

Sentencia T-467/07

ACCION DE TUTELA CONTRA OFICINA DE BONOS PENSIONALES DEL MINISTERIO DE HACIENDA-Procedencia excepcional

ACCION DE TUTELA CONTRA OFICINA DE BONOS PENSIONALES DEL MINISTERIO DE HACIENDA-Procedencia excepcional para ordenar reliquidar el bono pensional

SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD-Efectos hacia el futuro

SENTENCIA C-734/05-Reglas jurisprudenciales relativas a los efectos de ésta se fijaron en T-147/06 y T-801/06

SENTENCIA C-734/05-Efectos en relación con la validez de la aplicación del lit a) del art 5 del Dec 1299/94 declarado inexecutable para la liquidación de bonos pensionales

DERECHO A LA EMISION DE BONOS PENSIONALES-Se adquiere desde el momento del traslado al régimen de ahorro individual, y liquidación y emisión deberá realizarse conforme a la normatividad aplicable en ese momento

Para el caso objeto de estudio, que el lit. a) del artículo 5 del Decreto 1299 de 1994 estuvo vigente desde la fecha de su expedición (22 de junio de 1994), hasta la fecha de la sentencia C-734 de 2005 en los términos en los que lo ha establecido la Corte (14 de julio de 2005). Dicha vigencia implica que al emitirse el bono en dicho intervalo de tiempo, o incluso al trasladarse el usuario del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual en el mismo intervalo, la formula para liquidar el bono es la establecida en lit. a) del artículo 5 en mención. Ello implica igualmente que si la emisión del bono se dio en vigencia de la norma declarada inexecutable y su redención después de la declaratoria de inexecutable, como es el caso, la alteración de la formula de liquidación implica adjudicarle efectos retroactivos a la sentencia C-734 de 2005. Situación no posible por expresa disposición no sólo de las normas legales que regulan los efectos de las sentencias de control de constitucionalidad, sino de la jurisprudencia misma de la Corte, según la cual las excepciones a ello deben ser explícitamente consignadas en las respectivas sentencias, cosa que no ocurrió en la C-734 de 2005 referida.

SENTENCIA C-734/05-No es posible aplicar de manera retroactiva esta sentencia/OFICINA DE

BONOS PENSIONALES-Vulneró debido proceso del demandante

Para esta Sala de Revisión es claro que se ha vulnerado el derecho al debido proceso del señor por parte de la OBP, por cuanto habiéndose emitido el bono el 29 de marzo de 2004 (Res. 1972), no cabe la menor duda que el lit. a) del artículo 5° del Decreto 1299 de 1994 estaba vigente. La sentencia que declaró la inexequibilidad de la misma norma (C-734 de 2005), es posterior (14 de julio de 2005) al momento en que se emitió el bono. Pretender que la liquidación realizada a la luz de una norma vigente en el 2004 al emitirse el bono, no se aplique porque en el 2005 fue declarada inexecutable, es igual a adjudicarle efectos retroactivos a la sentencia de inexequibilidad en mención. Tal como se explicó, lo anterior no es posible en el caso de la C-734 de 2005.

OFICINA DE BONOS PENSIONALES-Hace caso omiso de las reglas jurisprudenciales establecidas en sentencias T-147/06 y T-801/06

No es una razón válida en el presente caso aquélla según la cual no es posible reconocer el bono pensional en el monto que arroja su liquidación con base en una norma que fue declarada inexecutable -precisamente en fecha posterior a la mencionada liquidación-, porque no es claro el efecto de la sentencia de inexequibilidad. Esto por cuanto las aclaraciones que la entidad demandada echa de menos fueron alegadas desde la demanda de tutela, mediante la referencia a las sentencias T-147 de 2006 y T-801 de 2006. La OBP hace caso omiso a las reglas jurisprudenciales establecidas de manera clara en las sentencias de revisión de tutela citadas; de igual manera vulnera el derecho fundamental al debido proceso y amenaza el derecho fundamental al mínimo vital del demandante.

SENTENCIA DE UNIFICACION DE TUTELA O SENTENCIA DE SALA DE REVISION DE TUTELA-No es admisible fundamentar la falta de claridad respecto de los efectos de la sentencia C-734/05 en que las sentencias de tutela que se han referido al tema no son de unificación

No resulta admisible fundamentar la falta de claridad respecto de los efectos de la sentencia C-734 de 2005, en que las sentencias de tutelas de la Corte a las que se ha hecho mención, no son sentencias de unificación, y afirmar que por ello la duda planteada no está aún solucionada. En primer término, pese a que las sentencias T-147 de 2006 y T-801 de 2006 no son de unificación, tienen efecto vinculante como precedente para jueces y para autoridades administrativas. La Corte Constitucional como Tribunal vértice de la jurisdicción

constitucional, es quien unifica la jurisprudencia en materia de tutela, y sus fallos no pueden ser desconocidos so pena de vulnerar el principio igualdad e incurrir en dar soluciones jurídicas distintas a casos similares. Y, ello en nada se relaciona con el hecho de que la sentencia sea una de unificación o una de Sala de Revisión. La unificación que solicita la accionada, cuya supuesta necesidad es la justificación que se plasma en la Resolución N° 3376 del 30 de marzo de 2006 para no aplicar los criterios jurisprudenciales ya existentes y vigentes, tendría sentido si existiesen criterios jurisprudenciales disímiles sobre el tema en las distintas salas de revisión de la Corte Constitucional. En dicho caso sería entendible la falta de claridad al respecto de los efectos de la sentencia C-734 de 2005, pero ni ello ha sido así hasta el momento, ni el demandado pretende demostrarlo. No es pues una razón válida ni suficiente que se pretenda tener claridad sobre criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional, únicamente mediante sentencia de unificación; o que se afirme que sólo dichas sentencias determinan las líneas jurisprudenciales de la Corte, cuando no hay una clara contradicción entre los fallos de las salas de revisión, para casos muy similares.

BONOS PENSIONALES-Caso en que debe reconocerse y ordenar el pago en el monto que arroje la liquidación hecha con base en el lit a) del art 5 del Dec 1299/94

Conceder el amparo al tutelante, en el sentido que no sólo se le reconozca sino que se ordene el pago de su bono pensional en el monto que arroje la liquidación hecha con base en lit. a) del artículo 5° del Decreto 1299 de 1994, plenamente vigente al momento de su emisión (mediante Res. 1972 del 29 de marzo de 2004).

BONOS PENSIONALES-Orden al ISS de pagar la cuota parte correspondiente

Conviene hacer referencia a dos puntos importantes en relación con el sentido de la orden de la presente tutela. El primero de ellos tiene que ver con el hecho que el actor solicitó igualmente que se ordenará al ISS el cumplimiento de la obligación consistente en pagar la cuota parte correspondiente a su bono, en razón a que Protección S.A se lo había solicitado (al ISS) sin recibir respuesta alguna. Sobre ello, encontró la Sala que los jueces de instancia concedieron el amparo y el ISS no se pronunció en ninguna de ellas para controvertir o impugnar dicho incumplimiento. Por ello se confirmará la orden al ISS de resolver en forma definitiva la solicitud en mención, si es que aún no la ha hecho.

BONOS PENSIONALES-Caso en que los procedimientos propios para la liquidación y

depuración del bono pensional no son el objeto de la tutela ni de la solicitud del demandante/BONOS PENSIONALES-Orden de la Corte Constitucional es que se pague el bono

Considera esta Sala, que los procedimientos propios para la liquidación y depuración de los bonos pensionales no son el objeto de la presente tutela, ni de la solicitud del demandante. Por ello, la orden consistente en que la OBP debe autorizar el pago efectivo del bono del señor en el monto equivalente al resultado de su liquidación con base en la norma vigente al momento de su emisión, no hace nugatorios los procedimientos que conlleven a una reliquidación de bono en mención. Por ejemplo, en la hipótesis del demandado, cual es que el reporte de la historia laboral presenta supuestas inconsistencias y por ello debería ser reliquidado. Se insiste en que ello no es objeto de estudio en el presente proceso, así como tampoco resulta incompatible, en caso de presentarse tal como se alega, con la orden que emitirá esta Sala; pues, el sentido de la orden es autorizar el pago del bono en el monto que arroje la liquidación con base en la norma vigente al momento de su emisión, y esto no implica que ante algún evento de otra índole, distinto a los criterios que se han fijado en esta sentencia, se obvien los procedimientos porque la Corte ha ordenado el pago del bono.

Referencia: expediente T-1540654

Acción de tutela interpuesta por Eduardo Méndez contra la Oficina de Bonos Pensionales – OBP – del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Instituto de Seguros Sociales –ISS-.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Bogotá D.C., doce (12) de junio de dos mil siete (2007).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Álvaro Tafur Galvis y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

Dentro de los procesos de revisión de los fallos de tutela, en el asunto de la referencia,

dictados por la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 30 de octubre de 2006, en primera instancia; por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral -, el 17 de enero de 2007, en segunda instancia.

I. ANTECEDENTES

Hechos

1. El señor Eduardo Méndez se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual el 1° de julio de 1999, del ISS al Fondo de Pensiones Obligatorias – FPO- Protección S.A.

1. Mediante Resolución N° 1972 del 29 de marzo de 2004 la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda – OBP – emitió el bono pensional del señor Eduardo Méndez calculado a partir del ingreso base de liquidación equivalente a \$1.303.800, esto es a partir del último salario devengado tal como lo establece el lit. a) del artículo 5° del Decreto 1299 de 1994 (calculado a 1° de julio de 1999).

1. El 8 de marzo de 2006, el señor Méndez llegó a los sesenta y dos (62) años de edad, por lo cual la OBP emitió la Resolución N° 3376 del 30 de marzo de 2006, por medio de la cual ordena el pago a la AFP Protección S.A del cupón principal a cargo de la Nación en el bono, por un valor de \$776.178.000, pero autoriza a la AFP en mención para que del anterior valor consigne sólo \$396.211.000 en la cuenta de ahorro individual del actor, correspondientes a la liquidación del bono a partir del salario base sobre el cual éste cotizó al ISS a junio de 1992, es decir de conformidad con el lit. a) del artículo 117 de la Ley 100 de 1993.

1. En relación con el valor del bono del señor Méndez, la OBP fundamentó la autorización de

la consignación parcial de \$396.211.000 de los \$776.178.000 liquidados, en que la Corte Constitucional declaró inexecutable la norma [lit. a) del artículo 5 de Decreto 1299 de 1994] que estipulaba la forma de calcular dicho valor, a partir de la cual la liquidación del bono tuvo como resultado \$776.178.000.

1. El señor Méndez manifiesta además, que el ISS no ha efectuado el pago de la cuota parte de su bono, pues no ha respondido la solicitud que en dicho sentido le hiciera la AFP Protección S.A.

6. Por lo anterior, el actor interpone acción de tutela y solicita que se reconozca el pago de su bono por el valor correspondiente a la liquidación del mismo de conformidad con el artículo declarado inexecutable por la Corte (\$776.178.000 y no \$396.211.000), ya que al momento tanto del traslado de régimen como de la liquidación del bono, dicha norma estaba vigente. Además, solicita que se ordene al ISS cancelar la cuota parte respectiva al bono en cuestión.

Pruebas relevantes que obran en los expedientes.

1. Escrito de la demanda de tutela (Cuad # 1. Fls. 1 a 14)
2. Resolución de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda – OBP, número 3376 del 29 de marzo de 2006, por medio de la cual se ordena el pago del cupón principal del bono a favor del actor. (Cuad # 1 Fls. 29 a 33)
3. Sentencia de primera instancia del Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, del 30 de octubre de 2006 (Cuad. 1 Fls. 99 a 108)
4. Sentencia de segunda instancia de la Corte Suprema –Sala Laboral-, de 17 de enero (Cuad # 2. Fls. 4 a 11).

Decisiones judiciales objeto de revisión.

Sentencia de primera instancia

El Juez de Tutela de primera instancia concedió el amparo y ordenó a la Oficina de Bonos

Pensionales del Ministerio de Hacienda – OBP, que en un término de 15 días pague el bono pensional liquidándolo con base en las normas vigentes a 1° de julio de 1999, tal como lo hizo en la resolución 1972 del 29 de marzo de 2004. Sustentó la anterior orden en que lit. a) del artículo 5 de Decreto 1299 de 1994, estaba vigente al momento en que a primero de 1° de julio de 1999 se calculó su ingreso base de liquidación para la pensión a partir del último salario devengado, que es precisamente lo que establecía el decreto de 1994 en mención. Por ello, no habría lugar a aplicar una formula diferente para calcular el valor del bono, valga decir, la formula que estable el literal a) del artículo 117 de la Ley 100 de 1993.

El a quo explica que el salario base según la formula del lit. a) del artículo 5 de Decreto 1299 de 1994, es decir el último salario devengado, equivale en el caso concreto a \$1.303.800; mientras que el salario base según la formula del literal a) del artículo 117 de la Ley 100 de 1993, es decir el último salario cotizado, equivale a \$ 665.070, tal como lo hace ver la misma OBP en la Resolución 3376 mediante la que ordena el pago.

Así, argumentó el juez de amparo que la razón para no aplicar la formula del referido decreto de 1994, consistente en que la Corte Constitucional, mediante sentencia C- 734 de 2005 declaró inexecutable el aparte pertinente que la establecía, no es una razón válida. Esto, en la medida en que el bono del actor fue emitido el 29 de marzo de 2004 (mediante Resolución número 1972 de la misma fecha), momento en el cual lit. a) del artículo 5 del Decreto 1299 de 1994 no había sido declarado inexecutable, pues la sentencia C- 734 de 2005 referida es del 14 de julio de 2005. En atención a esto, afirma el a quo que “lo anterior implica que el Ministerio de Hacienda a través de su oficina de bonos pensionales aplicó al bono del actor la sentencia C-734 de 2005 cuando ya el bono había sido emitido y negociado”, lo que implica haberle dado efectos retroactivos a la decisión de la Corte Constitucional en cuestión.

Por lo expuesto, y como quiera que los efectos de la sentencias de inexecutable de la Corte Constitucional son hacia el futuro, el juez de tutela encontró vulnerado el derecho al debido proceso del actor así como su derecho al mínimo vital a la seguridad social.

Impugnación

Por su parte la oficina de bonos pensionales impugnó la anterior decisión, y argumentó que no se había vulnerado el derecho fundamental al debido proceso del tutelante, en la medida que se habían surtido satisfactoriamente todas las notificaciones relativas a la Resolución

número 3376 del 29 de marzo de 2006. De este modo, tampoco se cumplió con el requisito del agotamiento de la vía gubernativa para la procedencia de la acción de tutela, pues el actor no interpuso los recursos pertinentes contra el acto administrativo en mención. Alega que en el reporte de la historia laboral del actor se encuentran inconsistencias, por lo cual se debe permitir a la OBP reliquidar el bono de conformidad con la actualización que el mismo ISS hizo de dicha historia, así que a la orden del juez de primera instancia pagar el bono de manera inmediata, debe mediar la posibilidad de reliquidarlo.

Agrega igualmente que los efectos de la sentencia C-734 de 2005, según jurisprudencia de la misma Corte Constitucional, implican el “reestablecimiento ipso jure de las disposiciones derogadas por la norma declarada inconstitucional”, por lo cual, se debe entender que si la norma que contenía la formula con base en la cual se emitió el bono fue declarada inexecutable, se tiene que aplicar ipso jure la formula que dicha norma había derogado, que fue lo que justamente realizó la OBP mediante la resolución que ordenó el pago del bono.

Por último explica que no es competencia de los jueces de tutela pronunciarse sobre el monto del bono pensional ni sobre el salario base del mismo. Además de que los precedentes citados por el actor no son aplicables a su caso pues éstos (T-147 de 2006 y T-801 de 2006) tienen efectos inter-partes. Y, que con el fin de aclarar lo relativo a casos similares como el que es objeto de estudio, la OBO solicitó a la Corte Constitucional que unifique la jurisprudencia en materia de los efectos en casos concretos de la sentencia C-734 de 2005, y así mismo radicó en la Secretaría General del Senado de la República un proyecto de ley que tiene como objeto volver a calcular los bonos pensionales con base en el salario devengado, tal como lo establecía la norma declarada inexecutable. Teniendo en cuenta que ni la Corte ni el Congreso han realizado lo propio, afirma que está plenamente justificada la Resolución 3376 de 2006, en el sentido de reconocer el monto del bono en el equivalente al cálculo a partir del último salario devengado a 30 de junio de 1992 (\$1.303.800), pero ordenar su pago únicamente en el equivalente al cálculo a partir del último salario cotizado a 30 de junio de 1992 (\$665.070).

Sentencia de segunda instancia.

El juez de segunda instancia revoca la sentencia del a quo, y argumenta que “el asunto bajo controversia ostenta un rango eminentemente legal, cual es el relativo a la cuantía y

procedimiento para liquidar el bono pensional, y la incidencia de la sentencia de constitucionalidad proferida con posterioridad al bono inicialmente generado.” Por esto, asevera que la acción de tutela resulta improcedente, y se ha utilizado indebidamente como reemplazo de la jurisdicción ordinaria. Así pues, revoca el fallo de primera instancia en lo relativo a la orden de cancelar el bono al usuario tomando como base \$1.303.800, y lo confirma en lo relativo a la orden de que el ISS responda acerca de su cuota parte en el bono respectivo.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

Competencia.

1. Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

Planteamiento del caso y del problema jurídico.

2.- El señor Eduardo Méndez se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual el 1° de julio de 1999, del ISS al Fondo de Pensiones Obligatorias – FPO- Protección S.A. Mediante Resolución N° 1972 del 29 de marzo de 2004 la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda – OBP – emitió el bono pensional del señor Eduardo Méndez calculado a partir del ingreso base de liquidación equivalente a \$1.303.800, esto es a partir del último salario devengado 30 de junio de 1992, tal como lo establece el lit. a) del artículo 5° del Decreto 1299 de 1994. En sentencia C-734 del 14 de julio de 2005, la Corte Constitucional declaró inexecutable la anterior disposición. A raíz de ello, el 8 de marzo de 2006, la OBP emitió la Resolución N° 3376 del 30 de marzo de 2006 (y además teniendo en cuenta que el señor Méndez llegó a los sesenta y dos (62) años de edad), por medio de la cual autoriza el pago a la AFP Protección S.A del cupón principal a cargo de la Nación en el bono, por un valor de \$776.178.000, correspondiente al monto del bono con base en el último salario devengado (\$1.303.800); pero autoriza a la AFP en mención para que del anterior valor consigne sólo \$396.211.000 en la cuenta de ahorro individual del actor, correspondientes a la liquidación del bono a partir del salario base sobre el cual éste cotizó al ISS a 30 junio de 1992, esto es (\$665.070).

La OBP consigna en la motivación de la Resolución 3376 de 2006, que pese a haber reconocido un monto determinado cuando emitió el bono, éste corresponde a una formula de cálculo que la Corte Constitucional con posterioridad declaró inexecutable; por lo cual, como al momento de ordenar el pago la norma que establecía la formula en cuestión ya no está vigente, entonces corresponde aplicar la formula derogada por la norma declarada inexecutable y así mismo calcular el monto del bono. Lo anterior, hasta tanto la Corte Constitucional aclare los efectos de la sentencia C-734 de 2005 referida o el Congreso de la República dicte una norma que resuelva cómo ha de calcularse el monto del bono pensional a partir de la declaratoria de inexecutable mencionada.

El ciudadano Eduardo Méndez interpone acción de tutela contra la OBP, y alega que se ha vulnerado su derecho al debido proceso en tanto se ha aplicado la sentencia C-734 de 2005 con efectos retroactivos, situación que no es posible a la luz de la regulación del ejercicio de control de constitucionalidad de las normas en Colombia. De otro lado, argumenta que se ha vulnerado su derecho al mínimo vital pues no se le permite acceder a la prestación pensional a la que tiene derecho en el monto que legalmente le corresponde. Agrega que lo señalado por la OBP, en el sentido que la aplicación de la formula para calcular el ingreso base de la pensión es la contenida en la norma anterior a la que la Corte declaró inexecutable, hasta tanto la misma Corte aclare los efectos del fallo de dicha inexecutable, no es una razón válida para modificar en su detrimento el monto que ya había sido reconocido. Por demás, la Corte ya se ha pronunciado (T- 147 y T- 801 de 2006) en el sentido en el que manifiesta la OBP, y ha sostenido que la sentencia C-734 de 2005 no tiene efectos retroactivos. De igual manera, afirma que el ISS no ha cumplido con el pago de su cuota parte en relación con el bono al que tiene derecho, y por ello solicita que se le ordene cumplir con dicha obligación.

El juez de primera instancia concede el amparo y basado en los precedentes de la Corte Constitucional en casos similares al del tutelante (T- 147 y T- 801 de 2006), ordena a la OBP que en un término de 15 días pague el bono pensional liquidándolo con base en \$1.303.800, como lo establece el lit. a) del artículo 5º del Decreto 1299 de 1994. Argumenta que no existe ninguna razón para que la OBP deje de aplicar las normas vigentes al momento que se emitió el bono. Esto es, si al 14 de marzo de 2004, fecha en la que se emitió el bono, estaba vigente la norma que establecía que el ingreso base de liquidación era el último salario devengado, aunque dicha norma haya sido declarada inexecutable con posterioridad, no es admisible desconocer su vigencia antes de dicha inexecutable. De ahí que, el monto del

bono calculado con base en las normas aplicables al momento de su reconocimiento, deba corresponder al monto que efectivamente se ordene pagar a favor del actor. Por último, sostiene el a quo que como quiera que en el expediente no se demuestra que el ISS haya respondido la solicitud de pago de la cuota parte correspondiente a su bono, por parte de Protección S.A, le incumbe ordenar al ISS lo propio.

Por su lado la OBP impugna la anterior de decisión. Afirma que no se vulneró el derecho fundamental al debido del actor, pues la Resolución número 3376 del 29 de marzo de 2006, se emitió en cumplimiento estricto de todas las ritualidades procesales. Adicionalmente, asevera que el tutelante no cumplió con el requisito del agotamiento de la vía gubernativa para la procedencia de la acción de tutela, pues no interpuso los recursos pertinentes contra el acto administrativo en mención. Llama la atención sobre que a la orden del juez de primera instancia de pagar el bono inmediatamente, debe mediar la posibilidad de reliquidarlo, pues en el reporte de la historia laboral del actor se encuentran inconsistencias, de conformidad con la actualización que el mismo ISS hizo de dicha historia.

Agrega igualmente que los efectos de la sentencia C-734 de 2005, según jurisprudencia de la misma Corte Constitucional, implican el “reestablecimiento ipso jure de las disposiciones derogadas por la norma declarada inconstitucional”, por lo cual, se debe entender que si la norma que contenía la formula con base en la cual se emitió el bono fue declarada inexecutable, se tiene que aplicar ipso jure la formula que dicha norma había derogado, que fue lo que justamente realizó la OBP mediante la resolución que ordenó el pago del bono. Luego, es una razón válida y suficiente para que la OBP aplique la regla general de reincorporación de las normas derogadas por las normas declaradas inexecutable, el hecho que la Corte Constitucional no haya unificado la jurisprudencia en materia de los efectos en casos concretos de la sentencia C-734 de 2005, y que además el Congreso de la República no se haya pronunciado sobre cómo calcular bonos pensionales como los del demandante después de la declaratoria de inexecutable de la formula a la se ha hecho mención. De igual manera, agrega que ha solicitado pronunciamientos en los sentidos señalados, tanto a la Corte Constitucional, como al Congreso de la República. En el último caso, afirma que se ha radicado en la Secretaría del Senado un proyecto de ley que tiene como objeto volver a calcular los bonos pensionales con base en el salario devengado.

El juez de segunda instancia revoca la sentencia del a quo, por considerar improcedente la

acción de tutela ya que en su opinión “el asunto bajo controversia ostenta un rango eminentemente legal, cual es el relativo a la cuantía y procedimiento para liquidar el bono pensional, y la incidencia de la sentencia de constitucionalidad proferida con posterioridad al bono inicialmente generado.” De este modo, revoca el fallo de primera instancia en lo relativo a la orden de cancelar el bono al usuario tomando como base \$1.303.800, es decir de conformidad con la norma declarada inexecutable, y lo confirma en lo relativo a la orden de que el ISS cancele su cuota parte en el bono respectivo.

3.- De conformidad con lo anterior, corresponde a esta Sala de Revisión determinar en principio, si el caso objeto de estudio configura uno de los cuales la Corte Constitucional ha establecido que procede su estudio de fondo de manera excepcional por parte del juez de tutela.

Si ello resulta así, la Sala deberá pronunciarse en relación con la aplicación del literal a) del artículo 5° del decreto 1299 de 1994, en el momento de la emisión del bono pensional del demandante (antes de su declaratoria de inexecutable), teniendo en cuenta que al momento de expedirse la resolución mediante la que se ordena su pago, la mencionada norma había sido declarada inexecutable por la Corte Constitucional (C-734 de 2005). De conformidad con lo establecido respecto de los efectos en el tiempo de la sentencia C-734 de 2005, se analizará la presunta vulneración de los derechos fundamentales del actor, a partir de la motivación de la Resolución N° 3376 del 30 de marzo de 2006, por medio de la cual autoriza el pago del cupón principal a cargo de la Nación en el bono del demandante, por un valor correspondiente a la aplicación de la formula contenida en la norma que derogó el artículo declarado inexecutable.

Reglas jurisprudenciales de procedibilidad de la tutela para ordenar la forma de liquidar o reliquidar una pensión. Reiteración de Jurisprudencia.

4.- La Corte ha establecido de manera estricta las reglas que delimitan el carácter excepcional de la procedencia de la tutela para efectos de ordenar por medio de ella tanto liquidar o reliquidar una pensión o un bono pensional, como la forma de hacerlo; por ello, el juez constitucional debe determinar en estos casos la real afectación de los derechos fundamentales y de conformidad con ello la procedencia de la acción de tutela.¹

5.- Así pues, de manera general respecto el reconocimiento de la pensión o del

cuestionamiento de los actos que la reconocen la excepcionalidad de la acción de tutela como medio judicial idóneo para lograrlo, tiene como premisa de partida la improcedencia prima facie de este medio para dicho fin. La Corte “[h]a reiterado especialmente que en este tipo de controversias relacionadas con la seguridad social, el ordenamiento jurídico ha diseñado los mecanismos judiciales y administrativos para ello². Particularmente, la jurisdicción laboral y la contencioso administrativa, según sea el caso, son los ámbitos propicios para desplegar integralmente estos debates”.³

Así, la excepcionalidad se ha fundamentado entonces en las características especialísimas que se presentan en casos de erróneo reconocimiento o no reconocimiento de la pensión, en relación con otros derechos fundamentales. Ha dicho este Tribunal Constitucional que, “...dado que en las reclamaciones cuyo objeto de debate es una pensión de jubilación y quienes presentan la solicitud de amparo son, generalmente, personas de la tercera edad, debe tomarse en consideración al momento de analizar la posible vulneración de derechos fundamentales, la especial protección constitucional que las comprende. No obstante, el sólo hecho de estar en esta categoría (tercera edad) no torna automáticamente procedente la protección, debe demostrarse también que el perjuicio sufrido afecta o es susceptible de vulnerar los derechos a la dignidad humana⁴, a la salud⁵, al mínimo vital⁶ o que la morosidad de los procedimientos ordinarios previstos para el caso concreto hace ineficaz en el tiempo el amparo específico. Sólo en estos eventos la acción de tutela desplaza de manera transitoria el mecanismo ordinario de defensa, en tanto el mismo pierde eficacia frente a las particulares circunstancias del actor en el caso concreto”.⁷ [Énfasis fuera de texto]

6.- La correcta y eficaz utilización de la acción de tutela, al tenor de su configuración constitucional en el artículo 86 de la Carta, ha llevado a la Corte Constitucional a establecer su procedencia para ordenar el reconocimiento o reajuste de las mesadas pensionales, únicamente en cumplimiento de cada uno de los siguientes requisitos:

a) Que la persona interesada haya adquirido el status de jubilado, o lo que es igual, que se le haya reconocido su pensión.⁸

b) Que el jubilado haya actuado en sede administrativa; es decir, que haya interpuesto los recursos de vía gubernativa contra el acto que reconoció la pensión, haya presentado la solicitud de reliquidación ante el respectivo fondo de pensiones o, en igual medida, requerido

a la respectiva entidad para que certifique su salario real y ésta se hubiere negado.⁹

c) Que el jubilado haya acudido a las vías judiciales ordinarias para satisfacer sus pretensiones, se encuentre en tiempo de hacerlo o, en su defecto, demuestre que ello es imposible por razones ajenas a su voluntad.¹⁰

d) Que el jubilado acredite las condiciones materiales que justifican la protección por vía de tutela, esto es, su condición de persona de la tercera edad, que la actuación resulta violatoria de sus derechos fundamentales como la dignidad humana, la subsistencia, el mínimo vital y la salud en conexidad con la vida u otras garantías superiores, y que el hecho de someterla al trámite de un proceso ordinario hace más gravosa su situación personal.¹¹

7.- De manera general, las mismas reglas se han aplicado respecto de los bonos pensionales en particular. Por ejemplo, cuando se busca mediante acción de tutela “la emisión de bonos pensionales, ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Corporación¹² en el sentido de que cuando la dilación en la emisión del bono pensional impide el acceso a la pensión de jubilación procede excepcionalmente la acción de tutela para lograr la protección del derecho a la seguridad social por conexidad con el derecho al mínimo vital y el derecho a la dignidad humana. Esta Corporación ha sostenido:“(…) que en aquellos casos en los que la liquidación y remisión de bonos pensionales constituye fundamento para que se consolide y reconozca una pensión de jubilación, procede excepcionalmente la acción de tutela para proteger derechos como la vida, el del mínimo vital y la seguridad social de quien cumpliendo con los requisitos de ley para obtenerla, queda sometido a una prolongada e indefinida espera con ocasión del trámite para la expedición del bono pensional¹³” (cita de la sentencia original; subraya fuera del texto original).¹⁴ [T-147 de 2006]

Así pues, la Corte ha sido enfática en afirmar que “la jurisprudencia tiene establecido que la acción de tutela sólo procede para discutir la liquidación y emisión del bono pensional cuando éste constituye el elemento fundamental para que se consolide el derecho a la pensión de jubilación. En otras palabras, cuando el reconocimiento de la pensión depende de la expedición del bono pensional y ésta prestación constituye el medio para preservar el mínimo vital de los aspirantes a ser pensionados, el juez de tutela puede ordenar la emisión del título valor¹⁵ o el cumplimiento de los distintos trámites pertinentes para impulsar su liquidación y emisión¹⁶.” [T-968 de 2006]

8.- En el caso objeto de revisión, se encuentra que la discusión relativa a cuál de las formulas debe ser la que se aplique para liquidar el bono pensional del demandante, tiene una importante incidencia en la configuración de su derecho al mínimo vital. Esto, en tanto en su condición de pensionado, así como por su edad, la prestación que pretende garantizar el bono en mención se constituye en el medio para preservar su mínimo vital. En un análisis no sólo cualitativo, sino también cuantitativo, encuentra la Sala que según se aplique una u otra formula de liquidación, el monto del bono pensional asciende o decrece casi en un 50% (los dos valores son: \$396.211.000 y \$776.178.000), lo que aumenta significativamente el riesgo de vulnerar los derechos fundamentales del ciudadano pensionado.

Pese a que lo anterior parecería ser un argumento precario en relación con las estrictas reglas jurisprudenciales que autorizan la procedencia de la acción de tutela para establecer la forma en que se ha de liquidar un bono pensional, lo cierto es que el presente caso es en suma un caso especialísimo. Su relevancia constitucional viene dada sobre todo, porque la motivación de la OBP para liquidar el bono del usuario, a partir de una formula que obra en detrimento del tutelante, se relaciona con los efectos en el tiempo de las sentencias de control de constitucionalidad dictadas por la Corte Constitucional, sobre normas que contienen derechos constitucionales, tales como las prestaciones en materia de seguridad social.

La importancia del control de constitucionalidad de disposiciones jurídicas cuyo contenido normativo estipula regulaciones que directamente afectan prestaciones del derecho constitucional a la seguridad social, cobran relevancia constitucional para el juez de amparo. Esto, en la medida en que el carácter abstracto del control por vía del análisis de constitucionalidad a las normas, se debe reflejar coherentemente en el control por vía de aplicación de las mismas. Esto refuerza sin duda la posibilidad de que el presente tema pueda ser resuelto por el juez de amparo.

En relación con la incidencia de la sentencia C-734 de 2005 en la forma de liquidar el bono pensional del demandante, la Sala hará referencia a continuación a las líneas jurisprudenciales al respecto.

Los efectos pro futuro de las sentencias de inexequibilidad en general y de la sentencia C-734 de 2005 en particular, y la situación de las personas que libremente optaron por pasar

del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad. Reiteración de jurisprudencia.

9.- Tal como se señaló en el acápite correspondiente, la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público –OBP-, sostiene que a raíz de la sentencia C-734 de 2005 los bonos pensionales emitidos bajo la vigencia del literal a) del artículo 5° del Decreto 1299 de 1994, deben ser reliquidados bajo la formula del lit a) del artículo 117 de la Ley 100 de 1993. Esto, por cuanto el primero de los artículos fue declarado inexecutable por la sentencia en cuestión, lo cual supone la aplicación de la tesis de la reincorporación de la norma derogada por aquella posteriormente declarada inexecutable. La Sala se ocupará del anterior planteamiento. Para ello reiterará los criterios jurisprudenciales que se fijaron en un caso similar (T-147 de 2006), en el que la OBP se negaba a emitir el bono pensional de un ciudadano, argumentando lo mismo que en el presente caso arguye para reliquidar el bono del actual demandante.

Se manifestó pues en sentencia T- 147 de 2006, lo siguiente:

“Primero, se recordarán las normas básicas sobre bonos pensionales para mostrar que son instrumentos típicos de un régimen de transición entre el sistema con prima media con prestación definida, anterior a la Ley 100 de 1993, y el sistema de ahorro individual con solidaridad, creado por dicha Ley. Luego se señalará lo que decidió la Corte en la sentencia C-734 de 2005 para mostrar que la ratio decidendi de la inexecutableibilidad fue un vicio de competencia y no un vicio de fondo, y que dicho fallo rige hacia el futuro. Finalmente, se indicará cual es el régimen aplicable para la emisión de bonos pensionales en este caso.

(...)

La definición y regulación de los bonos pensionales indica que estos son instrumentos diseñados para hacer efectivos los derechos de quienes optaron libremente por trasladarse del régimen de prima media al de ahorro individual. De acuerdo con lo establecido en el Artículo 1 del Decreto 1748 de 1995, los bonos modalidad 2 y los tipo A se definen así:

<Modalidad 2 (bonos de). Nombre dado a los bonos tipo A que se expiden a favor de los trabajadores cuya primera vinculación laboral válida se inició antes del 1 de julio de 1992>.

<Tipo A (bonos pensionales). Designación dada a los bonos regulados por el Decreto-Ley 1299 de 1994 que se expiden a aquellas personas que se trasladen al régimen de ahorro individual con solidaridad>.

Cuando se trata de Bonos Pensionales y Cuotas Partes a Cargo de la Nación, cuya redención ocurrirá en una fecha posterior,¹⁷ el Artículo 121 de la Ley 100 de 1993 establece:

<La Nación expedirá un instrumento de deuda pública nacional denominado Bono Pensional, de la naturaleza y con las características señaladas en los artículos anteriores, a los afiliados al Sistema General de Pensiones, cuando la responsabilidad corresponda al Instituto de Seguros Sociales, a la Caja Nacional de Previsión Social, o a cualquiera otra caja, fondo o entidades del sector público sustituido por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, y asumirá el pago de las cuotas partes a cargo de estas entidades.

“Los bonos a cargo de la Nación se expedirán con relación a los afiliados con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente Ley y sobre el valor de la deuda imputable con anterioridad a dicha fecha>.

En cuanto a la determinación de la fecha base -FB- y el salario base para proceder a la liquidación de los Bonos Tipo A modalidad 2, los mismos se encuentran establecidos en los artículos 27 y 28 del decreto 1748 de 1995. Por su parte, el Decreto 1299 de 1994 establece las normas para la emisión, redención y demás condiciones de los bonos pensionales.¹⁸ En su Artículo 3 se establecen las reglas para determinación del valor base del bono pensional, para cuyo cálculo se toma como referente el salario base de liquidación para la pensión de vejez de referencia, de que trata el Artículo 5 del mismo Decreto.

En el Artículo 5 se establecen las reglas para la liquidación de la pensión de vejez de acuerdo a la condición del cotizante. Así, el literal a) del Artículo 5 establecía que:

<a). Tratándose de personas que estaban cotizando o que hubieren cotizado al ISS o a alguna caja o fondo de previsión del sector público o privado, el salario o el ingreso base de liquidación será el salario devengado con base en normas vigentes al 30 de junio de 1992, reportado a la respectiva entidad en la misma fecha, o el último salario o ingreso reportado antes de dicha fecha, si para la misma no se encontraba cotizando>.

El anterior literal fue declarado inexecutable por parte de la Corte Constitucional mediante Sentencia C-734 de 2005 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), al considerar que en su expedición se excedieron las facultades extraordinarias concedidas al Presidente de la República en el Artículo 139 de la Ley 100 de 1993 <las cuales se concedieron, única y exclusivamente, para expedir normas relacionadas con la emisión, redención y transacción en el mercado secundario de los bonos pensionales, y para señalar las condiciones de su expedición a quienes se trasladen del régimen de prima media al de capitalización individual> (Sentencia C-734 de 2005).”¹⁹

En relación con lo anterior, y para mayor claridad metodológica, la coincidencia temática entre el contenido de los artículos 21 y 117 de la Ley 100 y el literal a) del artículo 5° del Decreto-ley 1299 de 1994, fue presentada en la sentencia citada en un cuadro comparativo, como sigue:

Ley 100 de 1993

Decreto 1299 de 1994

ARTICULO 21. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre las cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expide el DANE.

ARTICULO 117. Valor de los Bonos Pensionales. Para determinar el valor de los bonos, se establecerá una pensión de vejez de referencia para cada afiliado, que se calculará así:

a) Se calcula el salario que el afiliado tendría a los sesenta (60) años si es mujer o sesenta y dos (62) si es hombre, como el resultado de multiplicar la base de cotización del afiliado a 30 de junio de 1992, o en su defecto, el último salario devengado antes de dicha fecha si para la misma se encontrase cesante, actualizado a la fecha de su ingreso al Sistema según la variación porcentual del índice de precios al consumidor del DANE, por la relación que exista entre el salario medio nacional a los sesenta (60) años si es mujer o sesenta y dos (62) si es hombre, y el salario medio nacional a la edad que hubiere tenido el afiliado en dicha fecha.

Dichos salarios medios nacionales serán establecidos por el DANE:

b) El resultado obtenido en el literal anterior, se multiplica por el porcentaje que resulte de sumar los siguientes porcentajes:

Cuarenta y cinco por ciento, más un 3 % por cada año que exceda de los primeros 10 años de cotización, empleo o servicio público, más otro 3 % por cada año que faltare para alcanzar la edad de sesenta (60) años si es mujer o sesenta y dos (62) si es hombre, contado desde el momento de su vinculación al sistema.

La pensión de referencia así calculada, no podrá exceder el 90 % del salario que tendría el afiliado al momento de tener acceso a la pensión, ni de 15 salarios mínimos legales mensuales.

ARTICULO 5o. Salario base de liquidación para la pensión de vejez de referencia. Para los efectos de que trata el literal a. del artículo anterior, se entiende por salario base de

liquidación para calcular la pensión de vejez de referencia del afiliado:

a). Tratándose de personas que estaban cotizando o que hubieren cotizado al ISS o a alguna caja o fondo de previsión del sector público o privado, el salario o el ingreso base de liquidación será el salario devengado con base en normas vigentes al 30 de junio de 1992, reportado a la respectiva entidad en la misma fecha, o el último salario o ingreso reportado antes de dicha fecha, si para la misma no se encontraba cotizando.

10.- A partir de lo anterior, se establecieron las reglas jurisprudenciales (T-147 de 2006) relativas a los efectos de la sentencia C-734 de 2005, en relación con la validez de la aplicación del lit. a) del artículo 5 del Decreto 1299 de 1994 declarado inexecutable, para la liquidación de bonos pensionales. Dichas reglas fueron reiteradas y sistematizadas en sentencia T-801 de 2006:

“- No puede sostenerse que por efecto de la Sentencia C-734 de 2005 se hubiese producido un vacío normativo para hacer efectivo el derecho a la emisión del bono pensional, habida cuenta de que la norma declarada inexecutable estuvo vigente hasta la expedición de esa Sentencia, a la cual no se le pueden conferir efectos retroactivos por las autoridades administrativas. Lo anterior sin perjuicio de que el Congreso de la República, dentro del marco de configuración legislativa que le es propio, expida normas para regular el tema, pero sin que, mientras lo hace, pueda sostenerse que no hay normatividad aplicable.

- El derecho a la emisión del bono pensional no nace con la formulación de la petición por parte del interesado o de la AFP a la cual el mismo se encuentre afiliado. Dicho derecho fue creado por el legislador y radicado en cabeza de todas las personas que cumplen determinados requisitos y deciden trasladarse del sistema de prima media al sistema de ahorro individual.²⁰ Por lo tanto, el derecho al bono pensional se adquiere desde el mismo momento del traslado al régimen de ahorro individual, y la liquidación y emisión deberá realizarse conforme con la normatividad aplicable en ese momento.

- De lo anterior se deduce que no es posible aplicar de manera retroactiva la Sentencia C-734 de 2005 y que las personas que tenían derecho a la emisión del bono conforme a las reglas vigentes al momento de su traslado de un sistema a otro, no han perdido ese

derecho.

- En la Sentencia T-147 de 2006, la Corte, después de precisar que la ratio decidendi de la Sentencia C-734 de 2005 es la existencia de un vicio de competencia consistente en que el Presidente de la República se excedió en el ejercicio de las facultades extraordinarias y que en dicho fallo no se expresaron razones atinentes a una inconstitucionalidad material de los contenidos del literal a) del Artículo 5º del Decreto Ley 1299 de 1994, señaló que debe tenerse en cuenta que <(…) las sentencias de constitucionalidad rigen hacia el futuro por regla general, de forma que sólo tienen efectos retroactivos cuando la Corte expresamente le confiere a su sentencia alcances hacia el pasado, lo cual ha sucedido de manera excepcional, cuando en casos concretos se demuestra que están en juego valores constitucionales más importantes que la propia seguridad jurídica.>” 21.

Agregó la Corte que como quiera que en la parte resolutive de la Sentencia C-734 de 2005 no se previeron efectos retroactivos para el fallo, no se han afectado las situaciones pasadas consolidadas, circunstancia que se predica no solo respecto de aquellas personas a quienes se les había emitido el bono con anterioridad a la Sentencia C-734 de 2005, sino también en relación con aquellas personas a las cuales no se les había emitido el bono, pero que adquirieron el derecho desde el momento en el cual se trasladaron del sistema de prima media al de ahorro individual con solidaridad.

Lo anterior quiere decir que no obstante que la Sentencia C-734 de 2005 dejó sin efecto la norma que establecía la forma de liquidar el bono pensional de aquellas personas que devengaban un salario mayor al límite máximo de cotización y se trasladasen del régimen de prima media al de ahorro individual, dado que la misma no tiene carácter retroactivo, la situación de quienes se hubiesen trasladado al régimen de ahorro individual con anterioridad a esa providencia debe mantenerse en las condiciones previstas en el literal a) del artículo 5 del Decreto 1299 de 1994, es decir que para establecer el ingreso base de liquidación del bono pensional debe acudirse al salario devengado a 30 de junio de 1992.” [Énfasis fuera de texto]

11.- De lo anterior se concluye para el caso objeto de estudio, que el lit. a) del artículo 5 del Decreto 1299 de 1994 estuvo vigente desde la fecha de su expedición²² (22 de junio de 1994), hasta la fecha de la sentencia C-734 de 2005 en los términos en los que lo ha

establecido la Corte²³ (14 de julio de 2005). Dicha vigencia implica que al emitirse el bono en dicho intervalo de tiempo, o incluso al trasladarse el usuario del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual en el mismo intervalo, la formula para liquidar el bono es la establecida en lit. a) del artículo 5 en mención.

Ahora bien, ello implica igualmente que si la emisión del bono se dio en vigencia de la norma declarada inexecutable y su redención después de la declaratoria de inexecutable, como es el caso, la alteración de la formula de liquidación implica adjudicarle efectos retroactivos a la sentencia C-734 de 2005. Situación no posible por expresa disposición no sólo de las normas legales que regulan los efectos de las sentencias de control de constitucionalidad, sino de la jurisprudencia misma de la Corte, según la cual las excepciones a ello deben ser explícitamente consignadas en las respectivas sentencias, cosa que no ocurrió en la C-734 de 2005 referida.

A la luz de los anteriores criterios se analizará el caso objeto de revisión.

Caso concreto.

12.- La Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda - OBP-, mediante Resolución 1972 del 29 de marzo de 2004, emitió el bono pensional del señor Eduardo Méndez calculado a partir del ingreso base de liquidación equivalente a \$1.303.800, esto es, a partir del último salario devengado a 30 de junio de 1992, tal como lo establece el lit. a) del artículo 5º del Decreto 1299 de 1994. Posteriormente, mediante Resolución N° 3376 del 30 de marzo de 2006, por medio de la cual ordena el pago a la AFP Protección S.A del cupón principal a cargo de la Nación en el bono (y a propósito de que el 8 de marzo de 2006, el señor Méndez llegó a los sesenta y dos (62) años de edad), éste se calculó a partir del ingreso base de liquidación equivalente a \$665.070, esto es, a partir del último salario cotizado a 30 de junio de 1992, según lo ordena el lit. a) del artículo 117 de la Ley 100 de 1993.

Para el efecto, en la misma Resolución 3376 de 2006 se estableció en artículo primero de su parte resolutive (Cuad 1. Fl 32), que el monto del bono tomando como ingreso base de liquidación el último salario devengado (lit. a) art 5º D. 1299/94), equivale a \$ 776.178.000 (setecientos setenta y seis millones ciento setenta y ocho pesos). Mientras que, su artículo segundo, dispuso que el monto del bono del ciudadano demandante, tomando como ingreso base de liquidación el último salario cotizado, equivale \$ 396.211.000 (trescientos noventa y

seis millones doscientos once pesos). Ahora bien, continúa el mencionado artículo segundo de la Resolución 3376 en cuestión: “de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente resolución, relacionado con el fallo de la Honorable Corte Constitucional mediante sentencia C-734 de 2005, se autoriza a la AFP PROTECCIÓN S.A para que del valor recibido según el artículo primero de esta resolución [esto es \$ 776.178.000] consigne en la cuenta de ahorro individual del beneficiario del bono la suma de \$396.211.000 (trescientos noventa y seis millones doscientos once pesos), valor correspondiente al cupón principal reliquidado con el salario base sobre el cual cotizó al ISS, el señor MENDEZ EDUARDO a junio 30 de 1992”.

De tal manera, que la OBP ha retenido el valor correspondiente a la diferencia entre el resultado de la liquidación del bono según la aplicación de la formula del lit a) del artículo 117 de la Ley 100 de 1993, en detrimento de la aplicación de la formula del lit a) del artículo 5° del Decreto 1299 de 1994. Y, lo ha justificado en que no es claro el efecto que la declaratoria de inexequibilidad del segundo literal citado, tiene sobre el cálculo del bono al que tiene derecho el demandante.

Vulneración de los derechos fundamentales

13.- De conformidad con lo anterior, para esta Sala de Revisión es claro que se ha vulnerado el derecho al debido proceso del señor Méndez por parte de la OBP, por cuanto habiéndose emitido el bono el 29 de marzo de 2004 (Res. 1972), no cabe la menor duda que el lit. a) del artículo 5° del Decreto 1299 de 1994 estaba vigente. La sentencia que declaró la inexequibilidad de la misma norma (C-734 de 2005), es posterior (14 de julio de 2005) al momento en que se emitió el bono. Pretender que la liquidación realizada a la luz de una norma vigente en el 2004 al emitirse el bono, no se aplique porque en el 2005 fue declarada inexequible, es igual a adjudicarle efectos retroactivos a la sentencia de inexequibilidad en mención. Tal como se explicó, lo anterior no es posible en el caso de la C-734 de 2005.

De otro lado, el análisis errado de la OBP respecto de cuál formula aplicar para liquidar el bono del demandante, trajo como consecuencia que el monto se redujera casi en un 50 %, lo cual sin duda amenaza el derecho al mínimo vital del actor; pues su condición de pensionado, como de persona de 62 años, hace que tanto la prestación misma contenida en el derecho al bono pensional, así como su monto, constituya la parte más importante de su

derecho al mínimo vital.

14.- De igual manera, no es una razón válida en el presente caso aquella según la cual no es posible reconocer el bono pensional en el monto que arroja su liquidación con base en una norma que fue declarada inexecutable -precisamente en fecha posterior a la mencionada liquidación-, porque no es claro el efecto de la sentencia de inexecutable. Esto por cuanto las aclaraciones que la entidad demandada echa de menos fueron alegadas desde la demanda de tutela, mediante la referencia a las sentencias T-147 de 2006 y T-801 de 2006. La OBP hace caso omiso a las reglas jurisprudenciales establecidas de manera clara en las sentencias de revisión de tutela citadas; de igual manera vulnera el derecho fundamental al debido proceso y amenaza el derecho fundamental al mínimo vital del demandante.

Tampoco resulta admisible fundamentar la falta de claridad respecto de los efectos de la sentencia C-734 de 2005, en que las sentencias de tutelas de la Corte a las que se ha hecho mención, no son sentencias de unificación, y afirmar que por ello la duda planteada no está aún solucionada. En primer término, pese a que las sentencias T-147 de 2006 y T-801 de 2006 no son de unificación, tienen efecto vinculante como precedente para jueces y para autoridades administrativas. La Corte Constitucional como Tribunal vértice de la jurisdicción constitucional, es quien unifica la jurisprudencia en materia de tutela, y sus fallos no pueden ser desconocidos so pena de vulnerar el principio igualdad e incurrir en dar soluciones jurídicas distintas a casos similares. Y, ello en nada se relaciona con el hecho de que la sentencia sea una de unificación o una de Sala de Revisión.

La unificación que solicita la accionada, cuya supuesta necesidad es la justificación que se plasma en la Resolución N° 3376 del 30 de marzo de 2006 para no aplicar los criterios jurisprudenciales ya existentes y vigentes, tendría sentido si existiesen criterios jurisprudenciales disímiles sobre el tema en las distintas salas de revisión de la Corte Constitucional. En dicho caso sería entendible la falta de claridad al respecto de los efectos de la sentencia C-734 de 2005, pero ni ello ha sido así hasta el momento, ni el demandado pretende demostrarlo.

No es pues una razón válida ni suficiente que se pretenda tener claridad sobre criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional, únicamente mediante sentencia de unificación; o que se afirme que sólo dichas sentencias determinan las líneas jurisprudenciales de la Corte,

cuando no hay una clara contradicción entre los fallos de las salas de revisión, para casos muy similares.

15.- Los anteriores son pues argumentos suficientes para conceder el amparo al tutelante, en el sentido que no sólo se le reconozca sino que se ordene el pago de su bono pensional en el monto que arroje la liquidación hecha con base en lit. a) del artículo 5° del Decreto 1299 de 1994, plenamente vigente al momento de su emisión (mediante Res. 1972 del 29 de marzo de 2004).

16.- Ahora bien, conviene hacer referencia a dos puntos importantes en relación con el sentido de la orden de la presente tutela. El primero de ellos tiene que ver con el hecho que el actor solicitó igualmente que se ordenará al ISS el cumplimiento de la obligación consistente en pagar la cuota parte correspondiente a su bono, en razón a que Protección S.A se lo había solicitado (al ISS) sin recibir respuesta alguna. Sobre ello, encontró la Sala que los jueces de instancia concedieron el amparo y el ISS no se pronunció en ninguna de ellas para controvertir o impugnar dicho incumplimiento. Por ello se confirmará la orden al ISS de resolver en forma definitiva la solicitud en mención, si es que aún no la ha hecho.

En segundo término, la OBP alegó en la impugnación de la sentencia de tutela de primera instancia, que se encuentran inconsistencias en el reporte de la historia laboral del actor, por lo cual se debía permitir a la OBP reliquidar el bono de conformidad con la actualización que el mismo ISS hizo de dicha historia. Lo anterior, se alegó en su momento como una consecuencia cuyos efectos no había anticipado el juez de tutela de primera instancia, que a su vez podría repercutir en detrimento de los procedimientos propios para liquidar y depurar en forma adecuada el bono del tutelante.

Al respecto considera esta Sala, que los procedimientos propios para la liquidación y depuración de los bonos pensionales no son el objeto de la presente tutela, ni de la solicitud del demandante. Por ello, la orden consistente en que la OBP debe autorizar el pago efectivo del bono del señor Méndez en el monto equivalente al resultado de su liquidación con base en la norma vigente al momento de su emisión, no hace nugatorios los procedimientos que conlleven a una reliquidación de bono en mención. Por ejemplo, en la hipótesis del demandado, cual es que el reporte de la historia laboral presenta supuestas inconsistencias y por ello debería ser reliquidado.

Se insiste en que ello no es objeto de estudio en el presente proceso, así como tampoco resulta incompatible, en caso de presentarse tal como se alega, con la orden que emitirá esta Sala; pues, el sentido de la orden es autorizar el pago del bono en el monto que arroje la liquidación con base en la norma vigente al momento de su emisión, y esto no implica que ante algún evento de otra índole, distinto a los criterios que se han fijado en esta sentencia, se obvien los procedimientos porque la Corte ha ordenado el pago del bono.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

SEGUNDO.- REVOCAR parcialmente la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral -, el 17 de enero de 2007 en segunda instancia, en la acción de tutela interpuesta por Eduardo Méndez contra la Oficina de Bonos Pensionales - OBP - del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Instituto de Seguros Sociales -ISS-, en lo relativo a la negativa del amparo de los derechos fundamentales invocados por el demandante, y en su lugar,

TERCERO.- CONFIRMAR parcialmente el fallo dictado por la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 30 de octubre de 2006 en primera instancia, en el mismo asunto, en el sentido de, ordenar que tanto el ISS para efectos de lo dispuesto en el numeral primero de la presente parte resolutive, como la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para la orden de pago del bono pensional del demandante, tengan en cuenta las consideraciones de la parte motiva de esta providencia en cuanto a la normatividad aplicable en el caso del accionante, de tal modo que el bono se liquide con base en el salario devengado al 30 de junio de 1992.

CUARTO.- ORDENAR que, cumplido lo anterior, en los términos de ley, la AFP PORVENIR S.A. reconozca y pague la pensión de vejez del accionante.

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

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado Ponente

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Cabe señalar, como se ha venido insistiendo recientemente por esta Corporación, que a propósito del ajuste terminológico consistente en replantear la tesis de las vías de hecho como causales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales [T-774 de 2004 de 2004, citada en la C-590 de 2005] - y que para el caso es aplicable a los pronunciamientos de las autoridades administrativas -, dichas causales encuentran sustento únicamente en la vulneración real de la Constitución. En la T-1216 de 2005 se dijo que "...el ajuste descrito trasciende de lo terminológico a lo conceptual. En primer lugar, se establece como fundamento esencial de las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias, la violación de la Constitución por parte del pronunciamiento en cuestión. Y segundo, se abandona la verificación mecánica de la existencia de tipos de defectos o de vías de hecho, por el examen material de las mencionadas causales de procedibilidad referente a la idoneidad para vulnerar la Carta de 1991." [Énfasis fuera de texto]

2 [Cita del aparte transcrito] Sobre el particular pueden verse las sentencias T-1316 de 2001, T-482 de 2001, T-977 de 2001, T-690 de 2001, T-256 de 2001, T-189 de 2001, T-163 de 2001, T-1116 de 2000, T-886 de 2000, T-612 de 2000, T-618 de 1999, T-325 de 1999, T-214 de 1999, T-718 de 1998, T-116 de 1998, T-009 de 1998, T.637 de 1997, T-456 de 1994 y

T-426 de 1992.

3 T-904 de 2004

4 [Cita del aparte transcrito] Ver, entre otras, las sentencias T-801 de 1998 y T-738 de 1998.

5 [Cita del aparte transcrito] Ver, entre otras, las sentencias T-443 de 2001, T-360 de 2001, T-518 de 2000 y T-288 de 2000.

6 [Cita del aparte transcrito] Ver, entre otras, las sentencias T-018 de 2001, T-827 de 2000, T-101 de 2000, SU-062 de 1999, T-313 de 1998 y T-351 de 1997.

7 T-904 de 2004. Ver también la sentencia T-076 de 2003: “Tratándose del reconocimiento o reliquidación de la pensión, la jurisprudencia viene considerando que, bajo condiciones normales, las acciones laborales – ordinarias y contenciosas- constituyen medios de impugnación adecuados e idóneos para la protección de los derechos fundamentales que de ella se derivan. No obstante, también ha sostenido que, excepcionalmente, es posible que tales acciones pierdan toda eficacia jurídica para la consecución de los fines que buscan proteger, concretamente, cuando una evaluación de las circunstancias fácticas del caso o de la situación personal de quien solicita el amparo constitucional así lo determina. En estos eventos, la controversia planteada puede desbordar el marco meramente legal y pasar a convertirse en un problema de índole constitucional, “por lo que el juez de tutela estaría obligado a conocer de fondo la solicitud y a tomar las medidas necesarias para la protección del derecho vulnerado o amenazado.”

8 Sentencias T-534 y T-1016 de 2001, T-620 y T-1022 de 2002

9 Sentencias T-189, T-470, T-634, T-1000 y T-1022 de 2002.

10 Sentencias T-634 y T-1022 de 2002

11 Sentencias T-049, T-620, T-634 y T-1022 de 2002.

12 [Cita del aparte transcrito] Sentencias T-671, T-773, T-775, T-887, y T-1565 de 2000; T-136 de 2001 entre otras.

13 [Cita del aparte transcrito] Sobre este tema pueden estudiarse, entre otras, las Sentencias T-1565 de 2000, T-136 de 2001 y T-235 de 2002.

14 [Cita del aparte transcrito] Sentencia T-050 de 2004. En esta tutela el accionante elevó derecho de petición ante la entidad demandada con el fin de solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por haber cumplido los requisitos de ley, solicitud que fue negada por estar pendiente la liquidación del bono pensional por parte del Municipio de San Vicente entidad territorial en la que el accionante prestó sus servicios.

15 Al respecto: sentencias T-1044 de 2001, T-577 de 1999, T-671 de 2000, T-491 de 2001.

16 Sentencia T-432 de 1999.

18 Cita del aparte transcrito] El Artículo 1 del Decreto 1299 de 1994 establece el campo de aplicación del mismo de la siguiente manera: “Artículo 1. Definición y campo de aplicación. 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.

El presente Decreto establece las normas necesarias para la emisión de los bonos pensionales, su redención, la posibilidad de negociarlos y las condiciones de los bonos pensionales, cuando éstos deban expedirse a los afiliados del Sistema General de Pensiones que se trasladen del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad”.

19 T-147 de 2006: “En efecto, al revisar la constitucionalidad del literal a) del Artículo 5 del Decreto 1299 de 1994, la Corte constató que el contenido material de la norma demandada ya había sido regulado de manera integral por el Congreso en los Artículos 21 y 117 de la Ley 100 de 1993. Al respecto, la Corte sostuvo: <Cabe destacar, además, que el contenido material de la norma acusada, esto es, la definición del salario base de cotización para la pensión de vejez de quienes venían cotizando al SS o a una caja o fondo del sector público o privado con anterioridad al 30 de junio de 1992, fue regulado directa e integralmente por el propio Congreso de la República en el texto de la ley habilitante, con lo cual se descarta de plano que dicho tema pudiera estar incluido en el ámbito material de las facultades extraordinarias otorgadas al Gobierno por intermedio del numeral 5° del artículo 139 de la

Ley 100 de 1993.

En efecto, la misma Ley 100 de 1993, en varias de sus disposiciones se ocupa integralmente del tema contenido en el literal a) del artículo 5° del decreto-Ley 1299 de 1994, así: (i) de manera general, en el artículo 21, al definir éste cual es el salario o ingreso base de liquidación para todas las pensiones previstas en dicha ley (entre las que se incluye por supuesto la pensión de vejez), y señalar que corresponde al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los últimos diez (10) anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si éste fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia. Y, concretamente, (ii) tratándose de la definición del salario base de cotización para la pensión de vejez de quienes venían cotizando al SS o a una caja o fondo del sector público o privado con anterioridad al 30 de junio de 1992, es el artículo 117 el que regula la materia, pues al referirse al valor de los bonos pensionales, señala que para reconocer la pensión de vejez se calcula el salario que el afiliado tendría a los sesenta (60) años si es mujer o sesenta y dos (62) si es hombre, como el resultado de multiplicar la base de cotización del afiliado a 30 de junio de 1992, o en su defecto, el último salario devengado antes de dicha fecha si para la misma se encontrase cesante, actualizado a la fecha de su ingreso al Sistema según la variación porcentual del índice de precios al consumidor del DANE, por la relación que exista entre el salario medio nacional a los sesenta (60) años si es mujer o sesenta y dos (62) si es hombre, y el salario medio nacional a la edad que hubiere tenido el afiliado en dicha fecha>.”

20 Esto sin perjuicio de los requisitos que se deben acreditar a fin de que se reconozca el bono pensional por traslado al régimen de ahorro individual, que actualmente se encuentran previstas en el Artículo 2 del Decreto 1299 de 1994, que establece:

“Artículo 2o. Requisitos para el reconocimiento del bono pensional por traslado al régimen de ahorro individual.

“Los afiliados al Sistema General de Pensiones, que seleccionen el régimen de ahorro individual con solidaridad para efectos del reconocimiento del bono pensional, deberán acreditar alguno de los siguientes requisitos:

“a). Que estén cotizando o hubieren efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales o las Cajas o Fondos del sector público;

“b). Que estén prestando servicios o hubieren prestado servicios al Estado o a sus entidades descentralizadas como servidores públicos del orden nacional, departamental, municipal o distrital, con vinculación contractual o legal y reglamentaria;

“c). Que estén prestando servicios mediante contrato de trabajo con empleadores del sector privado que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones, siempre que la vinculación laboral se encontrare vigente a la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993 se hubiere iniciado con posterioridad a la misma fecha;

“d). Que estén afiliados o hubieren estado afiliados a cajas de previsión del sector privado que tuvieran a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones legales.

“PARAGRAFO 1o. Los afiliados de que trata el literal a del presente artículo que al momento del traslado hubiesen cotizado menos de ciento cincuenta (150) semanas continuas o discontinuas, no tendrán derecho a bono.

“Para efecto de contabilizar las semanas previstas en el presente párrafo se tendrá en cuenta, la suma del tiempo durante el cual el trabajador estuvo cotizando al ISS, a alguna caja o fondo de previsión del sector público, prestando servicios como servidor público, vinculado mediante contrato de trabajo a una empresa o empleador del sector privado que tenía a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, o afiliado a una caja o fondo de previsión del sector privado.

“PARAGRAFO 2o. No tendrán derecho a bono pensional las personas que cumplan alguno de los requisitos de que trata el presente artículo y hayan recibido o reclamado indemnización sustitutiva”.

21 [Cita del aparte transcrito] Ver entre otras las sentencias C-037 de 1994, C-387 de 1997; C-482 de 1998; C-870 de 1999; C-500 de 2001, S.P.V., C-415 de 2002.

22 Decreto 1299 del 22 de junio de 1994 (Diario Oficial # 41411 del 28 de junio de 1994)

23 Se ha sostenido que los efectos de la sentencia de inexequibilidad o de exequibilidad condicionada, se deben contar a partir del momento en que se informe de una determinada decisión, por los medios ordinarios adoptados por la Corte Constitucional, como por ejemplo el comunicado de prensa de la Presidencia de esta Corporación o la rueda de prensa

realizada por su Presidente. “En aras de salvaguardar la integridad y supremacía del Texto Constitucional y de asegurar la vigencia de la garantía fundamental de la seguridad jurídica, concluye, por una parte, que las sentencias de constitucionalidad producen efectos desde el día siguiente a su adopción, siempre y cuando sean debidamente comunicadas por los medios ordinarios adoptados por esta Corporación (Ley 270 de 1996, artículo 56), y por el otro, sujeta las instituciones de la notificación y el término de ejecutoria contados a partir de la desfijación del edicto (Decreto 2067 de 1991, artículo 16), para delimitar el plazo dentro del cual los ciudadanos pueden interponer el incidente de nulidad contra el fallo de constitucionalidad por vulnerar el debido proceso (Decreto 2067 de 1991, artículo 49).” [C-973 de 2004, reiterada en la C-577 de 2006]