

## PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD E INMEDIATEZ EN LA ACCION DE TUTELA-Requisitos de procedibilidad

La subsidiariedad, encuentra sustento en el inciso tercero del artículo 86 y el numeral primero del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, según los cuales, la acción de tutela “sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.” Respecto del requisito de inmediatez, de creación jurisprudencial, la Corte ha indicado que este busca asegurar que la tutela se utilice como una reacción judicial eficaz frente a la violación o amenaza grave, actual y vigente de los derechos fundamentales, y que al mismo tiempo garantice la debida salvaguarda de la seguridad jurídica.

## PRINCIPIOS DE LA BUENA FE Y CONFIANZA LEGITIMA-Contenido y alcance

La jurisprudencia constitucional ha entendido el principio de buena fe “como una exigencia de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que otorga la palabra dada, a la cual deben someterse las diversas actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares entre sí y ante éstas, la cual se presume, y constituye un soporte esencial del sistema jurídico; la confianza, entendida como las “expectativas razonables, ciertas y fundadas que pueden albergar los administrados con respecto a la estabilidad o proyección futura de determinadas situaciones jurídicas de carácter particular y concreto”, es un principio jurídico que encuentra fundamento en la buena fe, el respeto del acto propio y el principio de seguridad jurídica.

## PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA Y PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN RECONOCIMIENTO DE PENSION DE JUBILACION-Vulneración por revocatoria de pensión de jubilación que el accionante recibió por más de una década de la Universidad Distrital

## DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA Y AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Garantía constitucional/PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA-Fundamento del ordenamiento jurídico

El derecho a la dignidad humana en el ordenamiento nacional es contemplado como el valor supremo del Estado Social de Derecho. El derecho al libre desarrollo de la personalidad busca

proteger la autonomía individual de escoger un plan de vida “concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle.” El derecho al libre desarrollo de la personalidad, que concreta una de las facetas del derecho a la dignidad humana, implica que cada individuo tiene la potestad de elegir y ejecutar un plan de vida, siempre y cuando este no interfiera con los derechos de terceros o vulnere el ordenamiento jurídico.

**DERECHO A LA PENSION-Incluye principios constitucionales laborales y de seguridad social**

Respecto del derecho a la pensión, este es parte del derecho a la seguridad social, de manera que bajo la óptica de la jurisprudencia más reciente en principio se entiende como un derecho fundamenta. De manera que la Corte lo ha protegido por vía de tutela en los casos en los cuales existe un derecho subjetivo y una prestación determinada.

**DERECHO AL REGIMEN DE TRANSICION EN MATERIA PENSIONAL-Artículo 36 de la Ley 100 de 1993**

Previendo el tránsito de las diferentes normas pensionales, en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se consagró el régimen de transición que fijó las reglas para identificar en qué casos se debe dar aplicación a esta nueva norma y en cuáles se pueden aplicar normas anteriores. Así, en virtud de este artículo, las personas que a 1° de abril de 1994 (fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993) tuvieran: a) 35 años o más si son mujeres o 40 o más si son hombres o, b) hubieran cotizado durante 15 años o más independientemente de su sexo, pueden pensionarse si cumplen los requisitos establecidos en el régimen al cual se encontraban afiliados al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

**DERECHO A LA PENSION DE VEJEZ-Orden a Universidad transferir al Seguro Social la cuota parte pensional para que éste prepare liquidación**

**DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL Y PROTECCION POR MEDIO DE ACCION DE TUTELA-Reiteración de jurisprudencia**

**PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA Y DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Orden a Universidad suscribir contrato laboral mientras cumple con requisitos para pensión, según régimen de transición y transferir al ISS bono pensional**

Referencia: expediente T-2719755

Acción de tutela instaurada por Félix Tello García contra Universidad Distrital Francisco José de Caldas

Magistrada Ponente

ADRIANA MARÍA GUILLÉN ARANGO.

Bogotá D.C., doce (12) de junio de dos mil doce (2012)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Adriana María Guillén Arango (E), quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Nacional y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente,

## SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos por el Juzgado Trece Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, el trece (13) de abril de dos mil diez (2010), y el Juzgado Once Penal Municipal con función de Control de Garantías de Bogotá, del diecinueve (19) de febrero de 2010, en la acción de tutela instaurada por Félix Tello García contra la Universidad Distrital Francisco José de Caldas.

## I. ANTECEDENTES

El ciudadano Félix Tello García interpuso acción de tutela contra Universidad Distrital Francisco José de Caldas, mediante la cual solicitó el amparo de sus derechos al trabajo, a la estabilidad laboral, a la buena fe y a la confianza legítima y, en consecuencia ordenar a la entidad accionada que lo reintegre a su empleo dentro de la institución.

Para fundamentar su solicitud de amparo relató los siguientes

### 1.1. Hechos:

1. El actor, nació el 5 de octubre de 1957, estuvo vinculado a la UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS (Universidad Distrital), como Técnico Operativo, desde el 8 de junio de 1981 hasta el 31 de diciembre de 1998, por un período de 17 años, 4 meses y 24 días.<sup>1</sup>

1. La Universidad Distrital firmó un Acta de Convenio Laboral el 7 de abril de 1992, que hizo extensiva, a los demás trabajadores de la Universidad, la Convención Colectiva de Trabajo 1992-1993, suscrita entre el Sindicato de Trabajadores de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas (SINTRAUD) y la institución educativa. La Convención Colectiva estableció que tenían derecho a la pensión de jubilación los empleados que cumplieran 20 años de servicio, a cualquier edad, y que hubieran laborado un mínimo de 10 años en la institución.

1. El 8 de octubre de 1998, la Oficina Jurídica de la Universidad Distrital, por medio de comunicación número OJ-1010-98, informó al accionante que tenía derecho a acceder a la pensión de jubilación con base en el Acta de Convenio Laboral y el artículo 10 de la Convención Colectiva de Trabajo 1992-1993. En dicha comunicación se manifestó que el actor podía “pensionarse con un porcentaje equivalente al 88% del salario promedio devengado en el último año (...)”<sup>2</sup>.

1. En la Resolución 070 del 25 de febrero de 1999, la entidad reconoció la pensión de jubilación del accionante con derecho a una mesada pensional del ochenta y nueve punto noventa y ocho por ciento (89.98%) del salario promedio mensual devengado en el último año, quedando ésta en un valor de \$1.707.262 a partir del 31 de diciembre de 1998.<sup>5</sup>

1. El 2 de julio de 2004, la Universidad Distrital interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho<sup>6</sup>, contra la Resolución N° 070 de 1999, proferida por esa misma

entidad. Además de la pretensión de nulidad, solicitó que se ordenara al señor Tello el reintegro de los dineros recibidos por concepto de la mesada pensional y las mesadas adicionales de junio y diciembre.<sup>7</sup>

1. El 11 de octubre de 2007, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, declaró la nulidad de la Resolución 070 de 1999 y denegó las demás pretensiones<sup>8</sup>.

1. La decisión fue apelada por las partes; la Universidad Distrital solicitó que se ordenara el reintegro de los pagos hechos al demandante por concepto de la mesada pensional y el demandado solicitó la revocatoria de la sentencia impugnada y que se ordenara el reintegro laboral y la posibilidad de continuar sus cotizaciones hasta lograr el derecho pensional.

1. Por medio de sentencia del 9 de julio de 2009, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, confirmó la sentencia de primera instancia. Respecto de la pretensión del reintegro de las mesadas pensionales, sostuvo la Sala que la actuación del señor Tello no fue de mala fe y se ajustó a una orden de la Universidad Distrital, y por tanto no había lugar al reintegro de los emolumentos cancelados. Respecto de la solicitud del señor Tello, contempló la Sala que ésta no fue parte del objeto de la demanda, ni se incluyó dentro del soporte jurídico o fáctico, de manera que no era de su competencia entrar a resolver la petición.

1. A través de la Resolución 665 del 26 de octubre 2009, la Universidad Distrital, acató el fallo y revocó la pensión de jubilación del accionante.

1.2. Pruebas relevantes aportadas al proceso.

1.2.1. Copia del comunicado de la Oficina Jurídica de la Universidad Distrital número

OJ-1010-98, donde se le informó al accionante que cumplía los requisitos para pensionarse con un porcentaje equivalente al 88% del salario promedio devengado en el último año.<sup>9</sup>

1.2.2. Copia de la carta de renuncia del accionante, en donde adicionalmente solicitó que se ordenara lo necesario para obtener la pensión de jubilación.<sup>10</sup>

1.2.3 Copia de la Resolución de Rectoría No. 264 del 10 de diciembre de 1998 donde se aceptó la renuncia del accionante, y copia de la comunicación de aceptación.<sup>11</sup>

1.2.4. Resolución 070 del 25 de febrero de 1999, por la cual la Universidad Distrital reconoció y ordenó el pago de una mesada pensional al accionante del 89.98% del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicios, desde el 31 de diciembre de 1998.<sup>12</sup>

1.2.6 Copia de la Resolución 325 del 27 de septiembre de 2007, de la Universidad Distrital, por la cual se cumple la orden impartida por el Consejo de Estado sobre la suspensión provisional de la Resolución 070 de 1999.<sup>14</sup>

1.2.7 Copia del fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección segunda, Subsección “D”, del 11 de octubre de 2007, que declaró la nulidad de la Resolución 070 de 1999.<sup>15</sup>

1.2.8. Copia del fallo del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, del 9 de julio de 2009, que confirmó el fallo de primera instancia.<sup>16</sup>

1.2.9. Copia de la Resolución No. 665, del 26 de octubre de 2009, de la Universidad Distrital, por la cual se revoca la pensión de jubilación del demandante, en cumplimiento de la sentencia del Consejo de Estado que confirma el fallo de primera instancia que declaró la nulidad de la Resolución 070 de 1999.<sup>17</sup>

1.2.10. Copia de fallos de tutela en los cuales se ha concedido la pretensión de reintegro laboral a trabajadores que renuncian a su cargo luego de recibir una comunicación por parte de la entidad donde les informan que ya cumplen los requisitos para obtener la pensión por jubilación. <sup>18</sup>

1.2.11. Poder otorgado al abogado Luis Eduardo Pineda Palomino, por parte del accionante.<sup>19</sup>

1.2.12. Declaración juramentada que rinde el accionante el día 19 de febrero de 2010 ante el juez de primera instancia.<sup>20</sup>

### 1.3. Solicitud de la tutela.

Mediante escrito admitido el nueve (9) de febrero de dos mil diez (2010), por medio de apoderado judicial, el accionante solicitó que fueran tutelados sus derechos al trabajo en condiciones dignas, estabilidad en el empleo, buena fe y confianza legítima. Argumentó el accionante que se vulneraron sus derechos fundamentales puesto que éste renunció a la institución, por sugerencia de la misma, para acceder a la pensión de jubilación, la cual le fue concedida por un período de 10 años, y luego fue revocada. Como consecuencia del cambio de condiciones solicitó que se ordenara el reintegro a la Universidad Distrital a un cargo de igual o superior categoría al que tenía y el pago de sus salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir desde el 26 de octubre de 2009, fecha en la que se declaró nula la Resolución que le reconocía la pensión de jubilación.

### 1.4. Intervención de la parte demandada: UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS.

La Universidad, respondió arguyendo que no ha vulnerado los derechos invocados, pues sus actuaciones encuentran fundamento en las decisiones judiciales que se dieron entorno a la Resolución 070 de 1999. Al respecto dice:

1. El cargo que venía desempeñando el accionante no se encuentra vacante y no hay presupuesto para pagar sus prestaciones, además el juez de tutela no tiene competencia para modificar la planta de personal. De acuerdo con la sentencia C-337 de 1993, esto sería una invasión de competencias administrativas que generaría un gasto excluido del respectivo presupuesto.

1. Indica que ésta presentó la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto administrativo que concedía la pensión del accionante en cumplimiento de lo ordenado por el Consejo de Estado en sentencia del 25 de mayo de 2006. Por lo anterior, la Universidad no indujo al error al accionante, pues nunca actuó de mala fe. Concluye que la Universidad no obligó al accionante a “(...) renunciar para que obtuviera su pensión de jubilación de acuerdo con el acta convenio de la Universidad, le dejó a su libre decisión si quería pensionarse de esta manera o esperar a cumplir la edad y el tiempo requerido en ley.”

1. Finalmente, concluye que la acción de tutela es improcedente pues el accionante busca rebatir las sentencias que declararon la nulidad de la Resolución que le reconocía la pensión de jubilación, y en este caso no se reúnen los requisitos establecidos en la sentencia C-590 de 2005, para que proceda la acción de tutela contra sentencia. Agrega que el actor tuvo la oportunidad de presentar demanda de reconvención en contra de la Universidad Distrital, y solicitar en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo el reintegro laboral, por lo cual la acción de tutela no es el mecanismo judicial indicado. 21

## II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN.

1. Decisión de primera instancia: Juzgado 11 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá.

El 19 de febrero de 2010, el juez declaró la improcedencia de la acción por no cumplir con los requisitos de procedibilidad. Respecto de la subsidiariedad estableció que la acción de tutela no es el mecanismo principal para solicitar el reintegro laboral; en el presente caso el accionante ha debido acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Resolución que aceptaba su renuncia. Al no ser el mecanismo principal de protección, la acción procedería para evitar un perjuicio irremediable, sin embargo en el presente caso no se cumplen los presupuestos para su ocurrencia. Respecto de la inmediatez, concluyó que la



acción de tutela se ha debido interponer cuando se ordenó el reajuste de su pensión, en el año 2006, y por lo tanto no cumple con el supuesto de inmediatez. Además, estableció que el actor antes de presentar su carta de renuncia debió buscar asesoría, para determinar si realmente cumplía con los requisitos dispuestos por la ley para acceder a una pensión.<sup>22</sup>

#### 1. . Impugnación.

El accionante alegó que el Juez de primera instancia no tuvo en cuenta que el objeto de estudio en este caso era la violación del principio de confianza legítima por parte de la Universidad Distrital al hacerle creer que era acreedor de la pensión de jubilación, motivo por el cual renunció a su cargo. Respecto de la subsidiariedad indicó que no existía otra acción para proteger sus derechos y por lo tanto la tutela no debe ser un mecanismo transitorio sino definitivo de protección. Adicionó que aunque en el caso específico no se debe analizar la existencia de un perjuicio irremediable, es evidente que éste si existe ya que el actor se encuentra sin trabajo, sin pensión y tiene una incapacidad permanente para caminar. Por tanto, solicitó revocar el fallo impugnado y concedan las pretensiones.<sup>23</sup>

#### 2.3. Decisión de segunda instancia: Juzgado 13 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá.

El 13 de abril de 2010, el Juez de segunda instancia confirmó la improcedencia de la acción. Consideró que el accionante no agotó la vía judicial ordinaria para reclamar sus derechos, siendo esta la prevista por el legislador.<sup>24</sup>

### III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

#### 1. Competencia.

1. El expediente de la referencia fue escogido para revisión por medio del auto del veintidós (22) de julio del año dos mil diez (2010), proferido por la Sala de Selección Número Siete.

## 2. Actuaciones en sede de revisión.

1. Por medio de auto del veintisiete (27) de octubre de dos mil diez (2010), el Magistrado Sustanciador solicitó a la Universidad Distrital que informará el tipo de vinculación laboral que tenía el accionante con la entidad, que remitiera copia de la historia laboral de éste, copia de la Convención Colectiva y copia de las sentencias de la acción popular iniciadas en contra de la Convención Colectiva. Así mismo, se solicitó al accionante que remitiera copia de su historia clínica y al Instituto de Seguros Sociales que enviara copia de la historia laboral del accionante. Finalmente, se suspendieron términos del proceso hasta que se allegaran las pruebas solicitadas y las mismas fueran evaluadas.

Exceptuando al Seguro Social, las partes allegaron los documentos solicitados.

1. Así mismo, el veintitrés (23) de noviembre de dos mil once (2011), el Magistrado Sustanciador solicitó a la Universidad Distrital, que informara el actuar de la Institución frente a las pensiones del accionante luego de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.<sup>25</sup> Así mismo, se solicitó nuevamente al Instituto de Seguros Sociales que remitiera copia de la historia laboral en materia pensional del accionante. Finalmente, se requirió al señor Tello que hiciera un detallado recuento de su situación económica -número de personas a cargo, ingresos, egresos, etc-.

Frente a este requerimiento, el Instituto de Seguros Sociales no dio respuesta alguna, mientras las partes allegaron las pruebas dentro del término.

1. Por medio de auto del doce (12) de diciembre de dos mil once (2011), el Magistrado Sustanciador vinculó al Instituto de Seguros Sociales, al considerar que si bien esta entidad no fue demandada directamente, de los hechos y de las pretensiones del tutelante se infiere que puede verse afectado con la decisión a emitir en este proceso<sup>26</sup>. Sin embargo, no se obtuvo respuesta alguna.

1. Por medio de auto del nueve (9) de mayo de dos mil doce (2012), el Magistrado Sustanciador solicitó a la Universidad Distrital que informará el número de personas que fueron pensionadas bajo la Convención Colectiva y cuantas de esas a la fecha no cumplen con los requisitos para acceder a la pensión de vejez. Asimismo, se solicitó al accionante establecer si actualmente se encuentra trabajando y si estuvo vinculado al sindicato de la Universidad. De igual manera, se requirió al Instituto de Seguros Sociales, nuevamente, para que esta entidad informara la historia laboral en materia de pensiones del accionante.

Las partes dieron respuesta, exceptuando, nuevamente al Instituto de Seguros Sociales.

2.5. Se hará referencia a las contestaciones allegadas al proceso dentro del texto de la providencia.

3. Delimitación de la controversia en sede de revisión.

El actor fue pensionado por la Universidad Distrital en 1998 en virtud de la aplicación de la Convención Colectiva vigente. La resolución de reconocimiento de pensión fue revocada por la Universidad Distrital en cumplimiento de una sentencia del Consejo de Estado que, al resolver una acción popular, la dejó sin efectos y ordenó la revocatoria de todas las pensiones concedidas. Motivo por el cual el accionante dejó de recibir su único ingreso mensual del cual dependían económicamente él y sus hijos. De manera que las condiciones y proyecciones de vida del accionante fueron modificadas y afectadas por tal decisión, lo cual implica que puede haber una vulneración a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad de éste, al haberse alterado tan drásticamente su plan de vida. Adicionalmente, advierte la Sala que las condiciones laborales y pensionales del accionante también fueron objeto de alteración, puesto que este dejó de cotizar durante un período de 10 años, durante los cuales fue beneficiario de la pensión de jubilación. 27

El actor sostiene que se le desconoció el principio de confianza legítima y buena fe y, por tanto, se le vulneró el derecho al trabajo y a la estabilidad laboral. Solicita que las condiciones laborales sean restituidas, se restablezca su ingreso mensual y se ordene a la Universidad Distrital su reintegro.

La Universidad Distrital indicó que es imposible reintegrarlo, pues esto implicaría una modificación en la planta de personal. Adicionaron que sus actuaciones se encuentran precedidas por decisiones judiciales, y por tanto son legítimas. Finalizó, indicando que la acción de tutela es improcedente, puesto que el actor busca controvertir la decisión judicial que declaró la nulidad de la pensión de jubilación.

Los jueces de instancia, le hallaron la razón a la demandada, y declararon la improcedencia de la acción por falta de cumplimiento del requisito de subsidiariedad.

Encuentra la Sala que la presente actuación no pretende controvertir la decisión judicial que declaró la nulidad de la Resolución que reconocía la pensión del accionante. En concreto, encuentra la Sala que debido a una serie de decisiones de la Universidad Distrital el actor sufrió un cambio abrupto en sus legítimas expectativas de retiro, cambio que en principio es atribuible a la Universidad Distrital. Por lo cual, se ve enfrentada a resolver los siguientes problemas jurídicos:

a. ¿Es procedente la acción de tutela por la cual se solicita el reintegro laboral, cuando el accionante renunció voluntariamente a su empleo en la Administración hace más de 10 años en razón a que lo amparaba una convención colectiva revestida de presunción de legalidad y los jueces de instancia consideran que la acción no cumple con los requisitos de subsidiariedad e inmediatez?

c. ¿En caso de haber un desconocimiento del principio de confianza legítima por parte de la Administración, hay una afectación al derecho a la seguridad social del accionante, en el entendido que éste recibió una pensión de jubilación durante 10 años, período durante el cual no efectuó ningún tipo de cotización al sistema de seguridad social?

Para resolver los problemas jurídicos planteados la Sala, abordará los criterios establecidos para la procedencia de la acción, analizará la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la confianza legítima y la buena fe, estudiará el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la seguridad social, y por último resolverá el caso concreto.

#### 4. Procedibilidad de la acción de tutela. Reiteración.

##### 4.1. La acción de tutela procede contra cualquier acción u omisión de las autoridades

públicas que hayan violado, amenacen violar o violen los derechos constitucionales fundamentales. Para que esta proceda como mecanismo sumario de amparo se han establecido dos requisitos básicos de procedibilidad: la subsidiariedad y la inmediatez.

4.1.1 La subsidiariedad, encuentra sustento en el inciso tercero del artículo 86 y el numeral primero del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, según los cuales, la acción de tutela “sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”

Adicional a la excepción planteada por la norma, cuando busque evitar un perjuicio irremediable<sup>28</sup>, la jurisprudencia de esta Corte ha establecido que en cada caso concreto se deberá analizar la efectividad de los demás mecanismos judiciales que el sujeto tiene a su disposición, específicamente para determinar su eficacia e idoneidad con miras a la protección adecuada de los derechos afectados. En caso de encontrar que esos mecanismos no son idóneos o eficaces, la protección constitucional por vía de la acción de tutela será viable.

4.1.2. Respecto del requisito de inmediatez, de creación jurisprudencial<sup>29</sup>, la Corte ha indicado que este busca asegurar que la tutela se utilice como una reacción judicial eficaz frente a la violación o amenaza grave, actual y vigente de los derechos fundamentales, y que al mismo tiempo garantice la debida salvaguarda de la seguridad jurídica. En efecto, se ha establecido en la jurisprudencia que si bien la tutela puede ser interpuesta en cualquier tiempo y en ese orden técnicamente no tiene un límite temporal para su interposición, sí debe ser presentada dentro de un término razonable.

4.2. En el presente caso encuentra la Sala que la acción de tutela es procedente, pues sí cumple con los requisitos de procedibilidad establecidos en las normas y en la jurisprudencia, a diferencia de lo indicado por los jueces de instancia.

4.2.1. En primer lugar, la Sala constata que se trata de un caso de relevancia constitucional, que puede ser estudiado en sede de tutela, que busca la protección del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana y la seguridad social, los cuales fueron presuntamente vulnerados por el desconocimiento de los principios constitucionales de la confianza legítima y de la buena fe.

4.2.2. En segundo lugar, a diferencia de la posición de los jueces de instancia de tutela, en relación a la subsidiariedad de la acción, encuentra la Sala que la acción de tutela en la presente controversia es el único y principal mecanismo de protección.

En relación con el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, es claro que la acción de tutela es el único mecanismo de protección que establece el ordenamiento jurídico.

Frente a la pretensión del señor García Tello de ser reintegrado a labores en la Universidad Distrital la Sala considera que al ser una de las partes el Estado, la jurisdicción natural ante la cual el accionante ha debido acudir es la de lo Contencioso Administrativo. De manera que para lograr su pretensión este ha debido atacar la Resolución 264 de diciembre de 1998, por la cual la Administración aceptó su renuncia, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Empero, de acuerdo con el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, vigente a la fecha de los hechos, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho caduca luego de cuatro meses a partir del día siguiente al de la publicación, comunicación o ejecución del acto. Así, es claro que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Resolución que aceptó la renuncia caducó en el mes de abril de 1999, lo que hace imposible para el accionante demandar la resolución, más aún si se tiene en cuenta que la sentencia que declaró la nulidad de la resolución que le reconoció la pensión de jubilación, fue proferida en el mes de julio de 2009, más de una década después y que es precisamente tal circunstancia la que origina la pretensión de reintegro del actor, luego de ser privado de la pensión cuyo reconocimiento dio origen a su renuncia en el año de 1999.

En este sentido, no era posible para el señor García Tello iniciar la demanda de reconvención solicitando la nulidad y restablecimiento del derecho, como indica la parte demandada, pues ésta hubiera sido rechazada por extemporánea. La demanda de reconvención debe cumplir todos los requisitos de una demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, incluidos el agotamiento de la vía gubernativa y que la acción no se encuentre vencida,<sup>30</sup> requisito que como se analizó no se cumple en el presente caso.

Adicional a lo anterior, de las pruebas aportadas al proceso, se evidencia que en la contestación de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho iniciada por la

Universidad Distrital, el accionante solicitó que, si se decretaba la nulidad de la Resolución que ordenó el reconocimiento de la pensión de jubilación, le fuese protegido su derecho a la confianza legítima y se ordenara su reintegro. Sin embargo, en las dos instancias del proceso surtido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, estas fueron denegadas.<sup>31</sup> De lo anterior, se observa que el accionante, dentro de sus posibilidades intentó hacer valer sus derechos, cumpliendo con el requisito de subsidiariedad.

Así mismo, se podría argumentar que el accionante cuenta con la acción de reintegro ante la jurisdicción laboral ordinaria. Sin embargo sobre este punto es menester indicar que dicha acción no procedería puesto que el accionante renunció a su cargo de manera voluntaria, de manera que “técnicamente” no hubo despido por parte de la Administración.

Concluye la Sala que el accionante no tiene otra vía judicial para solicitar el amparo de sus derechos fundamentales y por tanto, la presente acción cumple con el requisito de subsidiariedad.

4.2.3 Finalmente, respecto del tercer requisito, la inmediatez, encuentra la Sala que también se cumple, pues la Resolución que revocó la pensión de jubilación del señor Félix García, en virtud de la sentencia del Consejo de Estado que confirmó la providencia que decretó la nulidad, se expidió el 26 de octubre de 2009. La demanda de tutela que origina este proceso fue admitida por el Juzgado 11 Penal Municipal con Función de Control de Garantías el 9 de febrero de 2010; transcurrió menos de seis (6) meses entre la última actuación y la interposición de la acción de tutela.

4.3. Así, analizados los requisitos objetivos de la procedibilidad, se reitera que la presente acción es procedente.

## 5. Principio de confianza legítima y principio de buena fe. Reiteración.

5.1. El artículo 83 de la Constitución Política de 1991, dicta que “las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estos.”.

La jurisprudencia constitucional ha entendido el principio de buena fe “como una exigencia de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que otorga la palabra dada, a la cual

deben someterse las diversas actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares entre sí y ante éstas, la cual se presume, y constituye un soporte esencial del sistema jurídico; de igual manera, cada una de las normas que componen el ordenamiento jurídico debe ser interpretada a luz del principio de la buena fe, de tal suerte que las disposiciones normativas que regulen el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes legales, siempre deben ser entendidas en el sentido más congruente con el comportamiento leal, fiel y honesto que se deben los sujetos intervinientes en la misma. En pocas palabras, la buena fe incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos. De igual manera, la buena fe orienta el ejercicio de las facultades discrecionales de la administración pública y ayuda a colmar las lagunas del sistema jurídico.”<sup>32</sup>

Así, la buena fe es el pilar que rige las relaciones entre la Administración y los administrados, y se trata de un valor deseable y jurídicamente exigible. Una conducta de buena fe se caracteriza por ser leal, honesta y esperada. De manera, que uno de los componentes esenciales de las actuaciones de la buena fe, es el respeto por la confianza otorgada por las partes.

5.2. La confianza, entendida como las “expectativas razonables, ciertas y fundadas que pueden albergar los administrados con respecto a la estabilidad o proyección futura de determinadas situaciones jurídicas de carácter particular y concreto”<sup>33</sup>, es un principio jurídico que encuentra fundamento en la buena fe, como ya se dijo, el respeto del acto propio<sup>34</sup> y el principio de seguridad jurídica<sup>35</sup>. Éste se conoce por la jurisprudencia de la Corte Constitucional como el principio de confianza legítima.

Sin embargo, no cualquier expectativa se encuentra jurídicamente protegida, pues la confianza debe ser legítima o justificada para que pueda ser amparada por vías judiciales. De manera que sólo se protegen aquellas “circunstancias objetivas, plausibles, razonables y verdaderas que la motivan y explican revistiéndola de un halo de credibilidad y autenticidad indiscutibles.”<sup>36</sup> Por lo tanto, el principio de confianza legítima no salvaguarda aquellos comportamientos subjetivos, personales, dolosos o culposos<sup>37</sup>, sino sólo opera frente a comportamientos justificados, razonables y genuinos. Así mismo, este principio no cobija aquellas circunstancias en las cuales la Administración ha dejado establecido con



anterioridad que puede modificar la situación individual en cualquier tiempo, ni frente a situaciones donde el administrado es titular de derechos adquiridos. Por lo tanto, sólo opera en los casos en los que se tenga una expectativa justificada de que una situación de hecho o una regulación jurídica no será modificada intempestivamente.<sup>38</sup>

El principio de la confianza legítima es también un mecanismo que busca conciliar los conflictos entre los intereses públicos y privados. En este sentido se convierte en un límite a las actuaciones de la Administración que busca proteger el interés general<sup>39</sup> y el principio democrático<sup>40</sup>. Por tanto, en virtud del principio de la confianza legítima, las actuaciones de la Administración que generen un cambio súbito de las condiciones que regulan las relaciones con los administrados, en donde existe una expectativa justificada, deben ser precedidas por un período de transición, en el cual se le brinde a los particulares el tiempo y los medios necesarios para que éstos se ajusten a la nueva situación jurídica y puedan reequilibrar su posición.<sup>41</sup> De manera que se protejan las expectativas válidas que éstos tenían, generadas por las actuaciones de la Administración, ya sea por hechos pasivos o activos, por normas o por interpretaciones jurídicas. No obstante, esas medidas que se tomen para minimizar las repercusiones, no son equivalentes a un desconocimiento del interés general<sup>42</sup>, ni a una indemnización o reparación.<sup>43</sup>

Teniendo en cuenta lo anterior, la jurisprudencia ha determinado que para que se active la protección del principio de confianza legítima deben cumplirse los siguientes presupuestos: a) la necesidad por parte de la Administración de preservar de manera perentoria el interés público<sup>44</sup>; b) la demostración de que el particular ha desplegado su conducta de conformidad con el principio de la buena fe; y c) la desestabilización cierta, razonable y evidente en la relación entre la Administración y el particular. Lo anterior, conlleva a que la Administración tenga la obligación de adoptar medidas transitorias para que el particular se pueda acomodar a la nueva situación creada por el cambio intempestivo de actitud,<sup>45</sup> de no hacerlo se estaría defraudando la confianza legítima del administrado.

5.3. Una clara controversia en la cual opera el principio de confianza legítima, se da en los casos de restitución de espacio público. En una primera oportunidad, en la sentencia T-225 de 1992, la Corte dispuso la tensión entre interés general e interés particular, en la acción de tutela interpuesta contra la Alcaldía de Ibagué por los vendedores ambulantes de esa ciudad. Entonces, esta Corporación estableció que si bien el interés general prima sobre el particular,

en virtud de la confianza legítima el deber constitucional y legal de la Administración de preservar el espacio público, no puede ser ejercido de manera sorpresiva e intempestiva. Por este motivo, las medidas de desalojo deben ser anteceditas por un cuidadoso estudio de las condiciones y características de la realidad de cada ocupante en particular con tal de que a partir de dicho estudio se establezcan medidas de transición para mitigar las consecuencias.<sup>46</sup> En pronunciamientos posteriores, la Corte determinó que debe existir una conciliación proporcionada entre los derechos en tensión, sin desconocer el derecho al trabajo de las personas que resulten afectadas, y con sumo respeto del debido proceso de los afectados<sup>47</sup>.

En el mismo sentido, esta Corporación se ha pronunciado respecto de las acciones iniciadas solicitando la protección del derecho a la vivienda<sup>48</sup>, ya sea porque se ordenó el desalojo por invasión de espacio público o por encontrarse la vivienda en zonas de riesgo. En estos casos, se ha ordenado la reubicación, o la incorporación a planes de vivienda.

Así mismo, en la sentencia C-007 de 2002, la Corte se pronunció respecto de la aplicación del principio de confianza legítima en los casos en los cuales hay un cambio legislativo que produce una modificación en las condiciones entre la Administración y el administrado. En esa oportunidad la Corte declaró la exequibilidad de una norma que eliminaba unas exenciones tributarias del impuesto de renta y complementarios<sup>49</sup>. Indicó que es necesario que existan unas “razones objetivas” para proteger la confianza legítima frente a los cambios súbitos de legislación, en ese entonces definió que hay “razones objetivas” cuando, por ejemplo, la norma en cuestión (i) ha estado vigente por un muy largo período; (ii) no ha estado sujeta a modificaciones no hay propuestas sólidas de reforma; (iii) su existencia es obligatoria, es decir, no es discrecional para las autoridades responsables suprimir el beneficio; y además, (iv) ha generado efectos previsibles significativos, es decir, ha conducido a que los particulares acomoden de buena fe sus comportamientos a lo que ella prescribe”.

Adicionalmente la confianza legítima se ha aplicado en casos de seguridad social, como en el de la sentencia T-534 de 1992, en la cual se estudió la controversia planteada por un joven bachiller que se enlistó para prestar el servicio militar y antes de jurar bandera fue diagnosticado con cáncer. Al conocer el dictamen médico, el ejército se rehusó a prestarle servicios médicos, bajo el argumento de que el accionante no había jurado bandera. En ese

caso, la Corte tuteló los derechos fundamentales del accionante, ordenando que se le diera el tratamiento médico necesario, bajo la noción de que el actor obró dentro de los postulados de la buena fe<sup>50</sup> al momento de ingresar a prestar el servicio militar obligatorio y durante el tiempo que estuvo en sus filas, confiando en que ya era parte de la institución sin que fuese necesario cumplir con la formalidad de la izada de bandera.

5.4. De lo anterior, se concluye que el principio de confianza legítima busca proteger a los ciudadanos frente a cambios abruptos de condiciones que generen cargas desproporcionadas. En caso dado que se cumplan con los presupuestos mencionados anteriormente, deberá la parte que modificó las condiciones, velar por la protección de los derechos fundamentales, conciliando los intereses en conflicto.

6. El derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana dentro del ordenamiento jurídico nacional.

6.1. El derecho a la dignidad humana en el ordenamiento nacional es contemplado como el valor supremo del Estado Social de Derecho.<sup>51</sup> La sentencia T-881 de 2002 recogió lo dicho por esta Corporación en relación a su contenido y concluyó que:

“... la dignidad humana está vinculada con tres ámbitos exclusivos de la persona natural: la autonomía individual (materializada en la posibilidad de elegir un proyecto de vida y de determinarse según esa elección), unas condiciones de vida cualificadas (referidas a las circunstancias materiales necesarias para desarrollar el proyecto de vida) y la intangibilidad del cuerpo y del espíritu (entendida como integridad física y espiritual, presupuesto para la realización del proyecto de vida). Estos tres ámbitos de protección integran, entendidos en su conjunto, el objeto protegido por las normas constitucionales desarrolladas a partir de los enunciados normativos sobre “dignidad”. Considera la Corte que ampliar el contenido de la dignidad humana, con tal de pasar de una concepción naturalista o esencialista de la misma en el sentido de estar referida a ciertas condiciones intrínsecas del ser humano, a una concepción normativista o funcionalista en el sentido de completar los contenidos de aquella, con los propios de la dimensión social de la persona humana, resulta de especial importancia, al menos por tres razones: primero, porque permite racionalizar el manejo normativo de la dignidad humana, segundo, por que lo presenta más armónico con el contenido axiológico de la Constitución de 1991, y tercero, porque abre la posibilidad de concretar con mayor

claridad los mandatos de la Constitución. Los ámbitos de protección de la dignidad humana, deberán apreciarse no como contenidos abstractos de un referente natural, sino como contenidos concretos, en relación con las circunstancias en las cuales el ser humano se desarrolla ordinariamente.”

6.2. Respecto del primer ámbito, la autonomía personal, éste se encuentra directamente ligado al derecho al libre desarrollo de la personalidad, el cual se encuentra consagrado en el artículo 16 de la Constitución Política de 1991. Este derecho, que sólo se encuentra limitado por los derechos de los demás y por el ordenamiento jurídico, tiene como fin proteger las decisiones del individuo en relación a la elección del plan de vida.

La jurisprudencia de esta Corporación ha delimitado el alcance del libre desarrollo de la personalidad, al establecer que éste “protege las opciones de vida que los individuos adoptan en uso de sus facultades de juicio y autodeterminación, es natural que la protección constitucional a las mismas sea más intensa cuando más desarrolladas y maduras sean las facultades intelecto-volitivas de las personas con base en las cuales éstas deciden el sentido de su existencia.”<sup>52</sup>

Así, el derecho al libre desarrollo de la personalidad busca proteger la autonomía individual de escoger un plan de vida “concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle.”<sup>53</sup> Frente a estas escogencias, la jurisprudencia ha determinado que existen dos escenarios en los cuales procede la protección vía acción de tutela. En el primero, el derecho al libre desarrollo de la personalidad está ligado a decisiones que no afectan derechos de terceros y no comprometen valores del ordenamiento nacional, de manera que el ejercicio de la autonomía sólo interesa al individuo que ejerce su voluntad. Bajo este supuesto, la protección al derecho es absoluta, pues no puede haber intervención alguna sobre las decisiones que se tomen en este ámbito ya que se afectaría el núcleo esencial del derecho. Un ejemplo de este supuesto se da frente a la orientación sexual de la persona<sup>54</sup>.

El segundo escenario en el cual procede la protección vía tutela se presenta en los casos en los cuales la persona toma decisiones que afectan o comprometen derechos de terceros o interfiere con valores del ordenamiento que autorizan a la Administración a inmiscuirse. En

estos casos es necesario que se haga una ponderación entre los derechos en tensión de manera que se determine si las restricciones interpuestas al libre desarrollo de la personalidad son proporcionadas y razonables y por tanto cumplen con el juicio de proporcionalidad.<sup>55</sup> Lo anterior, por cuanto no se puede instrumentalizar a una persona para proteger el interés general y por tanto afectar su dignidad.

En conclusión, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que concreta una de las facetas del derecho a la dignidad humana, implica que cada individuo tiene la potestad de elegir y ejecutar un plan de vida, siempre y cuando este no interfiera con los derechos de terceros o vulnere el ordenamiento jurídico. Pues tal es “...el objeto de protección de la dignidad entendida como posibilidad de autodeterminarse<sup>56</sup> según el propio destino<sup>57</sup> o la idea particular de perfección<sup>58</sup>, con el fin de darle sentido a la propia existencia”<sup>59</sup>. De tal forma, el sujeto de derechos, es libre de construir sus propios proyectos y de darse sus propias reglas, ya sea en ámbitos personales, patrimoniales o sociales. De manera que este derecho busca proteger la no intromisión en las decisiones que se tomen frente al plan de vida del individuo como decidir sobre su propio aspecto físico<sup>60</sup>, la decisión sobre si le practican o no un tratamiento médico<sup>61</sup>, la elección de orientación sexual<sup>62</sup>, entre otras.

6. Estructura del derecho a la pensión y la protección al derecho a la seguridad social en la jurisprudencia constitucional.

6.1. El derecho a la pensión encuentra sustento constitucional en el artículo 48 de la Constitución de 1991 que consagra de forma expresa, extensa y omnicomprensiva, la protección de la seguridad social, definiéndola como un “servicio público de carácter obligatorio”<sup>63</sup> y “un derecho irrenunciable”<sup>64</sup>, que comprende los servicios que contemple la Ley<sup>65</sup> y cuya cobertura se ampliará progresivamente.

En virtud de las características de este derecho la doctrina y la jurisprudencia de esta Corte lo consideró como uno de los derechos económicos sociales y económicos. Esto, implicó que en un principio no fuera reconocido como un derecho fundamental, dado su carácter prestacional, y que su protección vía acción de tutela se diera únicamente en los casos en los que se demostrara que existía un vínculo inescindible, o una conexidad, entre éste y un derecho fundamental.<sup>66</sup>

No obstante, en los últimos años, la Corte ha adoptado una posición diferente y ha

establecido que todos los derechos constitucionales deben entenderse como derechos fundamentales, siempre y cuando puedan ser traducidos en un derecho subjetivo. En virtud del cambio jurisprudencial, la distinción entre derechos de primera y segunda generación, entre derechos civiles y políticos, y derechos económicos, sociales y culturales, se ha desdibujado. Al respecto la Corte consideró en la sentencia T-016 de 200767:

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

Ahora, si bien es cierto que la Constitución Política de 1991 en el artículo 86, determina que por medio de la acción de tutela se puede reclamar de manera inmediata la protección de los derechos constitucionales fundamentales, para que proceda la acción de tutela es necesario que en todos los casos se demuestre la existencia de un derecho subjetivo y una pretensión exigible y determinada en relación. Pues, aunque todos los derechos son fundamentales, existen algunos casos en los cuales esos derechos tienen dos facetas, una en donde existe una prestación subjetiva, determinada y exigible, caso en el cual la acción de tutela procede, y otra en la cual no existe un derecho subjetivo que pueda ser protegido, situación en la cual la acción de tutela no procede.

6.2. Ahora, respecto del derecho a la pensión, este es parte del derecho a la seguridad social, de manera que bajo la óptica de la jurisprudencia más reciente en principio se entiende como un derecho fundamental. De manera que la Corte lo ha protegido por vía de tutela en los casos en los cuales existe un derecho subjetivo y una prestación determinada. Ejemplos de esto, son los casos en los cuales el actor pretende obtener el reconocimiento de la pensión de vejez cuando ya se cumplieron los requisitos señalados en la ley pero la entidad se niega a reconocerla<sup>68</sup>, o cuando la pensión ya fue reconocida y hay mora en el pago de las mesadas, o cuando la pensión ya fue reconocida y se solicita la reliquidación de la misma<sup>69</sup>, o en los casos en los que el accionante solicita que se reconozca la pensión de invalidez al cumplir con los requisitos requeridos en la ley<sup>70</sup>, entre otros.

Sin embargo, la Sala reitera que en estos casos también se debe analizar la procedibilidad de la acción. Respecto de la subsidiariedad de las reclamaciones de pensiones, esta Corte ha señalado que por regla general la tutela es improcedente debido a la existencia de otro medio de defensa judicial. Empero, constatada la afectación de un derecho fundamental y la irreparabilidad del perjuicio que se deriva de esta afectación, el conflicto que en principio podría ser resuelto por la Jurisdicción Ordinaria por ser de naturaleza legal, se torna en un conflicto constitucional<sup>71</sup>.

6.3 Con esto claro, a continuación se hará un estudio de la normatividad nacional del derecho a la pensión de vejez. Al respecto la Corte señaló que éste tiene como fin proteger y reconocer los esfuerzos de aquella persona que “al término de su vida laboral, luego de contribuir con su trabajo a la construcción de la riqueza nacional, merecen de la sociedad, no sólo un justo reconocimiento sino una pensión equivalente a un porcentaje de su salario, para asegurar una vejez tranquila.”<sup>72</sup> De manera que el derecho a la pensión está compuesto por dos facetas, la primera de ellas, es la etapa de formación del derecho a la pensión y la segunda etapa es la del goce o disfrute del derecho en donde se puede reclamar la prestación.

La primera etapa, esa de formación, se caracteriza porque a partir de las actuaciones de la persona se crean las condiciones por medio de las cuales podrá acceder a la pensión más adelante. En ese momento la persona tiene el deber de cotizar al régimen de pensiones que haya elegido y, dependiendo del monto de la cotización, lapso de tiempo por el cual cotiza y del régimen al cual esté afiliado, se establecen las condiciones para el segundo momento

que es la reclamación de las mesadas pensionales.

A partir de esta visión, se deduce que el derecho a la pensión tiene un alto contenido individual, pues el acceso y condiciones de la pensión dependen de los esfuerzos que hace el trabajador, lo anterior, bajo el supuesto de que la pensión de jubilación es “un salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo (...) En otras palabras, el pago de una pensión no es una dádiva súbita de la Nación, sino el simple reintegro que del ahorro constante durante largos años, es debido al trabajador.”<sup>73</sup> Así no puede entenderse como un derecho de rango constitucional que es gratuito, pues nace de la acumulación de tiempo de trabajo efectuado por el trabajador.<sup>74</sup>

Por lo tanto, debe existir simetría entre los esfuerzos de “ahorro” que la persona realizó durante la primera etapa de la configuración del derecho a la pensión y el momento en el cual la persona reclama la prestación. Y bajo esta óptica, cualquier interferencia que exista en la etapa de formación del derecho a la pensión, deberá ser entendida como una amenaza al derecho a la pensión en su segunda fase de goce o disfrute. Lo anterior, puesto que al ser un derecho con un alto contenido individual las interferencias que se generen en la voluntad individual, influyen en la conformación del derecho subjetivo que es reclamable una vez se cumplan los requisitos establecidos por la ley para la reclamación del derecho a la pensión. Estos requisitos se explicarán a continuación.

6.3.1. Como se enunció anteriormente este derecho<sup>75</sup> se encuentra sujeto a límites creados por el legislador<sup>76</sup> y la jurisprudencia. Así, la Ley 100 de 1993, determinó en el artículo 15 que todas las personas que se encuentren vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos deberán ser afiliadas al sistema general de pensiones, regulando así la primera faceta del derecho a la pensión. El sistema se encuentra compuesto por dos regímenes que son excluyentes pero coexisten y de los cuales los trabajadores del sector público como los del sector privado pueden elegir libremente el que estimen sea más conveniente.

La Corte Constitucional en la sentencia C-789 de 2002<sup>77</sup>, los definió así:

“El primero, es decir el régimen solidario de prima media con prestación definida, es un sistema en el cual los afiliados o beneficiarios obtienen la pensión de vejez, de invalidez, de sobrevivientes, o una indemnización, las cuales se encuentran de antemano definidas. Esto



ocurre siempre y cuando se cumplan los requisitos legales exigidos, independientemente del monto de las cotizaciones acumuladas. En este régimen, los aportes y los rendimientos de los afiliados y de los empleadores constituyen un fondo común de naturaleza pública, y como se mencionó, tanto el monto de la pensión, como la edad de jubilación y las semanas mínimas de cotización, se encuentran previamente establecidas.

Por su parte, en el régimen de ahorro individual con solidaridad los aportes efectuados por los afiliados durante su vida laboral y sus rendimientos, se capitalizan en forma individual en un fondo privado de capitalización con el fin de obtener el pago de las correspondientes pensiones. En este régimen, el monto de la pensión es variable y depende de varios factores como el monto acumulado en la cuenta, la edad a la cual decida retirarse el afiliado, la modalidad de la pensión, las semanas cotizadas y la rentabilidad de los ahorros acumulados. En este sistema, la pensión también se adquiere como derecho, una vez cumplidos los requisitos exigidos en la ley.”

Actualmente<sup>78</sup>, en el régimen de prima media para que la persona pueda acceder a una pensión de vejez debe: i) haber cumplido 55 años si es mujer o 60 si es hombre, lo cual se incrementará a partir del 2014 a 57 para las mujeres y 62 para los hombres; ii) haber cotizado 1000 semanas en cualquier tiempo, a partir del 2005, serán 1050, y a partir del 1 de enero de 2006 se incrementará en 25 semanas cada año hasta llegar a 1300 en el 2015<sup>79</sup>; y iii) el monto de la pensión no podrá ser superior al 75% del ingreso base de liquidación<sup>80</sup> ni inferior al salario mínimo legal mensual vigente<sup>81</sup>.

6.3.2. Así mismo, la Ley 100 de 1993, derogó la mayoría de regímenes pensionales que se encontraban vigentes para su fecha de expedición, lo cual trajo como consecuencia la modificación de los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización que debían cumplir las personas para tener derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez. De manera que a partir de la entrada en vigencia de la “nueva” normatividad, el 1 de abril de 1994, los ciudadanos nacionales, incluyendo los funcionarios públicos<sup>82</sup>, deben cumplir con los requisitos consagrados en la norma para acceder a una pensión.<sup>83</sup>

No obstante, teniendo en cuenta las posibles expectativas legítimas de las personas que para el momento de entrada en vigencia de la norma se encontraban muy cerca de acceder a su

derecho a la pensión, en aras de proteger el principio de confianza legítima, y, previendo el tránsito de las diferentes normas pensionales, en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se consagró el régimen de transición<sup>84</sup> que fijó las reglas para identificar en qué casos se debe dar aplicación a esta nueva norma y en cuáles se pueden aplicar normas anteriores.

Así, en virtud de este artículo, las personas que a 1° de abril de 1994 (fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993) tuvieran: a) 35 años o más si son mujeres o 40 o más si son hombres o, b) hubieran cotizado durante 15 años o más independientemente de su sexo, pueden pensionarse si cumplen los requisitos establecidos en el régimen al cual se encontraban afiliados al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

De esta manera fue consagrado el régimen de transición, que instituyó las pautas para poder aplicar legislaciones anteriores a la Ley 100 de 1993. Los beneficiarios del régimen de transición, pueden escoger libremente si se quedan en éste o se acogen a los regímenes pensionales que prevé la Ley 100 de 1993<sup>85</sup>. Pero, dadas las condiciones establecidas en los incisos 4 y 5 del artículo 36<sup>86</sup>, cuando se escoge el régimen de la Ley 100 de 1993, se pierde la oportunidad de estar inmerso en el régimen de transición. Adicionalmente, el Acto Legislativo 1° de 2005, determinó otra serie de condiciones para acceder al derecho a la pensión, dentro de los cuales determinó que el régimen de transición y demás normas que lo desarrollen no pueden extenderse más allá del 31 de julio de 2010.

6.4. Una vez vistos los diferentes pronunciamientos que ha hecho esta Corporación en torno al derecho a la pensión y a la seguridad social, la Sala entrará a estudiar el caso concreto.

## 7. Caso concreto.

7.1. Procede esta Sala a determinar si la Universidad Distrital desconoció el principio de confianza legítima y por tanto vulneró el derecho a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y la seguridad social del accionante en razón de que sus condiciones de vida se vieron modificadas abruptamente por la revocatoria de la pensión de jubilación que recibió durante más de una década. El accionante indicó que renunció a su cargo en la Universidad Distrital, luego de que la institución le informó que cumplía con los requisitos establecidos en la Convención Colectiva 1992-1993 para pensionarse, de manera que a su saber esta se encontraba revestida de condiciones de legalidad. Así, cuando se declaró la ilegalidad de la Convención Colectiva, el accionante quedó sin empleo y sin los ingresos originados en la

pensión.

7.2. Una vez claro que la acción cumple con los requisitos de procedibilidad, como se enunció en la consideración 4 de la presente providencia, la Sala entra a determinar si la Administración desconoció el principio de confianza legítima. Para tal fin se analizarán los presupuestos de aplicación del mismo, enunciados en la consideración 5.2.

7.2.1. La jurisprudencia ha determinado que para que se active la protección del principio de confianza legítima, en primera medida, debe existir la necesidad por parte de la Administración de preservar de manera perentoria el interés público. Si bien la pretensión del actor es el reintegro laboral, la actuación que generó el cambio de condiciones de éste fue la decisión tomada en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho incoado por la Universidad Distrital contra la Resolución 070 de 1999. La declaratoria de nulidad de la Resolución cambió abruptamente las condiciones de vida del accionante –tercero de buena fe–, pues éste tenía un ingreso mensual fijo, inicialmente por su trabajo y luego por el pago de la pensión de jubilación.

La Sala parte del supuesto de que el cambio de condiciones, generado por la supresión de la pensión, tenía como fin proteger el interés general y específicamente el erario distrital<sup>87</sup>, ya que por medio de la Resolución 070 de 1999, se pensionó a un hombre a los 41 años con una mesada del 89.98%, cuando la normatividad legal en el régimen de prima media exige que los hombres se pensionen a los 60 años y con un monto máximo del 75%. Los recursos del pago de la pensión son públicos<sup>88</sup>, de manera que las decisiones judiciales tomadas en relación con la revocatoria de la pensión tienen como fin proteger los recursos públicos. Así, encuentra la Sala que el primer presupuesto se cumple.

7.2.2. Respecto del segundo requisito, que el particular demuestre que ha desplegado su conducta de conformidad con el principio de buena fe, encuentra la Sala que se cumple, como se demostrará a continuación.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la confianza legítima no se configura con la mera manifestación del interesado de la existencia de una expectativa legítima, es necesario que el interesado lo pruebe. En los casos de vendedores ambulantes, la jurisprudencia ha determinado que la legitimidad de la confianza o la prueba de la actuación de buena fe pueden ser las licencias o permisos expedidos por la Administración, la aceptación del pago

de servicios públicos o de impuesto predial, en últimas, por actuaciones permisivas por parte de la Administración.

Entre las pruebas anexadas al expediente se encuentra copia del comunicado de la Oficina Jurídica de la Universidad Distrital, con número de radicado OJ-1010-98, por medio de la cual se le informó al accionante que cumplía con los requisitos para pensionarse con un porcentaje equivalente al 88% del salario promedio devengado en el último año, de acuerdo a las condiciones establecidas en la Convención Colectiva 1992-1993.<sup>89</sup> Dicha comunicación generó una expectativa legítima en el actuar del accionante, bajo el entendido de que por medio de esa, éste ya había logrado cumplir con los requisitos para pensionarse.

Así, para esta Sala está demostrado que el accionante renunció a su cargo, en virtud de lo ofrecido legítimamente por la Universidad. Asimismo, es claro que dicha institución se encontraba en una posición de ventaja frente al actor, pues fue la misma Universidad la que generó los criterios de pensión y la que administraba los fondos para pensionarse. Por tanto, no es de recibo el argumento de los jueces de instancia que señalan que el accionante ha debido asesorarse antes de renunciar para recibir la pensión.

De manera que para esta Corporación la legitimidad de la conducta de buena fe se encuentra en la Convención Colectiva vigente para la fecha, revestida de la presunción de legalidad, en el oficio de la Universidad Distrital que le informó al accionante que cumplía los requisitos para pensionarse y en el hecho de que éste recibió una pensión mensualmente durante más de 10 años, sin tener indicio alguno de que su condición iba a cambiar.

7.2.3. En relación al tercer requisito, la desestabilización cierta y evidente de la relación entre la Administración y el particular, también se encuentra probada. Es claro que el accionante recibió desde 1999 hasta el 2009 un monto mensual con el cual costeara la educación de su hijo menor, ayudaba a su madre, pagaba servicios públicos, administración, alimentación y las cuotas de un préstamo. Al dejar de percibir mensualmente el ingreso de la pensión de jubilación claramente se defraudan las expectativas que el particular había depositado de buena fe en la conducta de la Administración. Esta circunstancia engendró a su vez la vulneración de sus derechos fundamentales a la vida digna y al libre desarrollo de la personalidad, que en esta oportunidad debe esta Sala entrar a proteger.

7.3. En efecto, se encuentra que el cambio de condiciones -la revocatoria de la pensión y la

cesación de la prestación social- vulneró el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana del accionante. Pues si bien la modificación de circunstancias obedeció a mandatos legales y judiciales, esta situación afectó de forma severa la autonomía del actor al alterar de forma drástica su plan de vida. La revocatoria de la pensión, ha forzado al actor a ajustarse a unas nuevas circunstancias vitales entre las que se cuenta la desafortunada posibilidad de no cumplir con los requisitos, que más de 10 años después, la normatividad le exige para pensionarse.

7.3.1. Esta alteración del plan de vida, en concreto, le impone al actor la carga de buscar los medios de subsistencia, de manera que debe reingresar al mercado laboral y conseguir un empleo para cubrir sus gastos mensuales. Adicionalmente, debe preocuparse nuevamente por sus condiciones de seguridad social, de manera que cumpla con los requisitos legales para acceder eventualmente a una pensión de jubilación. Para la Sala, esta circunstancia implica, en virtud del principio de confianza legítima, el deber de la Administración de generar las condiciones para lograr una transición armónica, tras el cambio de circunstancias, sin que esto suponga que el actor deba experimentar cargas desproporcionadas.

7.3.2. Esta Corte en los casos de vendedores ambulantes que alegan la defraudación de la confianza legítima en sede de tutela, ha determinado que cuando se ordena el desalojo y se deja a la persona sin ingresos para desarrollar su plan de vida, la Administración debe proteger sus derechos fundamentales mediante la creación de condiciones de transición que permitan que la persona conserve su oficio y su fuente de sustento, evitando la concreción de un daño desproporcionado

Con base en lo anterior, al desconocer el principio de confianza legítima, la Administración debe tomar medidas que permitan al accionante acomodarse a las nuevas condiciones. Ahora bien, en comunicación del 30 de noviembre de 2011, el accionante informó a esta Corporación que se encontraba trabajando en la Universidad Distrital bajo un contrato de prestación de servicios que finalizaría el 13 de enero del 2012<sup>90</sup> el cual fue extendido hasta el 18 de agosto del mismo año<sup>91</sup>. Al respecto, encuentra la Corporación que dicho contrato no implica un hecho superado<sup>92</sup>, pues es claro que las condiciones de la vinculación son completamente diferentes a las cuales el accionante se encontraba sujeto antes de la terminación contractual voluntaria en el año de 1998. Por lo tanto, en aras de generar las

condiciones de transición adecuadas para evitar un daño desproporcionado, la Corte ordenará a la Universidad que suscriba un contrato laboral con el accionante, sin solución de continuidad, a un cargo que ofrezca iguales o superiores condiciones a las que se encontraba al momento de su renuncia.

Por otra parte, teniendo en cuenta que el accionante durante un período de 10 años recibió la pensión de jubilación desde el año de 1998, no se ordenará el pago de sanciones. Como tampoco de salarios dejados de percibir desde la fecha en la cual se revocó la pensión.

7.3.3. Ahora bien, en tercer lugar se estima que existe una amenaza al derecho fundamental a la seguridad social. Lo anterior por cuanto la faceta individual de creación del derecho a la pensión fue afectada, ya que durante el tiempo en el cual éste fue pensionado- más de una década- no se hizo ningún tipo de aporte o cotización al sistema. Esto implica que, en virtud del cambio de condiciones, puede que una vez éste cumpla con el requisito de edad no cumpla con el tiempo de semanas requeridas por el sistema, contrario a lo que hubiera ocurrido si éste hubiera seguido trabajando en la Universidad Distrital, pues hubiera continuado cotizado al sistema.

Adicional a una amenaza al derecho a la seguridad social del accionante, existe una vulneración al libre desarrollo de la personalidad del mismo, pues es claro que dentro de su plan de vida existía y existe la expectativa legítima de gozar de ingresos que le permitan soportar la contingencia de la vejez y a partir de esto obtener un ingreso para subsistir en su tercera edad sin necesidad de trabajar.

Con base en lo anterior, se entrará a estudiar la historia laboral del accionante, advirtiendo que lo que se pretende con las órdenes por impartir en la presente providencia, no es reconocerle nuevamente una pensión de jubilación con las condiciones establecidas en la Convención Colectiva, ni establecer de fondo cuál es su situación pensional. Al respecto, la Sala es enfática en manifestar que lo que se pretende por medio de la presente providencia es generar las mejores condiciones de transición para el accionante dado el cambio abrupto de circunstancias a que la Administración lo ha sometido, como consecuencia del desconocimiento del principio de confianza legítima.

7.3.3.1. Con base en lo anterior, es necesario establecer, dadas las condiciones actuales, bajo qué régimen pensional se encuentra el accionante. En principio, como se explicó, el

régimen aplicable es el establecido por la Ley 100 de 1993. Teniendo en cuenta que éste nació el 5 de octubre de 1957, cumplirá 60 años el 5 de octubre de 2017. Lo que implicaría que para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media deberá cumplir 1300 semanas de cotización y 62 años de edad.

Sin embargo, al revisar la historia laboral del accionante, aportada por el ISS, y teniendo en cuenta el tiempo que trabajó en la Universidad Distrital, concluye la Sala que éste a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, 1° de abril de 1994, llevaba más de 15 años cotizados entre el sector público y privado.<sup>93</sup> Lo que implica que éste es beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. De manera que al ser beneficiario de dicho régimen, la normatividad en temas pensionales que le debe ser aplicada es la dispuesta en la Ley 33 de 1985<sup>94</sup> por haber sido empleado público del Distrito Capital. Lo anterior implica que el accionante, puede acceder a la pensión de vejez una vez haya cumplido 55 años de edad y haya servido como empleado público durante 20 años continuos o discontinuos.

7.3.3.2. Ahora bien, al revisar la historia laboral aportada por el Instituto de Seguros Sociales, se advierte que parte del tiempo que éste prestó sus servicios en la Universidad Distrital no fue un tiempo cotizado directamente al Seguro Social, pues entre 1981 y 1995 no hay cotizaciones hechas al ISS<sup>95</sup>. Al respecto, la Universidad Distrital informó que las cotizaciones en pensión del señor FELIX TELLO GARCIA [por parte de la] Universidad Distrital (...) [al] Seguro Social [fueron hechas] a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993<sup>96</sup> para la Institución; esto es, 31 de junio de 1995. Por los periodos causados con anterioridad a esa fecha, la Universidad responde por los aportes de sus servidores.”<sup>97</sup>

Teniendo en cuenta lo anterior, para que el Seguro Social pueda reconocer que el accionante es beneficiario del régimen de transición y para que se pueda hacer el reconocimiento efectivo de la pensión, es necesario que los aportes realizados durante el tiempo que éste laboró en la Universidad Distrital, por los cuales responde ésta antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, sean transferidas al ISS.

Al respecto la Ley 100 de 1993 determinó que dicha movilidad de recursos será hecha a través de bonos pensionales<sup>98</sup>. Sin embargo, al tratarse de aportes efectuados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la figura que establece la legislación para tal fin

es la cuota parte. Inicialmente, esta figura fue regulada por medio del Decreto 2921 de 194899, más adelante la Ley 33 de 1985, dijo:

“Artículo 2: La Caja de Previsión obligada al pago de pensión de jubilación, tendrá derecho a repetir contra los organismos no afiliados a ellas, o contra las respectivas Cajas de Previsión, a prorrata del tiempo que el pensionado hubiere servido o aportado a ellos. El proyecto de liquidación será notificado a los organismos deudores, los que dispondrán del término de quince (15) días para objetarlo, vencido el cual se entenderá aceptado por ellos.

Para los efectos previstos en este artículo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público efectuará anualmente las compensaciones a que haya lugar, con cargo a los giros que les correspondan a los organismos o Cajas, por concepto de aportes del Presupuesto Nacional; cuando se trate de entidades del orden departamental, intendencial, comisarial, municipal o del Distrito Especial de Bogotá, la compensación anual se efectuará con cargo a las correspondientes transferencias de impuestos nacionales”.

De lo anterior se concluye que la transferencia de la cuota parte debe efectuarse en el momento en el cual se cause la pensión. Sin embargo, en virtud del inciso 4 del artículo 27 y del segundo inciso del artículo 23 del Decreto 2591 de 1991, la Corte en aras de que cese la amenaza al derecho a la pensión del accionante, se ordenará a la Universidad Distrital que haga la transferencia de la cuota parte al Instituto de Seguros Sociales antes de que se cause la pensión del accionante. Lo anterior con miras a asegurar que en el momento en el cual se cause el derecho, éste no encuentre cargas desproporcionadas dada la complejidad de su caso. Por lo anterior, esta Corporación ordenará, así mismo, al Instituto de Seguros Sociales que prepare el proyecto de liquidación correspondiente al tiempo durante el cual el accionante trabajó en la Universidad Distrital antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es del 8 de junio de 1981 hasta el 31 de junio de 1995.

7.3.3.3. Ahora, advierte la Sala que el accionante sólo ha trabajado como empleado público 17 años, 4 meses y 24 días. Lo que implicaría que a la fecha no cumple con el tiempo de servicio requerido en la Ley 33 de 1985 para acceder a la pensión de jubilación-20 años. Sin embargo, recuerda esta Sala que el accionante se encuentra facultado para seguir trabajando hasta que cumpla 60 años de edad en el sector público, y en virtud de la orden dada a la Universidad Distrital, relacionada con el cambio de vínculo laboral que tiene con



éste, es claro que el accionante se encuentra en condiciones similares a las que estaba antes de que le fuera reconocida la pensión de vejez.

Sin embargo, se aprecia que es posible que el accionante no logre cumplir los requisitos para pensionarse de acuerdo a las condiciones establecidas en la Ley 33 de 1985, pues de acuerdo al artículo 1° del Acto legislativo 1° de 2005, el régimen de transición solo puede ir hasta el 2014. Por lo tanto, en caso dado que el accionante continúe trabajando hasta el 2014 en la Universidad Distrital, el Instituto de Seguros Sociales, deberá contar como tiempo de servicio público, el tiempo que el accionante trabajó por medio de un contrato de prestación de servicios con la Universidad Distrital, esto en razón a que fue la Universidad Distrital-la entidad que alteró las condiciones para acceder al derecho a la pensión del accionante.

7.4. Con base en lo anterior, concluye la Sala que el accionante se encuentra amparado por el principio de confianza legítima y le fueron vulnerados sus derechos a la vida digna, al libre desarrollo de la personalidad y a la seguridad social. Por lo anterior, para efectos de tutelar el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (plan de vida) y generar las condiciones de transición necesarias para evitar su daño desproporcionado la Corte ordenará lo siguiente: primero, a la Universidad Distrital que modifique el contrato de prestación de servicios que tiene suscrito con el accionante a un contrato laboral a término indefinido. Segundo, en aras de que la amenaza al derecho a la seguridad social cese, se ordenará a la Universidad Distrital que transfiera al Seguro Social la cuota parte correspondiente a las cotizaciones del accionante del periodo laborado antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 para la Universidad, para lo cual el Seguro Social deberá preparar la liquidación. Esto con el fin de asegurar que se reconozca que éste es beneficiario del régimen de transición sin que existan cargas desproporcionadas. Así mismo, en tercer lugar, para que cese la amenaza al derecho fundamental a la seguridad social, en caso de que el accionante no cumpla con el tiempo de servicio requerido para acceder a la pensión de jubilación contemplado en la Ley 33 de 1985- 20 años- la Universidad Distrital y el Seguro Social deberán contar como tiempo de servicio público el tiempo que éste trabajó con la Universidad Distrital bajo un contrato de prestación de servicios, esto es desde el 6 de enero de 2011.

#### IV. DECISIÓN

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

#### RESUELVE

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos, decretada por la Sala en auto del 29 de octubre de 2010.

SEGUNDO.- REVOCAR la sentencia proferida el día trece (13) de abril de dos mil diez (2010), por el Juzgado 13 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, que confirmó el fallo del Juzgado Once Penal Municipal con función de Control de Garantías de Bogotá, del diecinueve (19) de febrero de 2010, por el cual declaró improcedente la solicitud de amparo interpuesta por el señor Félix Tello García contra la Universidad Distrital Francisco José de Caldas.

TERCERO.- CONCEDER el amparo judicial de los derechos fundamentales a la vida digna, libre desarrollo de la personalidad y seguridad social del señor Félix Tello García y en consecuencia ORDENAR a la Universidad Distrital Francisco José de Caldas que en un plazo máximo de dos (2) semanas contadas partir de la notificación del presente fallo, suscriba un contrato laboral a término indefinido con el señor Félix Tello García, en un cargo que ofrezca iguales o mejores condiciones a las que se encontraba el trabajador al momento de presentar la renuncia en 1998.

CUARTO.- ORDENAR a la Universidad Distrital Francisco José de Caldas que en un término inferior a un mes, transfiera al Seguro Social el título pensional correspondiente a los aportes para pensión de jubilación del señor Felix Tello García, del periodo desde el 8 de junio de 1981 y el 31 de junio de 1995, al Instituto de Seguros Sociales.

Así mismo ORDENAR a la Universidad Distrital que tome como tiempo de servicio al Estado el periodo que el accionante trabajó desde el 2011 por medio de un contrato de prestación de servicios, con miras a que se cumplan los requisitos para la pensión de jubilación contemplados en la Ley 33 de 1985.

QUINTO.- ORDENAR al Seguro Social que en el término de cinco (5) días contados partir de la notificación del presente fallo, prepare el proyecto de liquidación de la pensión de jubilación del señor Félix Tello, e informe a la Universidad Distrital el monto de la cuota parte

correspondiente al tiempo durante el cual el accionante trabajó en la Universidad antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es del 8 de junio de 1981 hasta el 31 de junio de 1995.

Así mismo, ORDENAR al Seguro Social que al momento de liquidar la pensión del accionante tome como tiempo de servicio, el tiempo que este cotizó como independiente bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios con la Universidad Distrital.

QUINTO.- Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

ADRIANA MARÍA GUILLEN ARANGO

Magistrada

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Con salvamento de voto

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

- sería la responsable de los montos adeu

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

A LA SENTENCIA T-436/12

Referencia: Expediente T-2719755

Acción de tutela instaurada por Félix García Tello contra la Universidad Distrital Francisco José de Caldas.

Magistrado Ponente:

ADRIANA MARÍA GUILLÉN ARANGO

Mi discrepancia con la decisión de mayoría la explico señalando que, el demandante sin discusión, era “empleado público”, condición que nunca se controvertió en las instancias ordinarias. Es más, tal consideración resultó ser el fundamento de la nulidad de la resolución que reconoció la pensión de jubilación del actor. La condición de empleado público reviste un claro reconocimiento constitucional (Artículo 123 C.P.) y frente a la cual cabe la aplicación de una regulación legal específica que la distingue de otras categorías de servidores públicos, como por ejemplo, los “trabajadores oficiales”. Tanto es así que quien, de acuerdo con la ley, ostenta la condición de “empleado público” no puede ser considerado al mismo tiempo como “trabajador oficial”, pues se trata de dos especies distintas de servidores públicos a quienes se les aplica regímenes jurídicos diferentes. El primero, se caracteriza por tener un régimen legal y reglamentario y, el segundo, por gozar de un régimen contractual, esto es, negociable en todo aquello que supere el mínimo establecido por el legislador.

Sentada la anterior distinción de ella se desprenden importantes efectos jurídicos como que, por ejemplo, un Ministro de Estado no puede ser vinculado, como servidor público, por medio de un contrato de trabajo, precisamente, porque su estatus es el de empleado público, sujeto a un régimen legal y reglamentario. Lo mismo cabe predicar, por ejemplo, de un Director de Departamento Administrativo, de un Fiscal, de un Secretario de Juzgado, de un Oficial Mayor, de una Secretaria, de un Auxiliar, de un Asistente. Bajo la perspectiva de que los empleados públicos no pueden tener contrato laboral, según las normas jurídicas que gobiernan en Colombia la “función pública”, es que debo discrepar de la decisión de mayoría en cuanto ordena que al demandante se le reintegre al cargo de “empleado público” que desempeñaba o a otro con categoría igual o superior, vinculado por “un contrato laboral a término indefinido”. A lo sumo el reintegro debió haberse ordenado a un cargo en el que el demandante se desempeñará como “empleado público”, pero, en modo alguno, como trabajador oficial. Frente a un servidor público “Ministro o “Director de Departamento” una

orden con ese alcance resulta a todas luces inadmisibles, precisamente porque son empleados públicos. Igual cosa acontece en el caso del demandante y quien al igual que los funcionarios citados como ejemplo tiene la condición de empleado público. Las condiciones objetivas para que un servidor público sea catalogado como empleado público o trabajador oficial están previstas en la ley, de modo que a los jueces, incluidos los constitucionales, a su discreción, no les es permitido ignorarlas. En este caso la orden de reintegro además de extrema resulta carente de justificación, pues, no desvirtúa las razones esbozadas por los jueces ordinarios que conocieron el asunto quienes lo negaron porque la solicitud no se formuló adecuadamente.

Además, la orden de reintegro desconoce el hecho de que, desde el año 2011, según quedó acreditado en el expediente, el demandante viene vinculado a la Universidad mediante contrato de prestación de servicio, razón por la cual, conforme al artículo 4 de la Ley 797 de 2003, desde entonces, ha debido estar cotizando para completar el tiempo de su pensión. Dicha norma establece:

“Artículo 4°. El artículo 17 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 17. Obligatoriedad de las Cotizaciones. Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen.

La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.

Lo anterior sin perjuicio de los aportes voluntarios que decida continuar efectuando el afiliado o el empleador en los dos regímenes”.

La orden de reintegro la considero extrema, por cuanto, si bien con ella se pretendió amparar el derecho fundamental a la confianza legítima, a la vida digna, al libre desarrollo de la personalidad y a la seguridad social, no tuvo en cuenta que esa garantía quedó suficientemente satisfecha teniendo en cuenta que los jueces ordinarios exoneraron al

demandante de devolver todo lo que recibió por mesadas pensionales ordinarias y adicionales durante más de veinte (20) años (del 31 de Diciembre de 1988 al 26 de Octubre de 2009), sin tener derecho a recibir tales emolumentos, lo que considero una manera justa y equitativa de retribuir su buena fe y su confianza legítima y demás derechos amparados. No es poca cosa que una persona reciba una pensión durante 20 años sin estar válidamente causada y que, sin embargo, no tenga de devolver un solo peso. El gravamen que resulta para el erario del Estado empleador en este caso es inmenso, al igual que lo es el beneficio injustificado de que disfrutó el servidor público.

En conclusión, comparto las decisiones de los jueces ordinarios sobre el asunto en discusión.

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

dados por concepto de cotizaciones de pensión que al accionante le hicieran falta para satisfacer el requisito de Ley -adicionales a los aportes que se causaron antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993- lo anterior con el fin de que este no sufriera en el futuro, consecuencias desproporcionadas producto del rompimiento de la confianza legítima.

1 Agrega el accionante que antes de trabajar con la Universidad Distrital, cotizó durante 2 años, 11 meses y 24 días al Instituto de Seguros Sociales.

2 Cuaderno 2, Folio 9-10.

3 Cuaderno 2, Folio 11.

4 Cuaderno 2, Folio 12 y 13.

5 La Resolución se fundamentó en el artículo 10°, párrafo 1°, de la Convención Colectiva de Trabajo 1992-1993. Cuaderno 2, Folio 14 y 15.

6 La acción de nulidad fue interpuesta en cumplimiento de la decisión del Consejo de Estado, número 2002-1089, respecto de una acción popular interpuesta en contra de la Convención

Colectiva de 1992-1993. En la providencia el Consejo de Estado revocó la Convención Colectiva y ordenó a la Universidad Distrital a repetir en contra de las personas que se pensionaron por dicha Convención de manera que se declarara la nulidad de las pensiones otorgadas en virtud de la misma.

7 El 7 de septiembre de 2006, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, resolvió el recurso de apelación contra el auto del 19 de agosto de 2004, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que admitió la demanda y denegó la solicitud de suspensión provisional del acto acusado. El Consejo de Estado, en el análisis de la apelación del auto de admisión, decretó la suspensión provisional y parcial de la Resolución N° 070 de 1999 en lo referente al pago de la pensión reconocida al accionante de ésta tutela, en porcentaje superior al 75% de los factores de liquidación autorizados por la ley. Dicha decisión fue acatada por la Universidad Distrital por medio de la Resolución 325 del 27 de septiembre de 2007, en donde se reliquidó el monto a lo estipulado por la ley. Cuaderno 2, Folio 24 al 25.

8 Cuaderno 2, Folio 26 al 34.

9 Cuaderno 2, Folio 9-10.

10 Cuaderno 2, Folio 11.

11 Cuaderno 2, Folio 12 y 13.

12 Cuaderno 2, Folio 14 y 15

13 Cuaderno 2, Folio 16-22.

14 Cuaderno 2, Folio 24 y 25.

15 Cuaderno 2, Folio 26-34.

16 Cuaderno 2, Folio 35-48.

17 Cuaderno 2, Folio 49-50.

18 Cuaderno 2, Folio 51-58 (Segunda del Juzgado Octavo Penal del Circuito del 19 de abril de

2005) Folio 59-69 (Sentencia del Juzgado Quince Penal del Circuito, del 26 de mayo de 2005). Folio 70-79 (Sentencia del Juzgado Noveno Administrativo, Sección Segunda, Circuito Judicial de Bogotá, del 12 de enero de 2010.)

19 Cuaderno 2. Folio 8.

20 Cuaderno 2. Folio 125-126.

21 Cuaderno 2, Folio 86-123

22 Cuaderno 2, Folio 154

23 Cuaderno 2, Folio 169-173

24 Cuaderno 3, folio 15 al 17

25 Al respecto se hicieron las siguientes preguntas:

2. ¿Luego de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, a qué entidad y en qué fecha se transfirió el monto de las cotizaciones correspondientes del señor FELIX GARCIA TELLO, identificado con cédula de ciudadanía número 19.374.054 de Bogotá?

3. ¿Qué entidad pagó la pensión del señor FELIX GARCIA TELLO, identificado con cédula de ciudadanía número 19.374.054 de Bogotá, entre el 25 de febrero de 1999 y el 26 de octubre 2009?

4. ¿Actualmente qué entidad es titular de las cotizaciones en pensión que el señor FELIX GARCIA TELLO, identificado con cédula de ciudadanía número 19.374.054 de Bogotá, hizo durante el tiempo que trabajó en la Universidad Distrital entre el 8 de junio de 1981 hasta el 31 de diciembre de 1998?

5. ¿Cuál es la historia pensional del señor FELIX GARCIA TELLO?"

26 Al respecto es menester recordar que “cuando el demandante no integra la causa pasiva en debida forma, es decir, con todas aquellas entidades cuyo concurso es necesario para establecer la presunta amenaza o vulneración de los derechos fundamentales alegados, es deber del juez constitucional proceder a su vinculación de manera oficiosa con la finalidad de



garantizar su derecho a la defensa y, en esa medida permitir a la autoridad establecer el grado de responsabilidad que pueda serle imputada en los hechos que son materia de controversia.” Sentencia T-566 de 2011.

27 Si bien estos derechos no fueron invocados por el accionante la Sala recuerda que, de acuerdo a la jurisprudencia de esta Corporación, es permitido legalmente que el juez constitucional proteja derechos fundamentales afectados no invocados por el actor pues este último no está sometido a la causa petendi y puede fallar más allá de lo solicitado por el peticionario. Al respecto puede consultarse, entre muchas otras la sentencia T-886 de 2000 en la que se afirmó que: “La naturaleza de la acción de tutela como mecanismo de protección de derechos fundamentales, reviste al juez que conoce de ella de una serie de facultades que, en ejercicio de la jurisdicción ordinaria, no posee. La principal de ellas, consiste en fallar más allá de lo solicitado por quien hace uso de este mecanismo, fallos ultra o extra petita. Prerrogativa que permite al juez de tutela pronunciarse sobre aspectos que, sin ser expuestos como fundamento para el amparo solicitado, deben ser objeto de pronunciamiento, por estar vulnerando o impidiendo la efectividad de derechos de rango constitucional fundamental.”

28 En abundante jurisprudencia la Corte Constitucional ha señalado que un perjuicio irremediable se caracteriza por ser (i) inminente, esto es, que produzca de manera cierta y evidente la amenaza de un derecho fundamental; (ii) urgente, que imponga la adopción de medidas apremiantes para conjurarlo; (iii) que amenace de manera grave un bien jurídico que sea importante en el ordenamiento jurídico; y, (iv) dada su urgencia y gravedad, imponga la impostergabilidad del amparo a fin de garantizar el restablecimiento del orden social justo en toda su integridad. Ahora, esta Corporación ha sostenido que, por regla general, cuando la acción de tutela es procedente como mecanismo para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, la protección se concede de manera transitoria. Sin embargo, en varias oportunidades, atendiendo las circunstancias específicas del caso concreto, se ha concedido el amparo de manera definitiva a pesar de que la tutela haya sido declarada procedente para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

29 Ver sentencias SU-961 de 1999, T-344 de 2000, T-1169 de 2001, T-105 de 2002, T-575 de 2002, T-843 de 2002, T-315 de 2005, T-993 de 2005 y T-1140 de 2005.

30 Al respecto el Consejo de Estado se pronunció sobre la apelación de un auto que rechazó la demanda de reconvención iniciada dentro de un proceso, que guarda identidad fáctica con el presente caso, de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por la Universidad Distrital contra una resolución que reconoció la pensión de jubilación a una empleada de dicha entidad. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve del 4 de junio de 2009, número de radicado 25000-23-25-000-2007-90577-02(2012-08). En el mismo sentido se encuentra la providencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve del 8 de abril de 2010, número de radicado 25000-23-25-000-2006-01091-02(1010-09),

31 Se evidencia en la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Sub-Sección “D”, del 11 de octubre de 2007, que el accionante solicitó el reintegro y el Tribunal desechó la pretensión argumentando que éste renunció a su cargo y no fue desvinculado del mismo y por tanto no era posible acceder a las pretensiones de la defensa. (Folio 62, cuaderno principal) Así mismo, en la providencia del Consejo de Estado que resolvió la apelación a la sentencia del Tribunal, se confirmó la posición del Tribunal y se indicó que al no constituir la pretensión parte del objeto de la demanda, la Sala no pudo entrar a analizarlo.

32 Sentencia C-131 de 2004, citado en la sentencia C-1094 de 2004. En la sentencia C-131 de 2004, la Corte declaró la exequibilidad del artículo 51 de la Ley 769 de 2002, por medio de la cual se dispuso la obligación de realizar cada dos años la revisión técnico mecánica de los vehículos de servicio público. En la sentencia C-1094 de 2004, la Corte declaró la exequibilidad del numeral segundo del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, por medio del cual se regula la caducidad de la acción de reparación directa.

33 VALBUENA HERNANDEZ, Gabriel. La defraudación de la confianza legítima. Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado. Universidad Externado de Colombia. 2008. Pg 152.

34 Ver sentencia T-295/99. Este principio comprende “una limitación del ejercicio de las potestades consistente en la fidelidad de las autoridades a las decisiones que toman, sin que puedan revocarlas por sí mismas, cuando afectan a particulares y sin seguir el debido

proceso para ello, más aún cuando el acto posterior este fundado en criterios irrazonables, desproporcionados o extemporáneos. (T-475 de 1992)” Sentencia T-878 de 2010.

35 Ver artículos 1° y 4° de la Constitución Política.

36 Op cit. VALBUENA, pg 165.

37 Ibídem.

38 La sentencia C-131 de 2004, cita a Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia del 17 de diciembre de 1992, asunto Holtbecker, en J. Boulouis y M. Chevallier, Grands Arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes, París, Dalloz, 1993, p. 77. En este fallo el Tribunal consideró que el principio de la confianza legítima busca proteger al ciudadano al cual la administración con su comportamiento, le creó unas esperanzas fundadas de que una determinada situación jurídica o regulación no sería objeto de modificación alguna.

39 Es claro que en los casos en los que exista una disputa entre el interés particular y el interés general, la disputa debe resolverse a favor de éste último, ya que “lo colectivo debe primar sobre lo individual, y lo público sobre lo privado”. Sentencia C-617 de 1995. Afirmación que encuentra como fundamento los artículos 1° y 63 de la Constitución Política de Colombia.

40 Sentencia C-131 de 2004 en la que se declaró la constitucionalidad de la norma que consagraba la obligación de realizar la revisión técnica mecánica de los automóviles privados cada dos años.

41 Dicho concepto es tomado de García de Enterría, citado en la sentencia T-225 de 1992. En esa oportunidad la Corte revisó el caso de varios expedientes acumulados de vendedores ambulantes en la ciudad de Ibagué que fueron desalojados por parte de la Administración. Los vendedores demandaron a la Administración solicitando que se protegiera su derecho fundamental al trabajo. La Corte tuteló el derecho a la confianza legítima, el cual fue protegido inicialmente en la jurisprudencia alemana y el Tribunal Europeo de Justicia en sentencia del 13 de julio de 1965, y ordenó a la Alcaldía que tomará las medidas necesarias y suficientes para reubicar a los vendedores ambulantes que fueran afectados por la medida.

42 Sentencia T-438 de 1996. Caso en el que se analiza la tutela instaurada por varias personas en Barranquilla, a los cuales la Administración les había permitido establecer “colmenas” o estaciones de venta en la plaza de mercado desde 1977. En 1996 la Administración emitió una resolución ordenando la demolición de las “colmenas”. Los accionantes solicitan la protección al derecho al trabajo, a la propiedad, a la posesión, al debido proceso y a la vivienda. En el presente caso la Corte tuteló el debido proceso de los accionantes, en el sentido que no se puede surtir un desalojo sin los previos trámites legales y los respectivos planes de reubicación.

43 Al respecto la sentencia SU-360 de 1999, estableció:

“Ahora bien, debe aclararse que la confianza o la buena fe de los administrados no se protege garantizando la estabilidad de actos u omisiones ilegales o inconstitucionales sino a través de la compensación, no necesariamente monetaria, del bien afectado.//El derecho de quien ya hubiera sido el desalojado, no exime al juez constitucional de ordenar el amparo, porque en primer lugar no es un hecho consumado ya que el problema sigue latente, y en segundo lugar si se pensara que la tutela no cabe, se llegaría al absurdo de que la celeridad en el desalojo dejaría sin piso la protección al derecho al trabajo y al empleo de quienes, en el estudio de cada caso concreto, tuviera derecho a tal protección por estar cobijados por la confianza legítima. Pero, lo que no puede hacer el juez constitucional es en la sentencia ordenar indemnización por ese desalojo de personas amparadas por la confianza legítima porque este tema le corresponde analizar y dilucidar a la jurisdicción contencioso-administrativa.”

44 Sentencia C-007 de 2002.

45 Sentencia SU-601 de 1999.

46 Al respecto, en la sentencia SU -360 de 1999, esta Corporación hizo un recuento de las decisiones tomadas por la Corte Constitucional en relación a la protección del espacio público y el derecho a la confianza legítima. En ese recuento dijo: “En los primeros años de la Corte, las sentencias T-225 de 1992, T-372 de 1993, T-091 de 1994, T-578 de 1994, T-115 de 1995 y T-438 de 1996, concedieron la protección del derecho al trabajo de vendedores ambulantes que venían desarrollando esa actividad con anterioridad a la orden de desalojo expedida por la autoridad administrativa. Así mismo, la sentencia T-617 de 1995 (desalojo de recicladores)

concedió el amparo a unas personas que cobijadas por la confianza legítima habitaban en calles de esta ciudad y otorgó especial protección a los niños, hijos de recicladores que habitaban a orillas de la carrilera. Por el contrario, la sentencia T-398 de 1997 negó la acción de tutela por ausencia de vulneración de derechos y las providencias T-160 de 1996, T-550 de 1998 y T-778 de 1998 negaron la tutela de los solicitantes, como quiera que se probó que no existían permisos o licencias que autorizaran el uso del espacio público.”

47 Sentencia T-722 de 2003. De lo contrario, la Administración incurriría en una vía de hecho.

48 Sentencia T-075 de 2012.

49 Se estudió la constitucionalidad del artículo 58 de la Ley 633 de 2000, el cual establece: “Artículo 58. Modifícase el artículo 16 de la Ley 10 de 1991, el cual quedará así:

Las empresas asociativas de trabajo estarán exentas del impuesto sobre la renta y complementarios, siempre y cuando en el respectivo año o período gravable hayan obtenido ingresos brutos inferiores a cuatrocientos millones de pesos (\$400.000.000.00) (valor año base 2000), y su patrimonio bruto en el último día del año o período gravable no exceda de doscientos millones de pesos (\$200.000.000.00) (valor año base 2000). Para efecto de los beneficios previstos en este artículo, y los artículos 14 y 15 de esta misma ley, se excluyen las rentas provenientes del ejercicio de profesiones liberales y los servicios inherentes a las mismas.

Los beneficios previstos en los artículos 14 y 15 de esta ley para las utilidades y rendimientos percibidos por los miembros de las empresas asociativas de trabajo, sólo procederán si esta empresa reúne los requisitos legales para estar exenta del impuesto sobre la renta y complementarios.”

50 Como bien se establece en la citada decisión, las discusiones que se dieron en la Asamblea Nacional Constituyente sobre el principio de buena fe, se dijo que los dos elementos fundamentales que componen dicho principio son: “Primero: que se establece el deber genérico de obrar conforme a los postulados de la buena fe. Esto quiere decir que tanto los particulares en el ejercicio de sus derechos o en el cumplimiento de sus deberes, como las autoridades en el desarrollo de sus funciones, deben sujetarse a los mandatos de

honestidad, lealtad y sinceridad que integran el principio. En el primer caso, estamos ante una barrera frente al abuso del derecho; en el segundo ante una limitante de los excesos y la desviación del poder. //Segundo: se presume que los particulares en sus relaciones con el poder público actúan de buena fe. // Este principio que parecería ser de la esencia del derecho en Colombia ha sido sustituido por una general desconfianza hacia el particular. Esta concepción negativa ha permeado todo el sistema burocrático colombiano, el cual, so pretexto de defenderse del asalto siempre mal intencionado de los particulares, se ha convertido en una fortaleza inexpugnable ante la cual sucumben las pretensiones privadas, enredadas en una maraña de requisitos y procedimientos que terminan por aniquilar los derechos sustanciales que las autoridades están obligadas a proteger”. (Subrayas fuera de texto)

51 Sentencia C-414 de 1992.

52 Sentencia de unificación SU-642 de 1998, en esa oportunidad se estudió la acción de tutela interpuesta por un señor recluido en el centro penitenciario “La Picota”, el cual solicitó por medio de acción de tutela que se protegieran los derechos de su hija menor a la cual no le permitían asistir al jardín del centro penitenciario por que tenía el pelo largo. En esa oportunidad, la Corte tuteló los derechos de la accionante y ordenó al jardín infantil recibir a la menor y modificar los estatutos internos.

54 Sentencia T-477 de 1995 y sentencia C-481 de 1998. Al respecto la Corte se pronunció en la sentencia C-075 de 2007, en donde se resaltó la importancia que tienen los efectos económicos en la creación de un plan de vida. En esa oportunidad, la Corte se pronunció sobre la constitucionalidad de las normas que regulaban las uniones maritales de hecho solo para parejas heterosexuales. La Corte determinó que esos derechos debían ser extensivos a las parejas homosexuales pues consideró que “...la decisión legislativa de no incluir a las parejas homosexuales en el régimen patrimonial previsto para las uniones maritales de hecho, comporta una restricción injustificada de la autonomía de los integrantes de tales parejas y puede tener efectos lesivos, no solo en cuanto obstaculiza la realización de su plan de vida común, sino porque no ofrece una respuesta adecuada para las situaciones de conflicto que se puedan presentar cuando por cualquier causa cede la cohabitación.”

55 Op Cit SU-642 de 1998.

56 Sentencias T-532 de 1992, C-542 de 1993 y T-477 de 1995.

57 Sentencias C-221 de 1994 y T-090 de 1996.

58 Sentencia T-124 de 1993.

59 Sentencias T-472 de 1996 y C-239 de 1997.

60 Sentencia T-1023 de 2010.

61 Sentencia T-493 de 1993.

62 Sentencia C-481 de 1998.

63 Artículo 48 de la Constitución Política.

64 Artículo 53 de la Constitución Política.

65 Actualmente, la Ley 100 de 1993, por medio de la cual se crea el sistema de seguridad social integral, estableció los regímenes de pensiones, salud, riesgos profesionales y demás servicios complementarios.

66 Al respecto se puede consultar la sentencia T-571 de 1992.

La distinción entre derechos fundamentales o derechos civiles y políticos y los sociales, económicos y culturales, puede explicarse en virtud de las cargas que implican al Estado. Los primeros, en principio implican, en teoría, un deber negativo para el Estado, un deber de no intromisión, mientras que los segundos, conllevan un deber positivo para el Estado, pues su cumplimiento o goce sólo se puede dar por medio de acciones del legislador y de la Administración. Bajo ese supuesto, los derechos económicos sociales y culturales, son entendidos como derechos de carácter prestacional, que requieren asignación presupuestal y un esfuerzo por parte de la Administración para satisfacer las prestaciones que surgen en aras de su protección. Sin embargo, dicha distinción, pierde validez pues si bien es cierto que los derechos civiles y políticos, se caracterizan en principio por limitar las actuaciones de la Administración, la protección de éstos también implica una erogación presupuestal. Pues es claro que para que el Estado pueda satisfacer estos, tiene que incurrir en gastos, por ejemplo, para que el derecho al voto se pueda ejercer, es necesario que se organicen las

votaciones, lo que implica el uso de los rubros de la Administración en la organización de las mismas.

67 En esa providencia, la Corte estudió el caso de una menor que requería de una intervención quirúrgica para retirar unos nódulos carnosos de sus dos lóbulos, la cual fue negada por la EPS por considerar que era una cirugía estética no incluida en el POS. De manera que solicitó por medio de acción de tutela la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, y por consiguiente se ordene a la EPS que costeara los gastos de la cirugía. La Corte tuteló los derechos de la menor y ordenó a la EPS que practicara la cirugía.

68 Al respecto se pueden consultar las sentencias T-330 de 2009, T-453 de 2009, T-482 de 2010, T-809 de 2010, entre otras.

69 Al respecto se pueden consultar las sentencias T-400 de 2009, T-601 de 2009, T-621 de 2010, entre otras.

70 Al respecto se pueden consultar las sentencias T-452 de 2009, T-643 de 2009, T-710 de 2009, T-266 de 2010, T-341 de 2010, entre otras.

71 En dicho sentido esta Corporación señaló que: “La controversia sobre el reconocimiento de los derechos pensionales adquiere la dimensión de un problema constitucional cuando su no reconocimiento viola o amenaza violar derechos fundamentales diversos entre ellos el derecho de igualdad ante la ley, el derecho a la familia o su protección especial y los derechos fundamentales de los niños, y los medios judiciales no son eficaces para su protección teniendo en cuenta las circunstancias particulares del actor, o la intervención del juez constitucional se hace necesaria para impedir la ocurrencia de un perjuicio irremediable” (Sentencia T-1083 de 2001 reiterada en las sentencias T-473 de 2006, T-395 de 2008, T-580 de 2006, T- 517 de 2006, T- 707 de 2009 y T-708 de 2009).

72 Sentencia T-299 de 1997.

73 Sentencia C-564 de 1992.

74 Sentencia C-177 de 1998.



75 Sentencia C-408 de 1994. En esa oportunidad la Corte estudió la constitucionalidad de la Ley 100 de 1993. Esta Corporación indicó: “Tal como lo entendieron el constituyente y el Legislador, la Corte considera en principio, el derecho a la seguridad social como un derecho asistencial o prestacional que (...) por su contenido material una naturaleza asistencial o prestacional que permite su eficacia con la sola existencia de la persona titular, sino que requiere una reglamentación que lo organice y una agenda pública o privada autorizada que le suministre los bienes y servicios que lo hacen realidad.”

76 En relación a las configuraciones normativas de la seguridad social, el individuo se debe ceñir a los postulados establecidos por el legislador, tal como se advierte en la sentencia C-623 de 2004. En ese entonces se estudió la constitucionalidad del artículo 3 de la Ley 797 de 2003, y se indicó que “Esta Corporación le ha reconocido al legislador un amplio margen de configuración para regular todo lo concerniente a la seguridad social y, en concreto, lo relacionado con sus prestaciones en salud, vejez, riesgos profesionales, etc. Dicha amplitud tiene su origen en los artículos 48 y 365 del Texto Superior, los cuales establecen una fórmula flexible para organizar y coordinar la prestación de dicho servicio, sin limitar su desarrollo a una estructura única o predispuesta. De suerte que, el legislador en virtud de la libertad de configuración puede diseñar el sistema de seguridad social a través de distintos modelos, y el hecho de optar en una reforma legal por un modelo distinto, no implica per se la existencia de una disposición inconstitucional. En este sentido, la Constitución Política establece unos principios y reglas generales, básicas y precisas a las cuales debe ceñirse el legislador para regular o limitar el alcance de dicho servicio público y derecho prestacional a la seguridad social, pero no impide su amplia intervención para configurar, coordinar y asegurar su prestación a través de las estructuras o sistemas que considere idóneos y eficaces. Se destacan dentro de ese catálogo de principios y reglas generales a los cuales debe someterse la libertad de configuración del legislador, entre otros, los siguientes: (i) el reconocimiento de la seguridad social como un derecho irrenunciable de todos los habitantes del territorio nacional y, a su vez, (ii) como un servicio público obligatorio cuya dirección, control y manejo se encuentra a cargo del Estado. Adicionalmente, (iii) se admite la posibilidad de autorizar su prestación bajo las reglas de la concurrencia entre entidades públicas y particulares; (iv) siempre y cuando se cumplan con las estrictas exigencias derivadas del contenido de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

77 En esa oportunidad la Corte estudió la constitucionalidad del artículo 36 de la Ley 100 de

1993, por medio de la cual se regula el régimen de transición.

78 Dicho artículo fue modificado por la Ley 797 de 2003

79 Artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

80 Artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

81 Artículo 35 de la Ley 100 de 1993.

82 Al respecto el artículo 273 de la Ley 100 de 1993, dice: “El Gobierno Nacional, sujetándose a los objetivos, criterios y contenido que se expresan en la presente Ley y en particular a los establecido en los artículos 11 y 36 de la misma, podrá incorporar, respetando los derechos adquiridos, a los servidores públicos, aún a los congresistas, al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.”

83 Sin embargo, la norma determina que existen algunos regímenes exceptuados de la aplicación de la normatividad de la Ley 100 de 1993, los cuales se encuentren enumerados en el artículo 279, estos son las fuerzas militares, la Policía Nacional, los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y las personas que estén vinculadas y beneficiadas por el régimen de seguridad social establecido en la ley para ECOPETROL.

84 La sentencia T-013 de 2011, define que los regímenes de transición, “consisten en la previsión de condiciones muy precisas, que se establecen en nuevas leyes sobre la materia, que modifican condiciones preexistentes, con el fin de proteger derechos adquiridos por los trabajadores o en vía de adquisición, los cuales de no haber sido promulgada la nueva ley, se verían mas favorecidos por la normatividad anterior en virtud de la cual venían consolidando sus derechos.”

85 Régimen de prima media con prestación definida, o régimen de ahorro individual con solidaridad.

86 ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

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

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

Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

Quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez, conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes, al momento en que cumplieron tales requisitos.

**PARÁGRAFO.** Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1o) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio.

“En un primer momento, antes de la expedición de la Constitución de 1991, y de las leyes 30 de 1992 y 100 de 1993, las universidades públicas nacionales, bajo la dirección y control del gobierno nacional y aplicando el régimen legal vigente, administraron su propio régimen de pensiones. Si bien cada universidad tenía su propia caja de previsión y recibía los aportes de sus afiliados, la deuda en esta materia era asumida por la nación a través de recursos del presupuesto general.

La expedición de la Constitución de 1991 y la entrada en vigor de la Ley 30 de 1992, transformaron la naturaleza de las universidades. En particular, tales normas dotaron a los centros de educación superior de una serie de garantías destinadas a que pudieran satisfacer adecuadamente sus objetivos misionales. Probablemente la garantía más importante en este sentido fue el reconocimiento de la autonomía universitaria. En desarrollo de esta importante garantía institucional, la Ley 30 de 1992 consagró una serie de disposiciones financieras, destinadas, de una parte, a asegurar la satisfacción progresiva del derecho a la educación pública superior y, de otra, a evitar que por vía de la asignación de recursos, los órganos políticos pudieran afectar la autonomía de las universidades. Estas disposiciones pueden ser recogidas en lo que podría llamarse el régimen financiero de las universidades públicas.

En primer lugar, la Constitución y la Ley 30 de 1992, establecen como regla general el principio según el cual corresponde al Estado satisfacer el derecho de acceso a la educación pública superior, especialmente, para las personas con menor capacidad de pago. Ello significa que es responsabilidad del Estado financiar la prestación del servicio y ampliarlo en la medida de los recursos disponibles para ello. En este sentido, como lo ha señalado la Corte, los derechos académicos originados en las matrículas y en otros rubros, sólo pueden ser cobrados a quienes puedan pagarlos y constituyen, por esta misma razón, rentas marginales de las cuales no puede depender la prestación del servicio.

Dada la alta dependencia de la universidad de los recursos públicos externos, con la finalidad de garantizar que no existan restricciones indirectas a la autonomía por vía de la asignación de recursos y de promover – o al menos mantener – el alcance del derecho de acceso a la educación superior, la ley 30 estableció las siguientes reglas especiales:

En primer lugar el artículo 84 de la Ley 30 de 1992, señaló que el gasto público en educación hace parte del gasto público social, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 350 y 366 de

la Constitución. En segundo término, ordenó indexar, a partir de 1993, el monto de los recursos que deben ser destinados a las universidades. Finalmente, la misma Ley, estableció la obligación de destinar recursos presupuestales adicionales para la promoción de la investigación científica y tecnológica.

Sin embargo, la ley 30 de 1992, no se pronunció sobre el pasivo pensional de las universidades nacionales. Como ya se ha mencionado, dicha deuda era financiada por la Nación que anualmente, al establecer la destinación presupuestal, asignaba los recursos necesarios para asumirla. Esta materia fue regulada posteriormente por la Ley 100 de 1993.

Con el propósito de ordenar el tema pensional y garantizar el derecho al pago cierto y oportuno de las pensiones, la Ley 100 adoptó una serie de disposiciones aplicables a la deuda pensional de las universidades públicas de orden nacional. En primer lugar, indicó que las cajas o fondos de previsión preexistentes que administraran el régimen de Prima Media podrían seguir administrando las pensiones de las personas afiliadas antes de la entrada en vigencia de la ley. Señaló sin embargo, que en el caso en el cual dichas cajas o fondos fueran declaradas insolventes por el Gobierno, la deuda sería asumida por el “Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional”, creado a través del artículo 130 de la misma Ley. Con ello quedaban a salvo tanto los recursos de las pensiones como los recursos destinados a las actividades misionales de cada universidad.

Como ya se mencionó, las cajas de pensiones de las universidades públicas de orden nacional, no contaban con activos suficientes para pagar la deuda pensional. En este sentido, se traba de cajas o fondos insolventes. Sin embargo, el gobierno optó por abstenerse de declarar la insolvencia de las cajas y, en su lugar, suministrar los correspondientes recursos anuales a través de las asignaciones presupuestales correspondientes.

En este contexto, se expidió el artículo 38 de la Ley 1151 de 2007. Según esta disposición, la deuda pensional de las universidades nacionales cuando las respectivas cajas de previsión resulten insolventes, no será ya asumida por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional. A partir de la vigencia de esta norma, dicha deuda debe ser financiada, de forma concurrente, con recursos del presupuesto nacional especialmente destinado para tales efectos y recursos de las respectivas universidades. Adicionalmente, la disposición establece

que al porcentaje que corresponda a la nación, deberá restarse el monto que esta ha transferido a las universidades desde el año de 1994 para el pago de la deuda pensional. Entra la Corte a estudiar el alcance de esta norma a fin de determinar si vulnera la Constitución.”

88 El artículo 2° del Estatuto General de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, dice: “La Universidad Distrital Francisco José de Calda, creada mediante Acuerdo N°10 de 1948 por el Consejo de Bogotá es un ente universitario autónomo de carácter estatal del orden Distrital, de Santa Fe de Bogotá D.C. con Personería Jurídica, gobierno, rentas y patrimonio propio e independiente constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes o por el producto de impuestos, tasas o contribuciones y venta de servicios. Su sede de gobierno y domicilio principal es la Ciudad de Santa Fe de Bogotá Distrito Capital, República de Colombia. Las secciones que se creen tienen su domicilio en las ciudades donde funcionen.” (subrayas fuera de texto.)

89 Cuaderno2, folios 9-10.

90 Cuaderno principal, folios 125-126.

91 Cuaderno principal, folio 112.

92 En la sentencia T-045 de 2008, se establecen los siguientes criterios para establecer si se está ante un caso de hecho superado.

“1. Que con anterioridad a la interposición de la acción exista un hecho o se carezca de una determinada prestación que viole o amenace violar un derecho fundamental del accionante o de aquél en cuyo favor se actúa.

2. Que durante el trámite de la acción de tutela el hecho que dio origen a la acción que generó la vulneración o amenaza haya cesado.

3. Si lo que se pretende por medio de la acción de tutela es el suministro de una prestación y, dentro del trámite de dicha acción se satisface ésta, también se puede considerar que existe un hecho superado.”

93 El accionante trabajó desde el 8 de junio de 1981 en la Universidad Distrital. Para la fecha de entrada de la Ley 100 de 1993, esto es el 1 de abril de 1994, el accionante llevaba 12

años y 10 meses en la entidad. Por otro lado el accionante cotizó al Seguro Social desde el 6 de junio de 1978 hasta el 5 de febrero de 1981, para un total de 2 años y 8 meses. Al sumar este tiempo se concluye que el accionante cotizó 15 años y 6 meses antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

94 El artículo 1° de la Ley 33 de 1985 dice:

“Artículo 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

95 Cuaderno principal, folio 222.

96 En virtud del Decreto Distrital de Bogotá número 348 de 1995, artículo 1°, el sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 entra a regir el 31 de junio de 1995 para servidores públicos del Distrito Capital.

97 Cuaderno principal, folio 155.

98 “ARTÍCULO 115. BONOS PENSIONALES. Los bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones.

Tendrán derecho a bono pensional los afiliados que con anterioridad a su ingreso al régimen de ahorro individual con solidaridad cumplan alguno de los siguientes requisitos:

a) Que hubiesen efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales o las cajas o fondos de previsión del sector público;

b) Que hubiesen estado vinculados al Estado o a sus entidades descentralizadas como

servidores públicos;

c) Que estén vinculados mediante contrato de trabajo con empresas que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones;

d) Que hubiesen estado afiliados a cajas previsionales del sector privado que tuvieran a su cargo exclusivo el reconocimiento y pago de pensiones.

PARÁGRAFO. Los afiliados de que trata el literal a) del presente artículo que al momento del traslado hubiesen cotizado menos de ciento cincuenta (150) semanas no tendrán derecho a bono.”

99 Al respecto, dicho Decreto establece:

“Artículo 1. Los empleados nacionales, departamentales o municipales que tengan derecho a solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación elevarán la solicitud a la Caja o institución de Previsión Social, a la cual estén afiliados al tiempo de cumplir su servicio o a la que hayan estado afiliados en el momento de retirarse del servicio oficial, si es el caso.

PARAGRAFO. Cuando la entidad respectiva no tenga establecida su Caja o institución de previsión social, la solicitud deberá ser dirigida a dicha entidad, para la tramitación correspondiente

Artículo 2 La Caja de previsión social que reciba una solicitud de pago de una pensión de jubilación que sea de su cargo o de varias entidades, la pondrá en conocimiento de éstas, y les remitirá copia del proyecto de resolución que elabore y de los documentos que sean necesarios para que cada una de tales entidades pueda establecer si son correctos, si está obligada a la cuota que se le asigna y si se ajusta a las disposiciones legales que la rigen.

PARAGRAFO. La entidad que reciba las copias a que se refiere este artículo, y que considere necesario el examen de los documentos presentados, podrá solicitarlo, y la Caja en cuyo poder se encuentren los desglosará y se los remitirá, pero dejando copia autenticada de ellos.”