediabilidad del perjuicio, la Corte ha considerado necesario determinar la presencia concurrente de varios elementos como son: (i) la inminencia del daño, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente, entendiendo por amenaza no la simple

posibilidad de lesión, sino la probabilidad de sufrir un mal irreparable y grave de forma injustificada; (ii) la gravedad, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) la urgencia, que exige la adopción de medidas prontas o inmediatas para conjurar la amenaza; (iv) la impostergabilidad de la tutela, que implica acreditar la necesidad de recurrir al amparo como mecanismo expedito y necesario para la protección de los derechos fundamentales¹⁸ .

Igualmente esta Corporación ha precisado en su jurisprudencia que, en relación con la existencia del otro medio de defensa judicial y la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio, no existe la obligación de iniciar el proceso ordinario antes de acudir a la acción de tutela, basta que dicha posibilidad esté abierta al interponer la demanda. Sin embargo, si el demandante ha dejado vencer la oportunidad para iniciar el trámite del proceso ordinario, por prescripción o caducidad de la acción, la tutela no procede ni siquiera de manera transitoria.

En el presente caso, la accionante solicita la protección de sus derechos fundamentales al considerar que el Instituto de Seguros Sociales incurrió en una vía de hecho administrativa al haber omitido liquidar su mesada pensional bajo el régimen especial en seguridad social de los funcionarios de la Rama Judicial, consagrado en el decreto 546 de 1971. Partiendo de las anteriores consideraciones, esta Sala no encuentra acreditado en el presente caso el requisito de subsidiariedad propio de la acción de tutela, por cuanto la peticionaria efectivamente cuenta con otros mecanismos judiciales de defensa, tales como las acciones ante la jurisdicción contencioso administrativa, respecto de las cuales la accionante no alegó que fueran ineficaces para salvaguardar sus derechos fundamentales, ni sustentó, siquiera de manera sumaria, la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Tal como lo ha sostenido esta Corporación a través de su jurisprudencia, al sustentar la importancia de verificar los requisitos de procedibilidad del amparo constitucional en los casos en los que se pretende por medio de éste obtener la reliquidación de la mesada pensional, en la sentencia T-234 de 2011 la Corte dispuso:

“[...] corresponde a este Tribunal determinar si la acción de tutela es procedente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable en cada caso concreto pero no relevarse del análisis de procedencia pues se estaría sustituyendo a la jurisdicción ordinaria

competente para solucionar esta clase de controversias.

Adoptar una posición contraria implica convertir a la jurisdicción constitucional en un escenario para la comprobación de vías de hecho administrativas que una vez configuradas harían procedente el amparo de manera definitiva, y correlativamente, el mensaje a los peticionarios sería que su deber procesal en una acción de tutela por reliquidación pensional sería demostrar la existencia de la vía de hecho administrativa en la resolución que les reconoció la mesada pensional sin ningún análisis adicional sobre las circunstancias de procedencia del mecanismo constitucional, tales como la edad, el estado de salud, las condiciones de subsistencia, entre otras.”

De ahí que se preciso resaltar en este punto, que: i) la señora Núñez Vélez actualmente devenga una pensión de aproximadamente un millón de pesos²¹; ii) a la fecha de interposición de la tutela contaba con 59 años de edad, es decir que no pertenece a la tercera edad²²; iii) no adujo padecer de alguna afectación a su salud; y iv) no demostró, ni alegó que el dinero que actualmente devenga amenazara su mínimo vital o le impidiera cubrir las necesidades básicas de su núcleo familiar. Por ende, se procederá a confirmar la sentencia del 21 de septiembre de 2011 del Tribunal Superior del distrito Judicial de Ibagué (Sala Civil-Familia de decisión) la cual confirmó la sentencia del 5 de agosto del mismo año del Juzgado Segundo de Familia de Ibagué.

2.3. De Carlos Hernán Mejía Restrepo.

2.3.1. Alegación de afectación de un derecho fundamental. Se alega la vulneración al derecho fundamental al debido proceso.

2.3.2. Legitimación por activa. La demanda fue presentada personalmente por el accionante como titular del derecho presuntamente vulnerado²³.

2.3.3. Legitimación pasiva. De acuerdo con lo previsto por el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991, el Instituto de Seguros Sociales se encuentra legitimado como parte pasiva en el presente proceso, dada su calidad de autoridad pública y debido a que se le atribuye la violación de los derechos fundamentales en discusión.

2.3.4. Inmediatez. En el presente caso, el accionante pretende que se deje sin efectos a las resoluciones No. 027605 del 30 de septiembre de 2008 y No. 11136 del 11 de junio de 2010, proferidas por el ISS, al considerar que ésta entidad vulneró su derecho fundamental al debido proceso al haber omitido liquidar en dichas resoluciones su mesada pensional bajo el régimen especial en seguridad social de los funcionarios de la Rama Judicial, consagrado en el decreto 546 de 1971. Para la Sala, el tiempo transcurrido entre la fecha de la ocurrencia del presunto hecho vulnerador²⁴ y la fecha de la interposición de la acción de tutela, constituye lapso de tiempo razonable.

2.3.5. Subsidiariedad. En materia de actos administrativos, la Corte ha manifestado que la acción de tutela es procedente cuando se cumplen dos condiciones: (i) que no se trate de actos de contenido general, impersonal y abstracto, por expresa prohibición del artículo 6, numeral 5, del Decreto 2591 de 1991; y (ii) que el demandante logre probar la existencia de un perjuicio irremediable para obtener el amparo constitucional²⁵. Con el fin de establecer la irremediabilidad del perjuicio, la Corte ha considerado necesario determinar la presencia concurrente de varios elementos como son: (i) la inminencia del daño, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente, entendiendo por amenaza no la simple posibilidad de lesión, sino la probabilidad de sufrir un mal irreparable y grave de forma injustificada; (ii) la gravedad, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) la urgencia, que exige la adopción de medidas prontas o inmediatas para conjurar la amenaza; (iv) la impostergabilidad de la tutela, que implica acreditar la necesidad de recurrir al amparo como mecanismo expedito y necesario para la protección de los derechos fundamentales²⁶.

Además, de estos elementos configurativos del perjuicio irremediable, la Corte ha exigido que para que proceda la tutela como mecanismo de defensa transitorio, el perjuicio se encuentre probado en el proceso, puesto que el juez de tutela no está en capacidad de estructurar, concebir, imaginar o proyectar, por sí mismo, el contexto fáctico en el que ha tenido ocurrencia el presunto daño irreparable²⁷. Es por esto que la Corporación ha sostenido enfáticamente que no basta con afirmar que un derecho se encuentra sometido a un perjuicio irremediable; es necesario, además, que el afectado “explique en qué consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y aporte mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar la existencia del elemento en cuestión”²⁸.

Igualmente esta Corporación ha precisado en su jurisprudencia que, en relación con la existencia del otro medio de defensa judicial y la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio, no existe la obligación de iniciar el proceso ordinario antes de acudir a la acción de tutela, basta que dicha posibilidad esté abierta al interponer la demanda. Sin embargo, si el demandante ha dejado vencer la oportunidad para iniciar el trámite del proceso ordinario, por prescripción o caducidad de la acción, la tutela no procede ni siquiera de manera transitoria.

En el presente caso, el accionante solicita la protección de sus derechos fundamentales al considerar que el Instituto de Seguros Sociales incurrió en una vía de hecho administrativa al haber omitido liquidar su mesada pensional bajo el régimen especial en seguridad social de los funcionarios de la Rama Judicial, consagrado en el decreto 546 de 1971. Partiendo de las anteriores consideraciones, esta Sala no encuentra acreditado en el presente caso el requisito de subsidiariedad propio de la acción de tutela, por cuanto el actor efectivamente cuenta con otros mecanismos judiciales de defensa, tales como las acciones ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Tal como lo ha sostenido esta Corporación a través de su jurisprudencia, al sustentar la importancia de verificar los requisitos de procedibilidad del amparo constitucional en los casos en los que se pretende por medio de éste obtener la reliquidación de la mesada pensional, en la sentencia T-234 de 2011 la Corte dispuso:

“[...] corresponde a este Tribunal determinar si la acción de tutela es procedente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable en cada caso concreto pero no relevarse del análisis de procedencia pues se estaría sustituyendo a la jurisdicción ordinaria competente para solucionar esta clase de controversias.

Adoptar una posición contraria implica convertir a la jurisdicción constitucional en un escenario para la comprobación de vías de hecho administrativas que una vez configuradas harían procedente el amparo de manera definitiva, y correlativamente, el mensaje a los peticionarios sería que su deber procesal en una acción de tutela por reliquidación pensional sería demostrar la existencia de la vía de hecho administrativa en la resolución que les reconoció la mesada pensional sin ningún análisis adicional sobre las circunstancias de procedencia del mecanismo constitucional, tales como la edad, el estado de salud, las

condiciones de subsistencia, entre otras.”

Es preciso resaltar en este punto, que: i) el señor Mejía Restrepo actualmente devenga una pensión de \$3.882.748 pesos²⁹; ii) a la fecha de interposición de la tutela contaba con 64 años de edad, es decir que no pertenece a la tercera edad³⁰; iii) no adujo padecer de alguna afectación a su salud; y iv) no demostró que el dinero que actualmente devenga amenazara su mínimo vital o le impidiera cubrir las necesidades básicas de su núcleo familiar.

Por ende, se procederá a confirmar la sentencia del 14 de septiembre de 2011 del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga -Sala Laboral- del 5 de octubre de 2011, para en su lugar CONFIRMAR, sólo por las razones anteriormente expuestas, el fallo del 30 de agosto del 2011 del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bucaramanga.

SEGUNDO.- CONFIRMAR la sentencia del 21 de septiembre de 2011 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué (Sala Civil-Familia de decisión), la cual confirmó la sentencia del 5 de agosto del mismo año del Juzgado Segundo de Familia de Ibagué.

TERCERO.- CONFIRMAR la sentencia del 14 de septiembre de 2011 del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín.

CUARTO.- LIBRAR, por Secretaría General, la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

ADRIANA GUILLÉN ARANGO

GABRIEL E. MENDOZA MARTELO

Magistrada

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 La acción de tutela fue interpuesta por el accionante el 17 de agosto de 2011. Folio 78 del cuaderno 1. En adelante, los folios a los que se haga mención en la presente providencia forman parte del cuaderno 1 salvo que se exprese lo contrario.

2Cf. Folios 35 y 36.

3Cf. Folios 38-42. Resolución 06529 del 21 de marzo de 2003.

4Cf. Folios 92-94.

5 Cf. Folios 48-65.

6 La acción de tutela fue interpuesta por la accionante el 21 de julio de 2011. Folio 1.

7 Cf. Folios 12 y 13.

8 Ibíd.

9 Cf. Folio 47. Constancia de servicios prestados expedido por la Fiscalía General de la Nación -Seccional Ibagué- en el cual aparece la fecha de retiro de la entidad como Asistente de Fiscal II.

10 La acción de tutela fue interpuesta por el accionante el 31 de agosto de 2011. Folio 1.

11 Cf. Folios 12-16.

12 Cf. Folio 18.

13 En Auto del treinta y uno (31) de enero del presente año, de la Sala de Selección número uno (1) de esta Corporación, se dispuso la selección de las providencias en cuestión, se procedió a su reparto y a su acumulación por presentar unidad de materia para que fueran fallados en una sola sentencia, si así lo llegase a considerar la sala de Revisión.

14 Decreto 2591 de 1991.

15 Resolución No. 37782 de 2007, visible a folio 55 y ss.

16 Decreto 2591 de 1991.

17 Cf. Sentencia SU-713 de 2006.

18 Cf. Sentencias T-225/1993, T-436/2007, T-016/2008, T-1238/ 2008 y T-273/2009, entre otras.

19 Sobre el tema se pueden consultar, entre otras, las Sentencias SU-995/1999, T-1155/2000 y T-290/2005.

20 Sentencias T-449/ 1998, T-1068/2000, T-290/2005, T-1059/2005, T-407/2005, T-467/2006, T-1067/2007, T-472/2008, T-104/2009 y T-273/ 2009 entre otras.

21 Cf. Folios 2 y 3.

22 Al respecto, y si bien es claro que “[l]a tercera edad exige el respeto y la consideración de la sociedad y la gestión efectiva del Estado Social de Derecho, que no pueden eludir sus responsabilidades en la preservación de una vida digna de personas cuya debilidad es manifiesta”, la Constitución no definió la edad en la que se inicia esta fase de la vida y, por ende, desde qué momento debe empezar a surtir efectos esta protección especial. Como consecuencia de esta indeterminación, esta Corporación estableció como criterio útil para delimitar la pertenencia a la tercera edad, el hecho de sobrepasar la edad de expectativa de vida para los colombianos, que se fijó en 71 años. Ver, entre otras, las sentencias T-463 de 2003, T-1226 de 2000, T-456 de 1994, T-425 de 2004, T-463 de 2004 y T-634 de 2008.

23 Decreto 2591 de 1991.

24 La cual para efectos del presente análisis será aquella de la resolución No. 11136 del 11 de junio de 2010, puesto que fue en ésta en dónde el ISS reliquidó por última vez la mesada pensional del actor.

25 Cf. Sentencia SU-713 de 2006.

26 Cf. Sentencias T-225/1993, T-436/2007, T-016/2008, T-1238/ 2008 y T-273/2009, entre otras.

27 Sobre el tema se pueden consultar, entre otras, las Sentencias SU-995/1999, T-1155/2000 y T-290/2005.

28 Sentencias T-449/ 1998, T-1068/2000, T-290/2005, T-1059/2005, T-407/2005, T-467/2006, T-1067/2007, T-472/2008, T-104/2009 y T-273/ 2009 entre otras.

29 Cf. Folios 1, 18.

30 Al respecto, y si bien es claro que “[l]a tercera edad exige el respeto y la consideración de la sociedad y la gestión efectiva del Estado Social de Derecho, que no pueden eludir sus responsabilidades en la preservación de una vida digna de personas cuya debilidad es manifiesta”, la Constitución no definió la edad en la que se inicia esta fase de la vida y, por ende, desde qué momento debe empezar a surtir efectos esta protección especial. Como consecuencia de esta indeterminación, esta Corporación estableció como criterio útil para delimitar la pertenencia a la tercera edad, el hecho de sobrepasar la edad de expectativa de vida para los colombianos, que se fijó en 71 años. Ver, entre otras, las sentencias T-463 de 2003, T-1226 de 2000, T-456 de 1994, T-425 de 2004, T-463 de 2004 y T-634 de 2008.