

Sentencia T-483-09

Referencia: expediente T- 2.176.615

Accionante: César Julio Valencia Copete

Demandado: Cajanal

Magistrado Ponente:

DR. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

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

SENTENCIA

En el proceso de revisión de las sentencias de amparo proferidas los días 10 de noviembre de 2008 y 15 de enero de 2009 por el Juzgado 8 Penal del Circuito Especializado de Bogotá y la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de amparo adelantado por César Julio Valencia Copete contra Cajanal.

I. ACLARACIÓN PREVIA.

Inicialmente, el expediente de la referencia le fue repartido al Magistrado Nilson Pinilla Pinilla, quien mediante escrito del 28 de mayo de 2009 manifestó su impedimento por “tener interés en la actuación procesal”.

Los Magistrados Humberto Antonio Sierra Porto y Jorge Iván Palacio Palacio, por medio de auto del 8 de julio del presente año, aceptaron el mencionado impedimento, motivo por el cual el expediente pasó al conocimiento de la Sala Octava de Revisión.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos.

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

1. Manifiesta el accionante que el 22 de mayo de 2007 radicó ante CAJANAL una petición encaminada a que le reconociera y pagara la “pensión de jubilación especial a la que tengo derecho en mi calidad de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, por haber cumplido, estando en el cargo, los requisitos que para ello prevén la Ley 4ª de 1992, los decretos 104 y 1359 de 1993, 1293 de 1994 y 36 inciso 2º de la Ley 100 de 1993, es decir, haber cumplido cincuenta (50) años de edad y más de veinte (20) años de servicios continuos prestados en la rama judicial”.

1. Asegura que adjuntó a su solicitud la certificación según la cual ocupaba en aquel entonces el cargo de Magistrado de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, para el período entre el 1º de octubre de 2002 y el 30 de septiembre de 2010, así como las constancias que acreditan que ocupó otros cargos en el poder judicial y en el Ministerio Público.

1. Comenta que Cajanal, mediante resolución núm. 37419 del 6 de agosto de 2008, resolvió “reconocer y ordenar el pago a favor del señor VALENCIA COPETE CÉSAR JULIO ya identificado...una pensión mensual vitalicia de vejez, en cuantía de (\$11.954.981.38)”, de la cual se notificó personalmente el 21 de agosto de esa anualidad.

1. Frente a la anterior decisión, el accionante interpuso el correspondiente recurso de reposición, solicitándole a Cajanal revocar el acto administrativo, y en su lugar, dictar uno disponiendo lo siguiente:

“a) Como principal, de la “pensión vitalicia de jubilación” - que corresponde al régimen de pensión especial de los Congresistas y que es aplicable a los Magistrados de las Altas Cortes-, a la que tengo derecho como Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, de conformidad con lo previsto en la Ley 4ª de 1992, los Decretos 1359 de 1993, 104, 314, 361 y 1293 de 1994, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado aplicable a este caso, indicando que el tope mensual de dicha pensión es sin límite de cuantía, que el estatus de pensionado es a partir de 24 de agosto de 2001 y que la liquidación de la pensión corresponde al promedio del último año que por todo concepto devenguen los Congresistas en ejercicio, a la fecha en que se decrete la prestación, promedio dentro de la cual debían ser incluidos el sueldo básico, los gastos de representación, la prima de localización, la prima de vivienda, la prima de transporte, la prima de salud, la prima de navidad y toda otra asignación de la que gozaren.

Y también de la mesada adicional de junio y de diciembre de cada año, los reajustes o reliquidaciones que en adelante correspondan a esta pensión y los intereses moratorios en caso de falta de pago de la totalidad del monto adeudado.

b) Como subsidiaria, es decir, para la eventualidad de que no se me concediera la anterior, de “una pensión ordinaria vitalicia de jubilación”, sin aplicación de tope al monto de la mesada pensional, “equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que” el suscrito “hubiera devengado en el último año de servicio”, en la actividad judicial, de conformidad con el régimen especial y de transición de la Rama Judicial y del Ministerio Público, y con arreglo a los artículos 6º del decreto 546 de 1971 y 36, inciso 2º de la ley 100 de 1993, en cuya liquidación se incluirán todos los factores salariales certificados, esto es la asignación básica mensual, los gastos de representación, la prima especial de servicios, la prima de navidad y toda asignación de la que gozare. Igualmente de la mesada adicional de junio y de diciembre de cada año, los reajustes o reliquidaciones que en adelante correspondan a esta pensión y los intereses moratorios en caso de falta de pago de la totalidad del monto adeudado”

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

“Primera. DECLARAR que la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL CAJANAL-EICE, en la resolución 37419 de 6 de agosto de 2008 - o 27 de junio de 2008, como también figura en ese acto-, así como al dejar de resolver el recurso de reposición interpuesto de manera oportuna contra dicha resolución, incurrió y viene incurriendo en vía de hecho.

Segunda. TUTELAR de manera inmediata y definitiva al suscrito los derechos constitucionales fundamentales a la igualdad, al debido proceso, a la subsistencia digna, a la vida, al mínimo vital, de petición y a la propiedad en tanto me desconoce un derecho adquirido desde cuando reuní todos los requisitos para acceder a la pensión, conjunta o separadamente, que el gerente general de CAJANAL-EICE quebrantó y sigue violando a través de aquella vía de hecho, así como cualquier otro que, a su juicio, resulte violado o amenazado con dicho proceder.

Tercera. Como consecuencia de lo anterior, ORDENARLE a CAJANAL-EICE, representada por su gerente general, doctor AUGUSTO MORENO BARRIGA o por quien haga sus veces, que REVOQUE la resolución 37419 de 6 de agosto de 2008 - o 27 de junio de 2008, como también figura en ese acto- mediante la cual reconoció mi pensión con fundamento en las normas de la ley 100 de 1993, y EXPIDA, en su lugar, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, una nueva resolución en la que me reconozca y disponga el pago a mi favor de la pensión vitalicia de jubilación, que corresponde al régimen de pensión especial de los congresistas y que es aplicable a los Magistrados de las Altas Cortes, así como el reconocimiento y pago de la mesada adicional de junio y de diciembre de cada año, los reajustes o reliquidaciones que en adelante correspondan a esta pensión y los intereses moratorios en caso de falta de pago de la totalidad del monto adeudado, a lo que tengo derecho como Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

2. Respuesta de la entidad accionada.

Cajanal se abstuvo dar respuesta a la petición de amparo.

3. DECISIONES JUDICIALES.

1. Primera instancia.

El Juzgado 8º Penal del Circuito Especializado de Bogotá, mediante sentencia del

10 de noviembre de 2008, decidió amparar el derecho fundamental de petición del accionante, ordenándole a Cajanal que, dentro de las 48 horas siguientes resolviera el recurso de reposición interpuesto contra la resolución 37419 del 6 de agosto de 2008.

Por el contrario, consideró improcedente el amparo en relación con la supuesta vulneración a los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, a la seguridad social y al mínimo vital, por cuanto Cajanal todavía no había resuelto el mencionado recurso.

2. Impugnación.

En el escrito de impugnación, el accionante alega que, con fundamento en la abundante jurisprudencia que citó, acompañada de los correspondientes textos legales, demostró que Cajanal había incurrido en una vía de hecho administrativa al momento de proferir la resolución núm. 37419 del 6 de agosto de 2008, por cuanto aquella dejó de aplicar el régimen vigente para los Magistrados de las Altas Cortes y los funcionarios de la Rama Judicial, además que tampoco resolvió el recurso de reposición interpuesto en término.

Agrega que carece de importancia el hecho que Cajanal no hubiese todavía resuelto el mencionado recurso, por cuanto se está ante una evidente arbitrariedad, consistente en inaplicar el régimen pensional que cobija a los Magistrados de las Altas Cortes.

Por último, señala que la Corte Constitucional en sentencias T- 456 de 1994 y T-463 de 1995 afirmó que “la homologación entre ex magistrados y ex congresistas en lo concerniente a la pensión de jubilación, debe hacerse efectiva respecto de todos los ex magistrados pensionados en cualquier tiempo, pues no hacerlo, conlleva también la violación al derecho fundamental a la igualdad”.

3. Segunda instancia.

La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, mediante sentencia del 15 de enero de 2009 decidió lo siguiente:

“PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia de origen, fecha y naturaleza reseñados, de conformidad con las consideraciones plasmadas en precedencia.

SEGUNDO. ADICIONAR la sentencia de primera instancia en el sentido de TUTELAR con

carácter transitorio los derechos al debido proceso y a la seguridad social del ciudadano CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE, conforme a lo expresado en la anterior motivación. En consecuencia, ORDENAR a la Caja Nacional de Previsión Social que en el improrrogable término de cinco (5) días, contados a partir de la notificación de la presente decisión, proceda a emitir el correspondiente acto administrativo concretando el monto de la pensión a favor del actor con estricta sujeción a la Ley 4ª de 1992 y los decretos 1359 de 1993, 104 de 1994 y 47 de 1995, esto es, con el promedio del 75% del ingreso mensual que por todo concepto haya devengado durante el último año de servicios, absteniéndose de aplicar la limitante de la cuantía contemplada en el Decreto 510 de 2003.

TERCERO. PREVENIR al aquí demandante para que en el término de 4 meses contados a partir de la notificación de la presente decisión proceda a interponer la acción correspondiente ante la jurisdicción contencioso administrativa, si aún no lo ha hecho, so pena de que quede sin efectos el amparo otorgado”.

En cuanto a las principales consideraciones, conviene indicar que el ad quem estimó que el accionante no se encontraba obligado a interponer el recurso de reposición contra el acto administrativo cuestionado, por cuanto el artículo 9 del decreto 2591 de 1991 así lo permite.

Ahora bien, en lo atinente al fondo del asunto, la Sala consideró que en sede de tutela el juez constitucional puede adoptar las medidas transitorias que estime necesarias para la salvaguarda de los derechos fundamentales amenazados, “siempre y cuando, claro está, se establezca la relación de conexidad con un derecho fundamental, aspecto que, referido a la pensión de jubilación adquiere una especial connotación”.

Respecto al caso concreto, se indica en el fallo que “se acredita que el Doctor CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE, nació el 24 de agosto de 1951 y ha laborado en la Rama Judicial desde 1974, siendo su último cargo el de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, es decir, que para cuando entró a regir la ley contaba con mucho más de 10 años de servicios y tenía edad superior a 40 años, por lo que es ostensible que su pensión debe liquidarse conforme con lo preceptuado en la Ley 4 de 1992 y en los decretos 1359 de 1993, 104 de 1994 y 47 de 1995”.

A renglón seguido, el Tribunal cita algunos apartes de la sentencia SU- 975 de 2003, para concluir que Cajanal incurrió en una vía de hecho por cuanto inaplicó el régimen pensional pertinente.

III. PRUEBAS.

Obran en el expediente las siguientes pruebas documentales:

* Petición de amparo.

* Registro civil del accionante.

* Certificaciones de servicios prestados por el peticionario.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

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

2. Problema jurídico planteado.

El ciudadano César Julio Valencia Copete interpuso acción de tutela contra Cajanal, por estimar vulnerados sus derechos fundamentales de petición, seguridad social, debido proceso administrativo y mínimo vital, debido que la Entidad accionada expidió un acto administrativo mediante el cual se le reconoció su pensión de vejez, decisión que califica como una vía de hecho por cuanto inaplicó el régimen pensional especial que cobija a los Magistrados de Altas Cortes. Agrega que frente a la mencionada resolución interpuso en término el recurso de reposición, el cual no ha sido resuelto. La entidad accionada, por su parte, guardó silencio.

El juez de primera instancia amparó únicamente el derecho de petición, ordenándole a Cajanal que respondiera el referido recurso. Por el contrario, el Tribunal Superior de Bogotá

extendió el amparo transitorio a los derechos a la seguridad social y al debido proceso, ordenándole a la accionada que “en el improrrogable término de cinco (5) días, contados a partir de la notificación de la presente decisión, proceda a emitir el correspondiente acto administrativo concretando el monto de la pensión a favor del actor con estricta sujeción a la Ley 4ª de 1992 y los decretos 1359 de 1993, 104 de 1994 y 47 de 1995, esto es, con el promedio del 75% del ingreso mensual que por todo concepto haya devengado durante el último año de servicios, absteniéndose de aplicar la limitante de la cuantía contemplada en el Decreto 510 de 2003”.

En sede de revisión, el accionante remitió a la Corte un escrito precisando que solicita lo siguiente:

“Primero. CONFIRMAR el numeral primero (1) de la parte resolutive de la sentencia de segunda instancia de 15 de enero de 2009, dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Segundo. MODIFICAR el numeral segundo (2) de la parte resolutive de la sentencia de segunda instancia de 15 de enero de 2009, dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el sentido de ORDENAR que la tutela a mis derechos fundamentales al debido proceso, a la seguridad social y al mínimo vital allí dispuesta, es con carácter definitivo y no meramente transitoria.

Tercero. CONFIRMAR en la parte restante dicho fallo de segunda instancia.

Cuarto. DISPONER las demás medidas que ameriten esta acción de tutela de acuerdo con las circunstancias particulares y especiales de la misma.

Al respecto, argumenta que existen numerosas sentencias proferidas por la Corte Constitucional, en las cuales se han concedido amparos definitivos por casos semejantes al suyo tales como: T- 534 de 2001; T-887 de 2001; T- 235 de 2002; T- 470 de 2002; T- 571 de 2002; T- 631 de 2002; SU- 975 de 2003; T- 358 de 2004; T- 101 de 2008 y T-019 de 2009, entre otras muchas.

Merece la pena igualmente destacar que no reposa en el expediente resolución alguna del recurso de reposición interpuesto por el accionante ante Cajanal, lo cual evidencia

que la Entidad accionanda continúa desconociéndole los derechos fundamentales al peticionario.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“De la jurisprudencia transcrita, especialmente en la parte subrayada, que interpreta la normatividad vigente relativa al tema de la liquidación de pensiones de ex congresistas y reajuste de las mismas (distinto al aumento anual y automático que se lleva a cabo en el mismo porcentaje en que se aumente el salario mínimo legal²) cabe concluir válidamente, que en la actualidad los congresistas que lleguen a pensionarse, así como

los ya pensionados, deben de recibir todos una idéntica mesada pensional, equivalente al 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto perciban los congresistas en ejercicio.

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

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

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

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

4. Aplicabilidad de la normatividad y de la jurisprudencia relativas a pensiones de ex congresistas, en relación con los exMagistrados de las Altas Cortes. Reiteración de jurisprudencia.

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

“A los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado se les reconocerán las pensiones teniendo en cuenta los mismos factores salariales y cuantías de los senadores de la República y Representantes a la Cámara en los términos

establecidos en las normas legales vigentes.” (negritas y subrayados agregados).

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

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

Ley 4ª de 1992:

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

“Artículo 5°: Ingreso Básico para la liquidación pensional. Para la liquidación de las pensiones, así como para sus reajustes y sustituciones, se tendrá en cuenta el ingreso mensual promedio del último año que por todo concepto devenguen los Congresistas en ejercicio, a la fecha en que se decreta la prestación, dentro del cual serán especialmente incluidos el sueldo básico, los gastos de representación, la prima de localización y vivienda, prima de transporte, prima de salud, prima de navidad, y toda otra asignación de la que gozaren.”

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

“Artículo 7°. Definición. Cuando quienes en su condición de Senadores o Representantes a la

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

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

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

Aplicando las anteriores conclusiones al caso sometido ahora a la consideración de la Sala, ésta encuentra que, indudablemente, al actor le asiste el derecho a percibir una pensión de jubilación que no puede estar por debajo del límite mencionado. Si al hacer la liquidación inicial, en el momento del reconocimiento que se le hizo de la pensión - ocurrido en el año de 1993- no se tuvieron en cuenta las disposiciones pertinentes del Decreto 1359 de 1993, por la sencilla razón de no haber sido expedidas para ese momento, resulta obvio que el actor tiene derecho a la reliquidación que invoca, a fin de quedar en pie de igualdad con los ex congresistas a quienes se les ha reliquidado su pensión, y a los ex magistrados que igualmente obtuvieron el reconocimiento en las condiciones de la normatividad transcrita. Contribuye a llegar a esta conclusión, el hecho de que el Decreto 1359 de 1993 dispuso que el régimen pensional de los congresistas, y por homologación de los ex magistrados, - que indica el reconocimiento de una pensión no inferior al 75% del salario mensual promedio- se aplicaría a partir de la vigencia de la

Ley 4ª de 1992.

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

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

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

“Artículo 25. Los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, los Procuradores Delegados ante la Corte Suprema de Justicia y ante el Consejo de Estado, que a 1º de abril de 1994 desempeñaban sus cargos en propiedad y cumplían las condiciones previstas por el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, podrán pensionarse teniendo en cuenta los mismos factores y cuantías de los Senadores de la República y Representantes a la Cámara en los términos establecidos en las normas vigentes.

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

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

PRIMERO. Declárese la nulidad de la expresión “... que a 1º de abril de 1994 desempeñaban sus cargos en propiedad y cumplían las condiciones previstas por el inciso

2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, contenida en el primer inciso del artículo 25 del Decreto 043 de 1999.

En consecuencia, el citado artículo quedará así:

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

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

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

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

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

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

A partir de la expedición del Decreto 104 del 13 de enero de 1994 y hasta el año 1998 inclusive, el Gobierno Nacional expidió sucesivos decretos, reiterando que a los Magistrados de la Altas corporaciones de Justicia se les reconocerían las pensiones teniendo en cuenta los mismos factores salariales y cuantías que a los Senadores y

Representantes a la Cámara en los términos establecidos en las normas legales vigentes. (negritas agregadas).

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

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

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

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

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

Ley. (negritas agregadas).

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

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

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

Las razones que anteceden permiten concluir que la disposición acusada, expedida en el año 1999 se ocupe de una materia propia del legislador, estableciendo nuevos requisitos no consagrados en las normas superiores para la asimilación de los factores salariales y cuantías que se deben tener en cuenta para el cálculo de las pensiones de los Senadores y representantes a las que les corresponda devengar a los Magistrados de las Altas Cortes.

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

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

los congresistas, en los siguientes términos:

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

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

5. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos en materia pensional, como mecanismo definitivo. Reiteración de jurisprudencia.

De manera constante, la Corte ha considerado en relación con la procedencia de la acción de tutela como mecanismo efectivo para la protección de derechos fundamentales que podrían verse vulnerados o amenazados por mandamientos consagrados en actos emitidos por la administración, que por regla general aquélla no es adecuada para controvertirlos, sino que, por el contrario, la competencia se encuentra radicada en la jurisdicción contencioso administrativa. Sin embargo, en algunos casos excepcionales, esta Corporación ha considerado que el amparo procede como mecanismo definitivo de protección de derechos fundamentales, y no transitorio. Así, en sentencia T- 571 de 2002, el juez constitucional consideró lo siguiente:

“En consecuencia, la Corte ha determinado que el juez de tutela, debe aún en forma oficiosa, revisar el acto administrativo que niega el reconocimiento de una pensión para establecer si no se ha incurrido en una vía de hecho. Esto significa, que el juez de tutela para estudiar los casos de solicitud de reconocimiento de la pensión de jubilación, no puede reducir su análisis a las condiciones de cumplimiento del derecho de petición sino, debe evaluar en forma concomitante, si en la respuesta que le brinda la entidad

administradora de las pensiones al peticionario, no incurre en una vía de hecho al dilatar el goce efectivo de un derecho causado por razones ajenas al solicitante. (negritas y subrayados agregados).

En el mismo fallo, la Corte estableció los casos excepcionales en los cuales el amparo procede como mecanismo definitivo y no transitorio en materia pensional:

“Conforme a lo expuesto, es posible identificar en la jurisprudencia de la Corporación dos eventos en los cuales podrían configurarse vías de hecho en el acto administrativo proferido con ocasión de la solicitud pensional:

i. Cuando en el acto administrativo por medio del cual se define el reconocimiento de una pensión de jubilación se declara que el peticionario cumple con los requisitos establecidos por la ley para acceder al status de pensionado pero se le niega el reconocimiento del derecho por razones de trámite administrativo, por ejemplo la expedición del bono pensional.

ii. Cuando en el acto administrativo por medio del cual se define el reconocimiento de la pensión de jubilación se incurre en una omisión manifiesta al no aplicar las normas que corresponden al caso concreto o elige aplicar la norma menos favorable para el trabajador, en franca contradicción con la orden constitucional del principio de favorabilidad. Por ejemplo, cuando se desconoce la aplicación de un régimen especial o se omite aplicar el régimen de transición previsto en el sistema general de pensiones. Se configura la vía de hecho por omisión manifiesta en la aplicación de las normas porque al tratarse de derechos provenientes de la seguridad social son irrenunciables y si la persona cumple con los requisitos previstos por la ley para que le sea reconocido su derecho de pensión conforme a un régimen especial o de transición, esta es una situación jurídica concreta que no puede ser menoscabada. La posición de quien cumple con lo exigido por la ley configura un auténtico derecho subjetivo exigible y justiciable. (negritas y subrayados agregados).

Bajo las señaladas condiciones, y tomando en consideraciones las especificidades del caso concreto, la Corte ordenó un amparo definitivo y no transitorio.

En el mismo sentido, se había pronunciado la Corte en sentencia T- 083 de 2004,

cuando consideró lo siguiente:

“No obstante lo dicho, la regla que restringe la participación de la acción de tutela en la protección de los derechos prestacionales tampoco es absoluta. Conforme con su propia filosofía, la Corte ha venido sosteniendo que, excepcionalmente, es posible el reconocimiento de esta clase de derechos por la vía del amparo constitucional, no solo cuando se ejerce como mecanismo transitorio, caso en el cual es necesario demostrar la existencia de un perjuicio irremediable, sino también cuando el medio judicial preferente es ineficaz o no es lo suficientemente expedito para brindar una protección inmediata, circunstancias que deben ser valorados por el juez constitucional en cada caso particular. (negrillas agregadas).

Este último razonamiento encuentra pleno respaldo en el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela, el cual, al referirse a las causales de improcedencia del amparo constitucional, señala claramente que la existencia de otros medios de defensa judicial tendrá que ser apreciada “en concreto” por el juez, teniendo en cuenta el grado de eficiencia y efectividad del mecanismo judicial frente a las circunstancias en que se encuentre el solicitante al momento de invocar la protección del derecho presuntamente conculcado. Amparada en ese mandato, la Corte expresó en uno de sus primeros pronunciamientos, lo siguiente:

“...el otro medio de defensa judicial a que alude el artículo 86 debe poseer necesariamente, cuando menos, la misma eficacia en materia de protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales que, por su naturaleza, tiene la acción de tutela. De no ser así, se estaría haciendo simplemente una burda y mecánica exégesis de la norma, en abierta contradicción con los principios vigentes en materia de efectividad de los derechos y con desconocimiento absoluto del querer expreso del Constituyente.” (Sentencia T-414 de 1992).

Recientemente reiteró la Corte:

“...la jurisprudencia de esta Corporación sostiene que la acción de tutela procede a pesar de existir otro medio de defensa judicial, cuando: i) se considera que éste es ineficaz debido a que no resuelve el conflicto de manera integral,⁴ o ii) éste no es lo suficientemente expedito frente a la exigencia particular de una protección inmediata...”

(Sentencia T-076 de 2003).

En esa misma sentencia, la Corte precisó las razones por las cuales, de manera excepcional, la acción de tutela está llamada a prosperar en materia pensional, no como mecanismo transitorio sino definitivo:

“Con base en ello, este alto Tribunal ha sostenido que la procedencia excepcional de la acción de tutela en los casos de reconocimiento o reliquidación de pensiones, adquiere cierto grado de justificación cuando sus titulares son personas de la tercera edad, ya que se trata de sujetos que por su condición económica, física o mental se encuentran en condición de debilidad manifiesta, lo que permite otorgarles un tratamiento especial y diferencial más digno y proteccionista que el reconocido a los demás miembros de la comunidad⁵. Para la Corte, la tardanza o demora en la definición de los conflictos relativos al reconocimiento y reliquidación de la pensión a través de los mecanismos ordinarios de defensa, sin duda puede llegar a afectar los derechos de las personas de la tercera edad al mínimo vital, a la salud, e incluso a su propia subsistencia, lo que en principio justificaría el desplazamiento excepcional del medio ordinario y la intervención plena del juez constitucional, precisamente, por ser la acción de tutela un procedimiento judicial preferente, breve y sumario de protección de los derechos fundamentales.

El criterio de interpretación acogido por la jurisprudencia constitucional en torno a este punto, tiene un fundamento de principio en los artículos 13 y 46 de la Carta, los cuales le imponen al Estado, por una parte, el deber de brindar una protección especial “a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta”, y por la otra, la obligación de concurrir, con la colaboración de la sociedad y la familia, a “la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad...”

(...)

En síntesis, la acción de tutela no procede para ordenar el reconocimiento o la reliquidación de pensiones, a menos que el conflicto planteado involucre personas de la tercera edad y se logre acreditar la afectación de garantías fundamentales que no puedan ser protegidas oportunamente a través de los medios de defensa previstos para el efecto, de manera tal que se entienda que éstos han perdido toda su eficacia material y jurídica.

En dichos eventos, le corresponde al juez constitucional evaluar, valorar y ponderar la situación fáctica puesta a su conocimiento y todos los factores relevantes del caso, para efectos de establecer la necesidad de brindar una protección urgente e inmediata de los derechos conculcados, e igualmente, de determinar con la mayor precisión el grado o nivel de protección que se debe brindar.

Merece la pena destacar que la afectación al derecho al mínimo vital no puede valorarse en términos exclusivamente cuantitativos sino cualitativos. En palabras de la Corte:

“Y es que, como igualmente lo ha definido la jurisprudencia, el derecho al mínimo vital se evalúa a partir de una dimensión cualitativa y no cuantitativa, de manera que su posible violación se mide conforme con las condiciones personales de cada trabajador y el nivel de vida adquirido por éste. El concepto de un mínimo de condiciones de vida -vgr. Alimentación, educación, salud, vestido y recreación -, entonces, “no va ligad[o] sólo con una valoración numérica de las necesidades biológicas mínimas por satisfacer para subsistir, sino con la apreciación material del valor de su trabajo, de las circunstancias propias de cada individuo, y del respeto por sus particulares condiciones de vida6.”

Más recientemente, la Corte en sentencia T- 019 de 2009, de manera puntual señaló:

“Para el caso particular, vale la pena resaltar que la accionante sostiene que pertenece al régimen pensional especial para funcionarios del Ministerio Público consagrado en el Decreto 546 de 1971, en el que se exige para obtener la pensión la edad de 50 años y 20 años de servicios, de los cuales por lo menos 10 deben ser al Ministerio Público. Igualmente, aparece probado que a la accionante le es aplicable el régimen de transición, toda vez que para el 1° de abril de 1994 tenía más de 35 años de edad. En tal sentido, la señora Ávila Sotomontes pretende que se le reconozca su pensión de vejez según lo dispuesto en el régimen especial del que dice ser beneficiaria, pues su deseo, luego de haber trabajado durante más de 28 años al servicio del estado, es retirarse y descansar.

Ahora, si bien la accionante puede acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa para obtener la nulidad de la resolución del I.S.S. que negó la pensión de vejez y lograr su reconocimiento y liquidación, no puede perderse de vista que dichos procesos tienen una

duración aproximada de 10 años, de modo que someter a la señora Ávila Sotomontes a un proceso ordinario o administrativo llevaría a hacerle perder uno de los beneficios a que tiene derecho por pertenecer al régimen de transición, cual es la posibilidad de pensionarse con la edad estipulada en el régimen pensional al que estaba afiliada al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993. (negritas y subrayados agregados).

En ese orden de ideas, se puede concluir que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos referentes a temas pensionales, como quiera que existen otros mecanismos judiciales para su defensa. Sin embargo, procederá el amparo contra las actuaciones administrativas cuando el acto administrativo sea manifiestamente contrario a la legalidad y se vulneren gravemente derechos fundamentales, es decir, cuando del análisis del caso concreto se observa una real o aparente intención de no decidir de manera ajustada al ordenamiento jurídico, propiciando y forzando la utilización innecesaria y dilatoria de vías judiciales. Todas estas circunstancias deberán ser analizadas en el caso concreto.

6. Resolución del caso concreto.

Para una mayor claridad en la exposición, la Sala de Revisión (i) resumirá los hechos probados; (ii) analizará el contenido de la resolución 37419 del 6 de agosto de 2008, proferida por el Gerente General de Cajanal; y (iii) determinará la procedencia del amparo solicitado.

6.1. Hechos probados.

En el caso concreto, el Dr. César Julio Valencia Copete, quien nació el 24 de agosto de 1951, ha ocupado los siguientes cargos en el sector público:

* Juez Promiscuo Municipal de San Francisco (Cund.) desde el 9 de diciembre de 1974 hasta el 15 de febrero de 1976.

* Juez Único Civil del Circuito de Garzón (Huila) desde el 16 de febrero de 1976 hasta el 15 de febrero de 1977.

* Juez 33 Municipal de Bogotá desde el 16 de febrero de 1977 hasta el 15 de agosto de 1981.

* Juez 29 Civil del Circuito de Bogotá desde el 16 de agosto de 1981 hasta el 19 de junio de 1986.

* Magistrado Auxiliar de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia desde el 20 de junio de 1986 hasta el 30 de septiembre de 1988.

* Magistrado de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá desde el 1º de octubre de 1988 hasta el 28 de febrero de 1989.

* Magistrado Auxiliar de la Corte Suprema de Justicia desde el 1º de marzo de 1989 hasta el 17 de octubre de 1989.

* Magistrado de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá desde el 18 de octubre de 1989 hasta el 31 de octubre de 1991.

* Magistrado Sala de Casación Civil desde el 1º de noviembre de 1991 hasta el 30 de noviembre de 1991.

* Magistrado Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá desde el 1º de diciembre de 1991 hasta el 16 de diciembre de 1991.

* Magistrado Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, desde el 17 de diciembre de 1991 hasta el 2 de marzo de 2001, previo descuento de 25 días de licencia no remunerada.

* Procurador Segundo Delegado para la Contratación Estatal, Procuraduría General de la Nación, desde el 13 de marzo de 2001 hasta el 30 de septiembre de 2002.

* Magistrado Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, desde el 1º de octubre de 2002 hasta la fecha.

Quiere ello decir que, a la fecha, el accionante ha laborado en la Rama Judicial y en el Ministerio Público, más de 34 años consecutivos.

De igual manera, resulta probado que el accionante, a 1º de abril de 1994 contaba con 42 años de edad y 19 años, 3 meses y 20 días de servicio.

6.2. Análisis de la resolución 37419 del 6 de agosto de 2008, proferida por el Gerente General de Cajanal

El Gerente General de Cajanal, mediante resolución núm. 37419 del 6 de agosto de 2008, decidió reconocer y ordenar el pago al accionante de una pensión de vejez por \$11.954.981.38 pesos mensuales.

En cuanto al régimen pensional aplicable, la Entidad consideró que al peticionario no lo cobijaba el régimen de transición de que trata el parágrafo 3º del decreto 1994, por las siguientes razones:

“Esta Entidad efectuó el estudio de los tiempos laborados y efectivamente cotizados a esta Entidad por concepto de pensión y concluye en que, al (sic) 20 de junio de 1994 el peticionario no contaba con los 20 años de servicios exigidos por la norma antes transcrita, por cuanto inició su actividad laboral el 09 de diciembre de 1974, es decir, que para el 20 de junio de 1994 contaba con 19 años, 4 meses y 11 días laboras (sic), siendo en consecuencia, improcedente el reconocimiento de la pensión de vejez con 50 años de edad, toda vez que el peticionario no cumple con uno de los requisitos taxativamente señalados en la ley”

Con base en la anterior argumentación, Cajanal estimó que la pensión del accionante debía liquidarse de la siguiente manera:

“Que de conformidad con la normatividad citada la liquidación se efectúa con el 75% del promedio de lo devengado sobre el salario promedio de 10 años, conforme a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100/93 y sentencia 168 del 20 de abril de 1997 y el 30 de marzo de 2007”.

El accionante, por el contrario, estima que la anterior decisión configura una vía de hecho administrativa por cuanto, si bien es cierto que al momento de expedirse la resolución había laborado 1.658 semanas, que contaba además con 55 años de edad y que el último cargo desempeñado era aquel de Magistrado de Alta Corte, considera que le era aplicable el régimen pensional de los Congresistas, de conformidad con lo previsto en la Ley 4ª de 1992, los decretos 1359 de 1993, 104, 314, 691 y 1293 de 1994, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al igual que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado en la materia. Lo anterior significa, en pocas palabras, que el peticionario estima que su pensión de vejez debió haber sido liquidada tomando en cuenta el promedio del último año de servicio de un congresista, incluidos el sueldo básico, los gastos de representación, la prima de localización, la prima de navidad, la prima de transporte y la prima de salud

6.3. Procedencia del amparo definitivo en el caso concreto.

La Corte considera que, en el presente caso, procede reconocer un amparo definitivo y no transitorio, por las razones que pasan a explicarse.

La resolución mediante la cual se reconoce la pensión de jubilación al accionante configura una vía de hecho administrativa por cuanto inaplicó las normas pertinentes para resolver el caso concreto. Veamos.

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

Artículo 28. A los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado se les reconocerán las pensiones teniendo en cuenta los mismos factores salariales y cuantías de los Senadores de la República y Representantes a la Cámara en los términos establecidos en las normas legales vigentes.

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

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

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

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

a. Haber cumplido (40) o más años de edad si son hombres, o treinta y cinco (35) o más

años de edad si son mujeres;

b. Haber cotizado o prestado servicios durante quince (15) años o más.

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

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

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

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

Pues bien, en el caso concreto, al momento de entrar en vigencia el decreto 1293 de 1994 (24 de junio de 1994), el petitionario contaba con 42 años de edad y 19 años, 4 meses y 11 días laborados, tal y como el mismo Cajanal admite en el texto de su resolución núm. 37419 del 6 de agosto de 2008.

La vía de hecho se configura porque Cajanal considera que el petitionario debía contar con 20 años de servicios continuos a 20 de junio de 1994, cuando lo cierto que el artículo 2º del decreto 1293 de 1994 prescribe que para ser beneficiario del régimen pensional especial de los congresistas se precisa que a 1º de abril de 1994 la persona contase con 40 años de edad si son hombres, o treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres, y “Haber cotizado o prestado servicios durante quince (15) años o más.”

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

“Artículo 5. INGRESO BASICO PARA LA LIQUIDACION PENSIONAL. Para la liquidación de las pensiones, así como para sus reajustes y sustituciones, se tendrá en cuenta el ingreso mensual promedio del último año que por todo concepto devenguen los Congresistas en ejercicio, a la fecha en que se decrete la prestación, dentro del cual serán especialmente incluidos el sueldo básico, los gastos de representación, la prima de localización y vivienda, prima de transporte, prima de salud, prima de navidad y toda otra asignación de la que gozaren.

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

En este orden de ideas, es evidente que Cajanal incurrió en una vía de hecho administrativa, por cuanto inaplicó las normas legales pertinentes al momento de reconocer y liquidar una pensión de vejez.

Así mismo, respecto a la solicitud de amparo definitivo, la Corte estima que, en el presente caso, aquél resulta pertinente por varias razones.

En primer lugar, es injusto someter al accionante a un largo proceso judicial cuando es claro que su pensión fue reconocida de conformidad con una normatividad manifiestamente inaplicable. En efecto, como se indicó, ya en anteriores fallos de tutela la Corte ha considerado que el amparo transitorio no resulta ser un mecanismo adecuado de protección de derechos fundamentales cuando quiera que el peticionario aporta todos los elementos de prueba y juicio que evidencian la existencia de una vía de hecho administrativa, tal y como sucede en el presente asunto. A decir verdad, en el expediente reposa toda la prueba documental que soporta los hechos alegados por el accionante, en especial, las respectivas constancias laborales. De tal suerte que se está ante un caso en el que se constata la existencia de una real o aparente intención de no decidir de manera ajustada al ordenamiento jurídico, propiciando y forzando la utilización innecesaria y dilatoria de vías judiciales.

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

Por último, es pertinente señalar que la dignidad humana del peticionario se ha visto seriamente lesionada debido a la actuación irregular de Cajanal, por cuanto liquidarle su pensión con un monto inferior a aquel que legalmente le corresponde, luego de haber cotizado al sistema de seguridad social por más de treinta y cuatro años (34), aplicándole para ello un régimen pensional impertinente, lesiona sus derechos fundamentales.

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

En este orden de ideas, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional amparará los derechos fundamentales a la dignidad humana, la seguridad social y el debido proceso administrativo del Dr. César Julio Valencia Copete. En consecuencia, confirmará y modificará el fallo de tutela proferido el 15 de enero de 2008 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en el sentido de que el amparo se entiende otorgado con carácter definitivo y no transitorio.

V. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

Primero. CONFIRMAR el fallo de amparo proferido el 15 de enero de 2009 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

Segundo. MODIFICAR el mencionado fallo en el sentido de que el amparo otorgado lo es con carácter definitivo y no transitorio.

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

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

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

2 Cfr. Sentencia T-456 de 1994

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

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

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

6 Sentencia SU-995 de 1999.