

Sentencia T-487/05

PRESUNCION DE VERACIDAD EN TUTELA-Demandado no rinde informe solicitado por el Juez

La acción de tutela fue puesta en conocimiento de la entidad accionada por parte del Juzgado que conoció en única instancia del asunto, sin que dicha entidad se hubiere pronunciado de manera alguna. Por tal motivo, para el caso se dará aplicación a la presunción de veracidad de los hechos expuestos por la parte actora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES

REGIMENES ESPECIALES EN PENSIONES-Vigencia

REGIMEN DE PENSION DE JUBILACION PARA FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

Se puede afirmar que los trabajadores de la Contraloría General de la República que adquirieron el derecho a su pensión, gozan de un régimen “especial”, que es el Decreto Ley 929 de 1976 y tal prestación se liquida con base en el Decreto Ley 1045 de 1976, sin que se apliquen disposiciones de carácter general como de manera reiterada lo ha expresado el Consejo de Estado. El artículo 7º del Decreto Ley 929 de 1976 establece que la pensión ordinaria de jubilación es equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre. El Decreto 1045 de 1978 en su artículo 45 hace un listado de los factores salariales para la liquidación de cesantía y pensiones, pero esta enumeración no se puede tomar como taxativa, pues por pronunciamientos de la misma Corporación se han incluido como factores otros aspectos, tal es el caso de la Bonificación Especial. El valor de dichos factores se toma es de la certificación expedida por la Contraloría General de la República en la que consta lo percibido por el trabajador durante los últimos seis (6) meses. Si bien pueden existir prestaciones que no se perciben por la labor desarrollada dentro de los últimos seis (6) meses, la norma especial aplicable a la Contraloría General de la República indica que en la liquidación de la pensión se tendrá en cuenta el promedio de lo devengado como salario en dicho período. Una interpretación contraria a lo anteriormente expuesto desdibujaría el régimen especial de dichos trabajadores, siendo improcedente considerar, por ejemplo, que dentro del quinquenio en la bonificación especial cada año se causa una quinta

parte del valor certificado. Al actor le era aplicable el régimen “especial” consagrado para los funcionarios de la Contraloría General de la República establecido en el artículo 7º del Decreto Ley 926 de 1976, según el cual tenía derecho a que se le reconociera la pensión de jubilación en un monto equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre. Está acreditado que el actor ha desplegado toda la actividad procedimental que ha estado a su alcance, sin lograr con ella, que se le reconozca la pensión en el monto correspondiente a que tiene derecho.

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para resolver conflictos relacionados con reconocimiento o reliquidación de prestaciones sociales

La Corte ha señalado 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 valoradas por el juez constitucional en cada caso particular. La acción de tutela es procedente para proteger los derechos fundamentales, y en particular los derivados del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, en los siguientes casos: i) Cuando no existe otro medio de defensa judicial, o cuando existiendo, el mismo no resulta idóneo para resolver el caso concreto, eventos en los que la tutela procede como mecanismo principal de defensa ante la imposibilidad material de solicitar una protección real y cierta por otra vía. ii) cuando ésta se promueve como mecanismo transitorio, debiendo acreditar el demandante que el amparo constitucional es necesario para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, en cuyo caso la orden de protección tendrá efectos temporales, sólo hasta el momento en que la autoridad judicial competente decida en forma definitiva el conflicto planteado.

RELIQUIDACION DE PENSIONES-Condición exigidas para que proceda tutela

Excepcionalmente la acción de tutela procede para el reconocimiento o reliquidación de pensiones, cuando los titulares de esos derechos son personas de la tercera edad o 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 comunidad. La condición de persona de la

tercera edad no constituye por sí misma razón suficiente para definir la procedencia de la acción de tutela en estos casos. En efecto, para que el mecanismo de amparo constitucional pueda desplazar la vía judicial ordinaria o contenciosa, es también condición necesaria acreditar que el daño impetrado al solicitante afecta materialmente sus derechos fundamentales o aquellos que lo son por conexidad – como la dignidad, el mínimo vital, la salud y la subsistencia digna -, e igualmente, que darle trámite al litigio por el otro mecanismo de defensa hace temporalmente nugatorio el ejercicio y disfrute de tales derechos, haciendo mucho más gravosa la situación particular del actor. 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.

Referencia: expediente T-1009987

Acción de tutela instaurada por José Jaime Becerra Becerra contra Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá, D. C., doce (12) de mayo de dos mil cinco (2005).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Cuarto del Circuito de Bogotá

dentro de la acción de tutela instaurada por Jaime Becerra Becerra contra la Caja Nacional de Previsión Social -CAJANAL-.

I. ANTECEDENTES

A través de apoderado judicial el señor José Jaime Becerra Becerra, interpone acción de Tutela en contra de la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL pues señala que esta entidad se ha negado a pagarle la pensión de jubilación por el valor completo al que tiene derecho y por tanto, se le han vulnerado sus derechos fundamentales a una vida digna y al mínimo vital.

1 Hechos:

1. El actor prestó sus servicios en la Contraloría General de la República, durante más de 30 años, pues ingresó a dicha entidad el 9 de Diciembre de 1963, hasta el 31 de Diciembre de 1994, y hoy en día, después de 10 años de la fecha de su retiro, aún no ha sido posible que se le reconozca de manera completa la pensión de jubilación, de conformidad con lo establecido en el artículo 7º del Decreto 929 de 1976.

2. Señala que por haber cumplido el tiempo de servicio y ser mayor de 55 años para el año de 1995, solicitó el reconocimiento y pago de su pensión de jubilación.

3. El 2 de agosto de 1995 la entidad accionada, profirió la Resolución número 008161 mediante la cual le reconoce la pensión de jubilación por valor de 489.753 pesos equivalente al 75 % del sueldo y la prima técnica devengados dentro de los últimos seis (6) meses anteriores a su retiro, desconociéndose, los demás factores certificados por la Contraloría General de la República, es decir, la bonificación especial, las vacaciones, la prima de vacaciones, la prima de servicios y la prima de Navidad.

4. Contra la citada resolución interpuso los recursos legales en la vía gubernativa, los cuales le fueron resueltos adversamente, razón por la cual se vio forzado a presentar las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho.

5. Precisa que en junio 12 de 1997, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dictó sentencia en donde en la parte motiva de la providencia reconoció que el accionante, tiene derecho a que su pensión de jubilación incluya la suma de todos y cada uno de los factores

que fueron certificados por la Contraloría General de la Nación, por reunir las condiciones exigidas para gozar del régimen de pensión especial previsto en el Decreto Ley 929 de 1976. Sin embargo advierte, que en la parte resolutive de la providencia al referirse a los factores salariales que en forma proporcional debían incluirse, mencionó solamente la bonificación especial, la prima vacacional, la prima de servicios y la prima de navidad devengadas en los últimos seis (6) meses de servicios.

6. Dicha providencia fue posteriormente confirmada por el Consejo de Estado, en sentencia del 26 de Junio de 1998.

8. Afirma que en decisión que riñe con toda lógica jurídica, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en Auto del 6 de agosto de 1997, resolvió: “No acceder a lo solicitado por el demandante”, por cuanto “Se observa que lo solicitado en la demanda fue resuelto íntegramente en la sentencia. Incluyendo la actualización en la condena conforme lo dispone el artículo 178 del C.C. A.”

9. Sostiene que no obstante la existencia de los fallos dictados a su favor, la Caja Nacional de Previsión Social en lugar de dar estricto cumplimiento a éstos, procedió a dictar la Resolución 028681 de Noviembre 23 de 1998, la que por estar errada fue posteriormente aclarada a través de diferentes autos, hasta que finalmente dictó la Resolución número 001988 de febrero 24 de 1999 donde estableció como nuevo valor de la pensión, la suma de \$ 759.471.87, pero desconociéndole algunos factores salariales que había certificado la Contraloría General de la Nación, tales como las vacaciones, la prima de vacaciones y el 80% de la bonificación especial.

10. Asevera que al no dar la entidad demandada cabal cumplimiento a la providencia dictada el 12 de Junio de 1997 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se le está causando al accionante un perjuicio irremediable pues lleva más de diez (10) años de penurias e incesantes acciones judiciales para garantizar el mínimo vital que aún hoy no tiene, agravado por su condición actual de enfermo crónico.

11. Precisa que entre el valor que debía ser liquidado y pagado por la Caja Nacional de Previsión y los valores que ha venido percibiendo, se aprecia una diferencia sustancial, pues advierte que en la actualidad está recibiendo sólo las dos terceras (2/3) partes del monto de la pensión que legalmente le corresponde recibir como pasa a detallar a continuación:

Valor legal base de liquidación

Valor liquidado por Cajanal

Resolución No 001988 de 1999

Diferencia

SUELDO

\$ 3.085.056

\$3.085.056

PRIMA TÉCNICA

\$ 832.968

\$ 832.968

BONIFICACIÓN ESPECIAL

\$ 2.360.315

\$ 472.063

\$1.888.252

VACACIONES

\$ 1.315.684

\$ 1.315.684

PRIMA DE VACACIONES

\$ 826.400

\$ 462.373

\$ 364.027

PRIMA DE SERVICIOS

\$ 434.371

\$ 434.371

PRIMA DE NAVIDAD

\$ 948.944

\$ 948.944

TOTAL

\$9.803.738

\$ 6.235.775

\$ 3.567.963

12. De otra parte precisa, que frente a la Resolución número 001988 de febrero 24 de 1999, se interpusieron ante la Caja Nacional de Previsión Social, los recursos de la vía gubernativa correspondientes y en trámite de apelación, dicha entidad se limitó a decir que sí había dado cumplimiento al fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

13. Sostiene que ante el desconocimiento por parte de la Caja Nacional de Previsión Social, de las providencias judiciales dictadas a su favor y la violación de sus derechos fundamentales se vio precisado a instaurar a través de apoderado judicial acción de tutela en contra de dicha entidad, para que por el mecanismo preferente y sumario se ordenara a Cajanal el cumplimiento a los fallos del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y del

Consejo de Estado dictados dentro del proceso ordinario por él adelantado.

14. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Sub Sección A, en providencia del 3 de noviembre de 1999, denegó la acción de tutela, pues consideró que si el error se había producido por el Tribunal al no haber incluido las vacaciones como factor salarial en la parte resolutive a pesar de que sí había sido mencionado en la parte motiva del fallo del Tribunal Administrativo de fecha 12 de Junio de 1998, el actor contaba con otro mecanismo de defensa judicial y debía en consecuencia haber solicitado:

i) “en su momento oportuno la aclaración o adición de la sentencia, de conformidad con lo previsto en los artículos 309 y 311 del C.P.C., pues el factor salarial en comento, no fue incluido en la parte resolutive.” Para el actor, tal decisión es ostensiblemente contradictoria con la lógica jurídica, por cuanto manifiesta que la sentencia complementaria fue solicitada oportunamente por él, pero el mismo Tribunal Administrativo que ahora falla la tutela, la denegó.

ii) En la resolución de dicha tutela el Tribunal Administrativo de Cundinamarca adicionalmente argumentó, que “en todo caso quedaban como acciones legales de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de las resoluciones que había dictado la Caja Nacional de Previsión” y que seguían desconociéndole al actor su pensión de jubilación completa.

15. Frente a la decisión adoptada en sede de tutela el señor Becerra Becerra, interpuso la impugnación correspondiente, la cual se surtió ante el Consejo de Estado, quien confirmó la sentencia de primera instancia. La acción de tutela no fue seleccionada por la Corte Constitucional, quedando en firme lo resuelto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

16. En relación con la acción de tutela presentada en el año de 1999, el actor aclara que en esa oportunidad el motivo para negar la acción de tutela no fue la de cuestionar el objeto de las pretensiones a las que cree tener derecho, sino la existencia de otra acción legal, en particular las acciones de aclaración o adición de sentencia de conformidad con lo previsto en los artículos 309 y 311 del C.P.C., acciones que ya habían sido instauradas y resueltas por el mismo Tribunal desfavorablemente.

17. De otra parte indica que una vez agotado el ejercicio de las acciones judiciales a las que hizo anteriormente referencia, el actor acudió ante la Procuraduría General de la Nación, la cual de manera expresa se pronunció el 12 de abril del año 2000, mediante comunicación suscrita por la Dra. Clara Inés Vargas Hernández², dirigida a la Subdirectora de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión Social en donde se expresó, lo siguiente :

“Solicito a Ustedes por última vez la revisión del expediente del señor José Jaime Becerra Becerra, pensionado de dicha entidad, identificado con C. de C. No 2.921.573, con el fin de obtener el reajuste de la mesada pensional fijada en la resolución No 1988 de febrero 24 de 1999.”

Y a continuación agregó:

“El Decreto 929 de 1976 en su artículo 7º indica que la pensión ordinaria de jubilación es equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre...”

“El valor de dichos factores se toma de la certificación expedida por la Contraloría General de la Republica en la que consta lo percibido por el trabajador durante los últimos seis (6) meses, sin tener por qué liquidar proporcionalmente al periodo de causación los valores certificados, como se hizo en el caso que nos ocupa.”

18. No obstante lo anterior, señala que la Caja Nacional de Previsión Social, hasta la fecha no ha corregido el “grotesco y evidente error” que se ha cometido en su contra.

19. Adicionalmente precisa, que para dar cumplimiento a lo ordenado en el fallo de la tutela a que se hizo mención anteriormente, el 4 de diciembre del año 2000, interpone acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a fin de que se declarara la nulidad de las Resoluciones 028681 del 23 de noviembre de 1998 y 001988 del 4 de febrero de 1999 y el auto 105633 del 15 de agosto de 2000 expedidas por la Subdirección de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión Social, mediante los cuales la entidad accionada pretendió dar cumplimiento a los fallos emitidos dentro del proceso ordinario.³

20. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en decisión adoptada el 12 de agosto del año 2003, señaló que esa jurisdicción no era competente para conocer de las acciones de

nulidad y restablecimiento del derecho respecto de las Resoluciones números 028681 del 23 de noviembre de 1998, 01988 del 24 de febrero de 1999 y del Auto No. 105633 del 15 de agosto de 2000 dictados por la Subdirección de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión Social, pues estimó, que los conflictos que se presenten relacionados con las obligaciones de dar o hacer, a cargo de la Administración, derivadas del cumplimiento de una sentencia judicial contenciosa administrativa, salvo disposición en contrario, compete conocerlas es al Juez de Ejecución, que es el juez ordinario a través de un proceso ejecutivo según la naturaleza de la controversia y no el juez contencioso administrativo por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Si no fuera así, concluye, “todo acto dictado en cumplimiento de una sentencia podría dar lugar a la iniciación de otro proceso contencioso administrativo, y por tanto se haría interminable la resolución del conflicto y no respetaría el principio de cosa juzgada.”

21. Ante lo acontecido, el actor aduce, que para su caso no es posible acudir a las acciones del artículo 177 del C.C.A, toda vez que dicho artículo preceptúa que “Cuando se condene a la Nación, a una entidad territorial o descentralizada al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero, se enviará inmediatamente copia de la sentencia a quien sea competente para ejercer las funciones del Ministerio Público frente a la entidad condenada...”. Pero en el fallo dictado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 12 de junio de 1997 en su parte resolutive no se condenó nunca al pago de una cantidad líquida de dinero.

22. Anota que como si las actuaciones desplegadas fueran pocas, en el año 2004, presentó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, solicitud para que se dictara auto complementario en donde se procediera a corregir los errores en que incurrió en la parte resolutive de la sentencia proferida por esa Corporación de fecha junio 12 de 1997, pero tal petición fue rechazada, por extemporánea en providencia del 18 de marzo de 2004. Dado que frente a dicha decisión solo tenía el recurso de reposición correspondiente, así lo interpuso, pero dicho organismo judicial se limitó a confirmar la decisión anterior.

23. De igual manera señala que la Caja Nacional de Previsión Social ha reconocido la totalidad de la pensión de jubilación sobre lo devengado en los últimos seis (6) meses, incluyendo las vacaciones en dinero, prima de vacaciones, bonificación especial etc., a otros funcionarios de la Contraloría y al efecto menciona el caso de los señores José A. Guzmán y Héctor J. Fernández.

2. Pruebas

-Copia de la sentencia T-214/99 de la Corte Constitucional del peticionario Jaime Giraldo Ángel en contra de Caja Nacional de Previsión Social donde se condena a ésta última al reconocimiento de la pensión de jubilación a favor del Peticionario.

-Copia de la sentencia del Consejo de Estado, de fecha 28 de enero de 1999 y de la Resolución No. 007855 de la Caja Nacional de Previsión, de fecha 17 de julio de 1999, por medio de la cual se da cumplimiento a dicha sentencia.

-Copia de la sentencia del Consejo de Estado de fecha Abril 30 de 1998 ~ Expediente No.16947.

-Copia de la sentencia del Consejo de Estado de fecha Abril 30 de 1998 - Expediente No.14.785.

-Copia de la sentencia del Consejo de Estado de fecha Abril 30 de 1997 -Expediente No.14480.

-Certificación médica donde consta que el actor, padece de varias enfermedades crónicas.

-Resoluciones dictadas por la Caja Nacional de Previsión Social donde se hace el reconocimiento de la totalidad de la pensión de jubilación a los señores José A. Guzmán y Héctor J. Fernández.

3. Decisión judicial que se revisa.

El Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá en decisión adoptada el 23 de septiembre de 2004, niega el amparo impetrado con fundamento en las siguientes consideraciones:

-Señala que la acción de tutela tiene por objeto proteger derechos fundamentales que no tengan previsto otro mecanismo de defensa judicial. El proceso ejecutivo ante el Juez ordinario es un mecanismo judicial apto para obtener el cumplimiento de una obligación reconocida en una decisión judicial.

- Igualmente precisa, que de los hechos planteados en la demanda, así como del contenido de la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante la cual se negó la

acción de tutela propuesta por el actor en octubre de 1999, se establece la identidad de hechos lo que impide la formulación de una nueva acción (art. 37 del D.2591 de 1991), pues podría atribuirse temeridad, solo que para el caso ésta no tiene lugar, pues debe tenerse en cuenta la justificación implícita que se infiere de la demanda, cuando el actor advierte haber utilizado los mecanismos sugeridos sin éxito alguno, tales como la solicitud de adición de la providencia.

-En ese orden de ideas, concluye que la acción de tutela es improcedente para hacer cumplir sentencias judiciales, así como también, para dirimir el conflicto respecto al cumplimiento o no de la obligación impuesta en la sentencia de junio 12 de 1997 y ante la existencia de un fallo de tutela anterior proferido con ocasión de la demanda formulada por el actor con base en los mismos hechos, niega el amparo impetrado.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Es competente la Corte para revisar los fallos en mención, según lo disponen los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991.

2. La Materia

El accionante pretende que el juez constitucional le ordene a la accionada el reconocimiento y pago, de su mesada pensional liquidada con base en el 75% de la remuneración mensual más alta, devengada en los últimos seis meses a partir del 1º de agosto de 1995 que fue la fecha de su retiro del servicio.

Para fundamentar su petición asegura que, con la asignación de una mesada pensional notoriamente inferior a la que tiene derecho, la accionada ha vulnerado sus derechos fundamentales a una vida digna y al mínimo vital, situación que amerita la intervención inmediata del juez encargado de tutelar sus derechos fundamentales violados, porque es una persona de la tercera edad, que padece de varias enfermedades crónicas, que después de haber agotado todos los mecanismos jurídicos a su alcance dentro de los últimos 10 años, no ha logrado que se le reconozca de manera completa la pensión de jubilación a que tiene derecho, de conformidad con lo establecido en el artículo 7º del Decreto 929 de 1976.

3. Presunción de veracidad en materia de tutela cuando el demandado no rinde el informe solicitado por el juez.

La acción de tutela fue puesta en conocimiento de la entidad accionada por parte del Juzgado que conoció en única instancia del asunto, sin que dicha entidad se hubiere pronunciado de manera alguna. Por tal motivo, para el caso se dará aplicación a la presunción de veracidad de los hechos expuestos por la parte actora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991.

4. Derecho a la seguridad social en materia pensional.

El artículo 48 de la Constitución Política, establece la seguridad social como un servicio público que se presta a todos los habitantes del país, “bajo la dirección, coordinación y control del Estado”, que debe responder a los “principios de eficiencia, universalidad y solidaridad”, que además se prestará “en los términos que establezca la ley”, que su ampliación progresiva se hará “en la forma que determine la ley”, que las entidades que lo puedan prestar lo harán “de conformidad con la ley”, y que “la ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.”

De igual manera, en el artículo 53 de la Carta, se establece la pensión como un derecho adquirido, cuando señala que “el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales” y en el artículo 46 se garantiza la protección y asistencia a personas de la tercera edad. Por su parte el artículo 2° Superior señala entre los fines del Estado, el de “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.”⁴

Ahora bien acogiendo los principios generales del derecho al trabajo que la doctrina ha establecido y que en Colombia adquieren rango constitucional con lo establecido en el artículo 53 de la C.P., se puede además concluir, que tratándose de trabajadores dependientes, la primacía de la realidad, la irrenunciabilidad,⁵ la favorabilidad,⁶ la condición más beneficiosa, el principio pro operario, la justicia social y la intangibilidad de la remuneración.⁷

De tal manera que la persona que cumple con los requisitos exigidos para acceder a una pensión, ipso facto adquiere el status de jubilado y por consiguiente tiene un derecho

adquirido al reconocimiento pleno y oportuno de su jubilación, no pudiendo renunciar ni total ni parcialmente a que tal derecho le sea otorgado plenamente.⁸

Esta Corporación, en la sentencia T-169 de 20039, reiteró lo expresado anteriormente en la sentencia T-631 de 200210, cuando se afirmó que “si la entidad encargada del reconocimiento de una pensión no lo hace por lo que legalmente corresponde, el afectado no puede renunciar a reclamar lo debido. Sería atentar contra los derechos fundamentales que se considerara que no puede reclamar amparo el pensionado a quien se le ha efectuado una incorrecta liquidación de su mesada, en detrimento del debido proceso y del mínimo vital”.

Así mismo, con el propósito de salvaguardar el derecho a la seguridad social en pensiones, la jurisprudencia ha dicho que es un derecho subjetivo, el cual es reclamable ante los funcionarios administrativos; y también ante los funcionarios judiciales porque la justicia es una función pública y los ciudadanos tienen acceso a ella (artículos 228 y 229 C.P.).

5. Vigencia de los regímenes especiales.

No solamente en nuestro país existen regímenes especiales sino que en muchos otros¹¹. En cuanto a los regímenes especiales, esta Corporación en la sentencia C-608/99 señaló que, “el legislador, mientras no desconozca postulados o disposiciones constitucionales, goza de atribuciones suficientes para estructurar regímenes generales y especiales en materia salarial y prestacional”¹² y en la sentencia C-461 de 1995 al referirse a la existencia de regímenes especiales, dijo que éstos no menoscaban el derecho a la igualdad dado que, “... el establecimiento de regímenes pensionales especiales, como aquellos señalados en el artículo 279 de la Ley 100, que garanticen en relación con el régimen pensional, un nivel de protección igual o superior, resultan conformes a la Constitución, como quiera que el tratamiento diferenciado lejos de ser discriminatorio, favorece a los trabajadores a los que cobija.”¹³

Con anterioridad a la Ley 100 de 1993, “existieron varios regímenes especiales. Su característica es que no se rigen por las normas prestacionales ordinarias. La misma ley 33 de 1985 excluía de la regla general sobre requisitos para la pensión y monto de la mesada a “aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones”.¹⁴

El régimen general de pensiones establecido en la Ley 100 de 1993, contempla la posibilidad de que existan regímenes exceptuados y regímenes especiales. Tales regímenes no pueden confundirse entre sí, pues en tanto, los primeros están expresamente señalados en la Ley 100 de 1993,¹⁵ los segundos no aparecen especificados en ella, sino que se sustentan en la normatividad anterior a la mencionada ley.

De otra parte cabe aclarar, que si bien la regla general tratándose de los servidores del Estado, es que operó el de traslado al régimen general de pensiones contemplado en la Ley 100 de 1993, pues de acuerdo con lo estipulado en ella y en armonía con lo señalado en el Decreto 691 de 1994, al sistema general de pensiones quedaron incorporados los funcionarios de la rama ejecutiva, nacional, departamental, municipal, a los servidores públicos del Congreso, a la rama judicial, Ministerio Público, Fiscalía, Contraloría, Organización Electoral, no puede olvidarse que cuando los servidores públicos escojan para su pensión de vejez el régimen de prima media con prestación definida, estarán sujetos al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás disposiciones que lo reglamentan.¹⁶

De igual manera debe tenerse presente que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 es una norma de orden público, que desarrolla el principio de favorabilidad reconocido en el artículo 53 de la Constitución. Además, en el artículo 11 de la citada norma, también establece el principio de favorabilidad.

Resulta claro de lo afirmado, que en materia de seguridad social en pensiones, el derecho se adquiere no solo con base en la actual normatividad de la Ley 100 de 1993, sino también de acuerdo con los regímenes pensionales anteriores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en armonía con lo señalado en el Decreto 691 de 1994, cuando se trata de empleados públicos.¹⁸

Consecuente con lo afirmado, se puede concluir, que la persona que cumple los requisitos exigidos en las leyes anteriores para acceder a una pensión, tiene el derecho a que se le resuelva su situación dentro del marco normativo correspondiente, prefiriéndose el derecho sustancial¹⁹.

En ese sentido debe recordarse además, que el artículo 273 de la Ley 100 de 1993, al determinar el régimen aplicable a los servidores públicos, dijo que se podrán incorporar

“respetando los derechos adquiridos a los servidores públicos, aún a los congresistas, al sistema general de pensiones y al sistema general de seguridad social en salud.”

Esta Corporación en reiterada jurisprudencia,²⁰ se ha referido a la aplicación de regímenes especiales y en particular al vigente para los funcionarios de la Rama Jurisdiccional y el Ministerio Público que queden cobijados por el régimen de transición y se les aplica el Decreto 546 de 1971. En tal sentido ha señalado, que si quien liquida una pensión no toma el porcentaje de la base reguladora que figura en un régimen especial, se incurre en vía de hecho y se viola el debido proceso y además los derechos a la vida digna, el trabajo, la seguridad social y la garantía a los derechos adquiridos.²¹

6. El régimen de pensión de jubilación, para los funcionarios y empleados de la Contraloría General de la República.

El régimen de pensión de jubilación, para los funcionarios y empleados de la Contraloría General de la República que hayan prestado sus servicios por un lapso superior a diez (10) años²² es el establecido en el artículo 7º del Decreto 929 de 1976 que dispone:

“Art. 7º. Los funcionarios y empleados de la Contraloría General tendrán derecho, al llegar a los 55 años de edad, si son hombres y 50 si son mujeres, y cumplir 20 años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este decreto, de los cuales por lo menos diez lo hayan sido exclusivamente a la Contraloría General de la República a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre”. (negrilla y subrayado adicionado)

Así lo ha señalado de manera reiterada²³ la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, cuando ha precisado que al existir una disposición legal “especial” que cobija a los servidores públicos de la Contraloría General de la República es a ese régimen propio al que debe acudir para la liquidación de las pensiones de jubilación.

En tal medida ha dicho que a estos funcionarios no le es aplicable lo previsto en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985,²⁴ que es la regla general que rige para empleados oficiales sometidos al régimen de transición, pues estos funcionarios están sometidos a un régimen legal “especial” sobre la materia, lo que está acorde con lo preceptuado en el inciso 2º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985 donde se dispuso la “inaplicabilidad” del régimen “general” al

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

De igual manera, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha establecido que para efectos de la liquidación pensional de los servidores públicos de la Contraloría General de la República, se deben tener en cuenta todos los factores salariales contenidos en la certificación que para tal efecto, emita la Tesorería de esa entidad, como son: sueldo, alimentación, transporte, bonificación ordinaria, bonificación especial, vacaciones, prima de vacaciones, prima de servicios y prima de navidad.

Sobre el particular, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección “B”, en sentencia emitida el 27 de julio de 2000, expediente No. 16.855, C.P Tarsicio Cáceres Toro, dijo lo siguiente:

“En este proceso pretende el accionante que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 001870 del 30 de abril de 1992 y 4172 del 5 de agosto de 1992, mediante las cuales se le reconoció y ordenó el pago de la pensión mensual vitalicia de jubilación y confirma al anterior al resolver la apelación, en cuanto no se le computaron todos los factores pensionales; reclama, igualmente, como restablecimiento del derecho que se proceda por parte de la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL, el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores salariales según certificación de sueldos y prestaciones expedidos por la Contraloría General de la República. El A-quo en la sentencia accedió a la nulidad, en lo pertinente, de los actos acusados y ordenó el restablecimiento del derecho como ya se anotó; este acto ha sido apelado por la Entidad Demandada y corresponde ahora desatar el recurso.

En cuanto a la situación fáctica y jurídica se tiene :

Aparece que el actor prestó sus servicios por más de 10 años en la Contraloría General de la República dentro del lapso comprendido entre el 23 de mayo de 1960 hasta el 30 de abril de 1975 y desde el 1 de septiembre de 1975 hasta julio de 1991 (folio 43 cdno. 2).

El régimen prestacional –en pensión de jubilación– para los funcionarios y empleados de la Contraloría General de la República se consagró de manera “especial” en el Decreto 929 de 1976 que dispuso:

“Art. 7º. Los funcionarios y empleados de la Contraloría General tendrán derecho, al llegar a los 55 años de edad, si son hombres y 50 si son mujeres, y cumplir 20 años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este decreto, de los cuales por lo menos diez lo hayan sido exclusivamente a la Contraloría General de la República a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre”. (Resaltado fuera de texto)

De otro lado, se encuentra el régimen general de la Ley 33 de 1985 que, en materia pensional, señaló:

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

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

. . . ” (Resaltado fuera de texto)

La Jurisdicción repetidamente ha sentado que al existir una disposición legal “especial” reguladora de la materia (Art. 7º del DL. 929/76) los servidores públicos de la Contraloría se encuentran sometidos a ese régimen propio y especial; por lo tanto, no pueden estar supeditados a lo previsto en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 (régimen general).

Conforme a la disposición especial la pensión de jubilación de los servidores públicos de la Contraloría General de la República, que cumplen los requisitos previstos en el precitado art. 7º, tienen derecho a que su pensión de jubilación se liquide sobre los salarios devengados durante el último semestre; no se ha admitido que los factores pensionales o computables

para liquidar la pensión de jubilación de estos servidores sean los previstos en forma expresa y concreta en el art. 3º de la Ley 33/85, reformado por el art. 1º de la Ley 62 de 1985, porque ellos están desde tiempo atrás sometidos a un régimen legal “especial” sobre la materia y porque precisamente en el inc. 2º del art. 1º de la Ley 33/85 se dispuso la “inaplicabilidad” de la reforma del régimen “general” a quienes estaban sometidos a un régimen “especial” cuando dijo : “No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.”

Sobre el particular, esta Subsección, en sentencia emitida el 14 de mayo de 1997, recaída en el expediente No. 14590, con ponencia del doctor Carlos Orjuela Góngora, estableció :

“Retomando el tema del promedio semestral de los factores salariales, conviene precisar que cuando el artículo 7 del decreto 929 de 1976 se refiere a lo devengado, está aludiendo implícitamente a los valores que en el último semestre de servicio se han consolidado en su causación, sin que para nada incida el que el período total de dicha causación abarque un lapso superior al del susodicho semestre.

Una interpretación opuesta sobre este punto, a más de no consultar el verdadero sentido y alcance de la norma en comento, desdibujaría de plano la razón de ser del régimen especial que cobija a los empleados y funcionarios del máximo ente controlador, pues como bien lo hace ver el recurrente, la concepción del Tribunal frente a la causación de los factores salariales que abarcan un término superior al del último semestre es a tal punto desventajosa a sus pretensiones que le habría convenido más una liquidación apoyada en el régimen general.

Ciertamente la interpretación del a-quo en este punto no es de buen recibo, no sólo por las razones ya expuestas, sino también por el esguince al sentido teleológico que subyace en todo régimen especial, cual es el de mejorar las condiciones de ciertos servidores públicos, y el régimen prestacional de los empleados de la Contraloría General de la República no es extraño a tal sentido preferencial.

Con arreglo a todo lo anterior la Sala considera que la Certificación de sueldos, salarios y prestaciones sociales expedida por la Contraloría General de la República, amerita ser

estimada en un todo para efectos de la liquidación de la pensión mensual vitalicia de jubilación pretendida por el accionante”.

Cabe agregar, ahora, que ciertas retribuciones, como la prima de navidad y la prima de vacaciones, que en el régimen general se tienen como prestaciones sociales, ellas son computables en la liquidación de las pensiones en dicho régimen (v. Gr. Art. 45 del D.L. 1045/78); en esas condiciones, se considera que en el caso de la pensión de jubilación de los servidores de la Contraloría General de la República, sometidos al régimen pensional “especial”, deben ser computadas, ya que de no hacerlo su prestación social podría llegar a tener un valor “inferior” a la sometida al régimen “general” y no es posible admitir que el Legislador haya regulado en forma “especial” esa pensión para estos funcionarios con el ánimo de “desmejorar” esta prestación. Y se agrega, para mayor claridad y justicia, que cuando en el lapso contemplado para efectos pensionales (de los seis meses) el empleado ha disfrutado de vacaciones, deberá computársele el valor correspondiente por tal concepto porque de no hacerlo, se le cercenaría una parte trascendental de su retribución ya que durante ese tiempo recibe la remuneración de esa denominación pero no el salario ordinario.

De otra parte, se resalta que el norma legal “especial” reguladora de la pensión de jubilación de los precitados servidores públicos no condicionó la inclusión de los factores pensionales a que sobre ellos se hubiera aportado a la Entidad Prestacional; esta condición aparece es en la norma legal “general”. No obstante, se entiende que las Entidades Prestacionales deben contar con recursos para cubrir sus obligaciones, una de las cuales es precisamente la relacionada con el pago de las pensiones de jubilación y esa es una razón suficiente para que se concluya que los servidores públicos deben aportar respecto de las retribuciones que reciben, salvo las excepciones de ley, con lo cual, en cuanto a su deber de aportar, quedan de igualdad a los demás.

Ahora, también se encuentra que la Administración, con la cual labora el servidor público, en ocasiones no hace los descuentos de los “aportes” que debiera hacer por conducto de sus Tesorerías o dependencias pagadoras; esta falla de la Administración perjudica a las Entidades Prestacionales porque las priva de recursos y le crea problemas futuros al

empleado cuando va a reclamar sus prestaciones sociales. Pero, nótese que esta situación no es imputable al servidor público por lo que, en principio, no le pueden ser deducidas consecuencias adversas por conductas ajenas, aunque no lo eximan de cumplir sus obligaciones en su debido momento.

En el sub-lite, conforme a la certificación No. 0363 del 13 de noviembre de 1991, expedida por el Director Administrativo y Financiero, el Tesorero General, Auditor General y por el Revisor Responsable de la Contraloría General de la República, se determina que durante el último semestre comprendido entre el 1 de abril al 30 de septiembre de 1991 devengó por concepto de sueldo, alimentación, bonificación y bonificación especial, vacaciones, prima vacacional, prima de servicio, y prima de navidad un total de \$2'070.602.53 pesos.

La Entidad Prestacional le reconoció la pensión de jubilación con fundamento en dos factores que fueron la asignación básica y la bonificación por servicios prestados, a pesar de todos los demás factores certificados. Y el Tribunal Administrativo anuló la actuación –en lo pertinente– ordenando liquidar la pensión con inclusión de los factores salariales devengados durante el último semestre de labor, por estimar vulnerado el artículo 7° del Decreto 929 de 1976.

En la Sentencia del A-quo, impugnada, se determina que la liquidación se hará sobre todos los factores salarios devengados durante el último semestre laborado, conforme a la certificación que obra, “teniendo en cuenta la proporcionalidad de su pago por semestre.”

Por lo tanto, la Administración, en cumplimiento de esta sentencia, liquidará de nuevo el valor de la pensión de jubilación con los parámetros señalados y fijará los reajustes de ley correspondientes en los años siguientes, partiendo del nuevo valor inicial de la mesada pensional. A continuación determinará el valor que la Entidad debía haber pagado a partir del retiro efectivo del servicio (desde cuando realmente tuvo derecho a percibir dicha mesada) y descontará las sumas canceladas. NO ha sido posible determinar si procede o no alguna prescripción por falta de datos en la demanda, pruebas y demás actuaciones.

De los saldos resultantes se deberán hacer los descuentos de los aportes que el servidor público no haya cubierto con destino a la Entidad Prestacional. En efecto, el servidor público, conforme al art. 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por el art. 1º de la Ley 62 del mismo año, debe pagar los aportes sobre los factores salariales y prestacionales que perciba conforme al ordenamiento jurídico; esta norma es aplicable aún a los servidores públicos

sometidos a régimen especial debido a que las leyes citadas imponen la obligación a todos los empleados oficiales afiliados a cualquier Entidad de Previsión en este sentido.

Para hacer los “descuentos” por aportes no pagados, la Entidad Prestacional podrá reclamar a la Administración, donde laboró el servidor público durante el tiempo que corresponda, las certificaciones pertinentes a los pagos hechos al funcionario y los aportes descontados para poder determinar las diferencias del caso; no es posible reclamar al interesado tal documentación por encontrarse en poder de la Administración y por ser ésta la que unilateralmente determina tales descuentos.

No es de recibo que los aportes “no” pagados por el servidor público deban ser indexados o paguen intereses a cargo del funcionario, porque la omisión de su pago no es imputable al mismo; la deficiencia se debe fundamentalmente al Pagador de la Entidad y también a la falta de diligencia de la Entidad Prestacional que no reclama a la Administración el cumplimiento de esa obligación en debida forma.

Al final, las sumas insolutas, después de hechos los descuentos autorizados, serán indexadas, conforme a la fórmula ya señalada. Pero, a lo expresado por el A-quo, en este aspecto, se agrega : “Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes y para cada uno de los demás emolumentos que deban pagarse.”

En ese orden de ideas se puede afirmar que los trabajadores de la Contraloría General de la República que adquirieron el derecho a su pensión, gozan de un régimen “especial”, que es el Decreto Ley 929 de 1976 y tal prestación se liquida con base en el Decreto Ley 1045 de 1976, sin que se apliquen disposiciones de carácter general como de manera reiterada lo ha expresado el Consejo de Estado.²⁵

El artículo 7º del Decreto Ley 929 de 1976 establece que la pensión ordinaria de jubilación es equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre.

El Decreto 1045 de 1978 en su artículo 45 hace un listado de los factores salariales para la liquidación de cesantía y pensiones, pero esta enumeración no se puede tomar como taxativa, pues por pronunciamientos de la misma Corporación se han incluido como factores otros aspectos, tal es el caso de la Bonificación Especial.

El valor de dichos factores se toma es de la certificación expedida por la Contraloría General de la República en la que consta lo percibido por el trabajador durante los últimos seis (6) meses. Si bien pueden existir prestaciones que no se perciben por la labor desarrollada dentro de los últimos seis (6) meses, la norma especial aplicable a la Contraloría General de la República indica que en la liquidación de la pensión se tendrá en cuenta el promedio de lo devengado como salario en dicho período.²⁶

Una interpretación contraria a lo anteriormente expuesto desdibujaría el régimen especial de dichos trabajadores, siendo improcedente considerar, por ejemplo, que dentro del quinquenio en la bonificación especial cada año se causa una quinta parte del valor certificado.

7. Procedencia excepcional de la acción de tutela para resolver los conflictos relacionados con el reconocimiento o la reliquidación de prestaciones sociales.

De conformidad con la jurisprudencia constitucional,²⁷ en principio, la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento o reliquidación de prestaciones sociales, particularmente en materia de pensiones.

Según lo ha precisado la jurisprudencia constitucional, por tratarse de derechos litigiosos de naturaleza legal y desarrollo progresivo, la competencia prevalente para resolver este tipo de conflictos ha sido asignada por el ordenamiento jurídico a la justicia laboral o contenciosa administrativa según el caso, siendo entonces dichas autoridades las llamadas a garantizar el ejercicio de tales derechos, en caso que se logre demostrar su amenaza o violación.

No obstante lo afirmado, la Corte ha señalado 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 valoradas por el juez constitucional en cada caso particular.

En efecto esta Corporación ha señalado que aunque en principio la existencia de otros medios de defensa judicial hace improcedente la acción de tutela, dado el carácter residual y subsidiario de la misma, tales circunstancias no implican que necesariamente y en todos los

casos, deba negarse el amparo. En tal medida, se hace necesario que el juez constitucional entre a analizar el caso concreto para determinar cuál es el medio adecuado para garantizar la protección reclamada.

En ese orden de ideas se puede concluir que la acción de tutela es procedente para proteger los derechos fundamentales, y en particular los derivados del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, en los siguientes casos:²⁸

i) Cuando no existe otro medio de defensa judicial, o cuando existiendo, el mismo no resulta idóneo para resolver el caso concreto, eventos en los que la tutela procede como mecanismo principal de defensa ante la imposibilidad material de solicitar una protección real y cierta por otra vía.

ii) cuando ésta se promueve como mecanismo transitorio, debiendo acreditar el demandante que el amparo constitucional es necesario para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, en cuyo caso la orden de protección tendrá efectos temporales, sólo hasta el momento en que la autoridad judicial competente decida en forma definitiva el conflicto planteado.

8. Condiciones exigidas para que la tutela proceda para obtener la reliquidación de la pensión. Reiteración de Jurisprudencia.

Si bien la jurisprudencia constitucional ha indicado que para el reconocimiento o reliquidación de las pensiones, las acciones laborales - ordinarias y contenciosas- constituyen los medios de impugnación adecuados e idóneos para la protección de los derechos fundamentales que de ella se derivan, excepcionalmente ha admitido, que en ciertos casos es posible que tales acciones pierdan toda eficacia jurídica para la consecución de los fines que buscan proteger, cuando de la evaluación de las circunstancias fácticas del caso o de la situación personal de solicitante del amparo constitucional así se desprenda.

En tal sentido ha expresado que excepcionalmente la acción de tutela procede para el reconocimiento o reliquidación de pensiones, cuando los titulares de esos derechos son personas de la tercera edad o 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

comunidad.29

En tales casos, ha considerado que 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, tiene entonces como fundamento 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...”

No sobra aclarar, sin embargo, que la condición de persona de la tercera edad no constituye por sí misma razón suficiente para definir la procedencia de la acción de tutela en estos casos. En efecto, para que el mecanismo de amparo constitucional pueda desplazar la vía judicial ordinaria o contenciosa, es también condición necesaria acreditar que el daño impetrado al solicitante afecta materialmente sus derechos fundamentales o aquellos que lo son por conexidad - como la dignidad, el mínimo vital, la salud y la subsistencia digna -, e igualmente, que darle trámite al litigio por el otro mecanismo de defensa hace temporalmente nugatorio el ejercicio y disfrute de tales derechos, haciendo mucho más gravosa la situación particular del actor. 30

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.

Con fundamento en el criterio general expuesto según el cual, la acción de tutela es procedente para reconocer derechos pensionales únicamente cuando el juez constitucional llegue a la convicción que es necesario brindar una protección urgente e inmediata que no es posible lograr a través del mecanismo ordinario de defensa, la jurisprudencia reiterada³¹ de esta Corporación ha señalado que la viabilidad del amparo en esos casos exige la acreditación de un perjuicio irremediable; circunstancia a la cual se llega previa ponderación por parte del juez de ciertos factores relacionados con:

(i) la edad para ser considerado sujeto especial de protección;

(ii) la condición física, económica o mental;

(iii) el grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital;

(iv) la existencia previa del derecho y la acreditación por parte del interesado de la presunta afectación;

(v) el despliegue de cierta actividad administrativa y procesal tendiente a obtener la protección de sus derechos.

A partir de estos criterios de interpretación, entra pues la Sala a establecer si en el presente caso que le corresponde resolver, se cumplen las condiciones sustanciales y formales que hacen viable la protección constitucional por vía de tutela.

9. El caso concreto.

De conformidad con la jurisprudencia constitucional,³² la acción de tutela es procedente en materia de reajuste pensional, siempre y cuando la ponderación de todos los factores relevantes para apreciar la existencia de un perjuicio irremediable lleve al juez a la convicción que de no brindarse la protección urgente e inmediata de los derechos del peticionario éstos se verían vulnerados o continuarían siendo gravemente amenazados.

Ahora bien en el asunto sub exámine se encuentra demostrado que el señor Becerra Becerra cumplió el 23 de marzo de 2004, los 55 años de edad y su último año de servicios culminó el 31 de diciembre de 1994 (laboró por más de 30 años al servicio a la entidad demandada).

Para el 1º de abril de 1994 (vigencia de la Ley 100/93) estaba en servicio activo, y había cumplido los dos requisitos legales del régimen de transición pensional que establece el artículo 36 de la Ley 100 (15 años de servicio y 40 años de edad), por lo que quedó sometido al régimen pensional anterior.

Por tal razón al actor le era aplicable el régimen “especial” consagrado para los funcionarios de la Contraloría General de la República establecido en el artículo 7º del Decreto Ley 926 de 1976, según el cual tenía derecho a que se le reconociera la pensión de jubilación en un monto equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre.

De igual manera, la Sala estima, que en el presente asunto no le asiste razón al fallador de instancia cuando denegó la acción de tutela, por no verificarse un perjuicio irremediable, pues analizados los diferentes factores relevantes se tiene que el señor Becerra Becerra enfrenta la posibilidad cierta e inminente de sufrir un perjuicio irremediable, lo que justifica conceder la acción de tutela para proteger los derechos fundamentales.

En efecto, analizados y ponderados todos los factores relevantes³³ se tiene lo siguiente:

1) Si bien en el escrito de tutela no se menciona la edad del actor, de la Resolución 008161 de 1995 mediante la cual se reconoció la pensión de jubilación se observa que el actor nació el 23 de marzo de 1939 por lo que a la fecha tiene 66 años.

2) Así mismo en el expediente está acreditado que el actor soporta quebrantos de salud propios de su edad, pues padece varias enfermedades crónicas, lo que lo sitúa en una situación de debilidad manifiesta (art. 13 inciso 3º C.P.).

3) En lo que respecta a la afectación de sus derechos fundamentales cabe destacar que el actor recibe una pensión muy inferior a la pensión que reciben otros funcionarios de la Contraloría General de la República,³⁴ pues para su caso no se tuvieron en cuenta todos los factores salariales como lo establece el artículo 7º del Decreto Ley 929 de 1976, lo cual supone un trato claramente discriminatorio y lesivo de su derecho fundamental al mínimo vital.³⁵

4) Si bien el actor no aportó en el proceso de tutela suficientes elementos fácticos, que

permitieran demostrar el grado de afectación de sus derechos con lo que en principio no se cumpliría con la carga de la argumentación y pruebas exigidas en estos casos por la jurisprudencia constitucional; la Sala estima, que esa sola circunstancia no está llamada a incidir de manera determinante en la ponderación efectuada, si se tiene en cuenta que de otro lado, aparece acreditada la desproporción del monto pensional recibido por el accionante frente al que le correspondería de acuerdo con el régimen especial que le era aplicable, por haber trabajado más de 30 años al servicio de la entidad demandada y al advertir además su edad avanzada, así como el hecho de que su único ingreso es la pensión de jubilación, pues así lo expresó el demandante y Cajanal no argumentó ni probó nada en contrario pues ni siquiera dio contestación a la acción de tutela interpuesta.

5) Para el caso, está acreditado que el actor ha desplegado toda la actividad procedimental que ha estado a su alcance, sin lograr con ella, que se le reconozca la pensión en el monto correspondiente a que tiene derecho.

III. 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. REVOCAR la sentencia dictada el 23 de septiembre de 2004 por el Juzgado Cuarto del Circuito de Bogotá mediante la cual declaró improcedente la tutela instaurada por Jaime Becerra Becerra contra la Caja Nacional de Previsión Social -CAJANAL- y en su lugar CONCEDER la tutela interpuesta, para la protección de los derechos fundamentales a la igualdad y al mínimo vital.

Segundo. En consecuencia, ordenar a la Caja Nacional de Previsión Social -CAJANAL- que a partir la fecha en que se le notifique esta providencia, adopte la decisión que corresponda, tomando en cuenta la certificación expedida por la Contraloría General de la República en la que consta lo percibido por el actor durante los últimos seis (6) meses anteriores al retiro del servicio y en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 7° del Decreto 926 de 1976.

Tercero. Por Secretaría, LIBRESE la comunicación prevista por el artículo 36 del decreto

2591 de 1991.

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

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Resoluciones 010763 de 27 de Septiembre de 1995 y 03555 de 29 de Noviembre del mismo año.

2 Procuradora Delegada en lo Laboral.

3 En esa oportunidad el actor solicitó:

i) Como consecuencia de la nulidad planteada y a titulo de restablecimiento del derecho, se ordenará a la Caja Nacional de Previsión Social liquidar la pensión de jubilación que le correspondía, teniendo en cuenta, para esta nueva liquidación, todos los salarios o factores devengados durante el último semestre de servicio, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del Decreto 720 de 1978.

ii) Se le reconociera y pagara la indexación o ajuste de valor previsto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, sobre todas las diferencias pensionales dejadas de liquidar y pagar oportunamente desde su causación hasta la ejecutoria de la sentencia que

se dictara.

iii) Se condenará a Cajanal al reconocimiento y pago de los intereses establecidos en el inciso final del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo desde la ejecutoria de la sentencia hasta cuando aparezcan efectuados los pagos de las condenas.

iv) Se condenará a la demandada al pago a las costas de dicho juicio incluyendo las agencias en derecho de conformidad con lo previsto en el artículo 55 de la ley 446 de 1998 modificadorio del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo.

vi) A la sentencia que se profiriera se le diera cumplimiento dentro del término estipulado en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

4 A ese respecto en la sentencia T-470/02 M.P. Alfredo Beltran Sierra se dijo “para lograr el cabal cumplimiento de los fines perseguidos por el Estado, se impone que las autoridades encargadas del reconocimiento de los derechos de las personas lo hagan en efecto, sin buscar esquinces, sin poner trabas que dificulten o hagan menos posible el goce efectivo de los derechos de las personas”.

5 Sobre la irrenunciabilidad del derecho a la seguridad social en la sentencia T-631 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra la Corte afirmó:

La irrenunciabilidad significa que el aspirante a pensionado no puede renunciar a que se le otorgue su derecho, ni total ni parcialmente.⁵

La sentencia T-049/02 indicó:

“La Constitución Política establece en su artículo 48 que la seguridad social es un derecho de naturaleza irrenunciable, como “manifestación concreta del Estado Social de Derecho”⁵. Tal derecho está constituido a su vez por varias expresiones entre las cuales se encuentra el derecho a pensión en sus diferentes modalidades, las cuales incluyen la pensión de sobrevivientes.

Al ser ésta una proyección concreta de la seguridad social, tiene el carácter de irrenunciable. La Corte en numerosas ocasiones ha protegido a través de la tutela el derecho a percibir mesadas pensionales⁵ de pensión de sobrevivientes e inclusive ha reconocido la pensión de

sobrevivientes, por considerarla como derecho irrenunciable.”

Si la entidad encargada del reconocimiento de una pensión no lo hace por lo que legalmente corresponde, el afectado no puede renunciar a reclamar lo debido. Sería atentar contra los derechos fundamentales que se considerara que no puede reclamar amparo el pensionado a quien se le ha efectuado una incorrecta liquidación de su mesada, en detrimento del debido proceso y del mínimo vital.”

Evidentes razones de justicia material llevaron al constituyente a vincular al Estado con la garantía de la dignidad de quienes, al término de su vida laboral, luego de contribuir con su trabajo a la construcción de la riqueza nacional, merecen de la sociedad, no sólo un justo reconocimiento sino una pensión equivalente a un porcentaje de su salario, para asegurar una vejez tranquila. Frente a este derecho, el Estado debe actuar con toda energía y prontitud, de manera tal que quienes han adquirido, en virtud de su edad y años de trabajo, una pensión de jubilación o vejez, no se vean, ni siquiera transitoriamente, desprotegidos frente a actos arbitrarios o negligentes del propio Estado o de los particulares que por ley estén obligados a asumir la prestación social.”

6 En la misma Sentencia T-631 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra al referirse al principio de favorabilidad en la interpretación y aplicación de la norma como mandato constitucional, afirmó lo siguiente:

“El principio de favorabilidad en la interpretación y aplicación de la norma es mandato constitucional (artículo 53 C.P.). Además tiene respaldo en toda la doctrina y jurisprudencia laboral y de la seguridad social. Expresamente está establecida la favorabilidad desde la ley 6ª de 1945, artículo 36: “Las disposiciones de esta sección (sobre prestaciones oficiales) y de la sección segunda, en cuanto sean mas favorables a los trabajadores (empleados y obreros) tanto oficiales como particulares, se aplicarán de preferencia a cualquier otra que regulen la materia a que aquella se refieren a su turno, estas últimas se aplicarán de preferencia a las referidas secciones de la presente ley, en cuanto fueran mas favorables a los trabajadores”. El artículo 21 del C.S. del T. se pronuncia en el mismo sentido. Por lo tanto, ninguna autoridad puede sustraerse a darle plena eficacia a dicho principio.

En la C-168/95 la Corte Constitucional dijo:

“La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador”⁶. (Resaltado fuera de texto).

La misma C-168 de 1995 dijo sobre favorabilidad, en el tema de pensiones:

“Y en punto a la aplicación del principio de favorabilidad en materia de régimen pensional, considera la Corte que esta es labor que incumbe al juez en cada caso concreto, pues es imposible, en juicios de constitucionalidad, confrontar la norma acusada que es genérica, con cada una de las distintas normas contempladas en los diferentes regímenes pensionales que antes de la vigencia de la ley 100 de 1993 existían en el sector privado y en el público, para establecer cuál resulta más favorable a determinado trabajador.”

Desconocer la condición mas favorable afecta el debido proceso como lo ha señalado la Corte en la T-456/94, T-440/98, T-369/98, T-242/98, T-549/98, C-177/98, T-295/99, T-408/00 y T-1294/02.

Dentro del anterior contexto, no puede haber exclusión de beneficios en el caso de regímenes especiales porque si la norma señala varios aspectos beneficiosos, no se puede decir que unos se aplican y otros no. Tal proceder afecta el carácter inescindible de las normas y viola los principios constitucionales antes referidos.”

7 El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos afirma que las personas tienen derecho de propiedad sobre la seguridad social, luego no se trata solamente de proteger a quien ha adquirido el status de jubilado, sino que la teoría de la seguridad social también conserva los derechos en via de adquisición.

8 Ver entre otras la Sentencia T-631 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

9 Ver Sentencia T-169 de 2003 M.P. Jaime Araujo Rentería

10 Ver Sentencia T-631 de 2002. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

11 En España, por ejemplo, existen numerosos regímenes especiales, la Ley de seguridad

social presenta una lista abierta, que puede ser ampliada. Están los regímenes especiales para los trabajadores agrícolas, los trabajadores del mar, los trabajadores autónomos, los funcionarios públicos civiles y militares, los empleados de hogar, los estudiantes, y se permite que el Ministerio de Trabajo determine otros regímenes especiales¹¹.

12 Ver Sentencia C-129 del 1 de abril de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

13 Ver Sentencia T-169 de 2003 M.P. Jaime Araujo Rentería

14 Sentencias T-169 de 2003 M.P. Jaime Araujo Rentería y T-631 de 2002. Mag. Pon. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

15 El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptúa su aplicación a los Miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

16 Artículo 4° del Decreto 691 de 1994:

17 La ley 33 de 1985, parágrafo 2° del artículo 1° estableció una especie de régimen de transición. También se permitieron las excepciones que determine la ley respecto del régimen general, en el artículo 27 del decreto 3135 de 1968.

18 Esta Corporación en la sentencia T-235/02 precisó hasta cuándo opera el régimen de transición y los regímenes especiales:

“Si dentro de las Ramas y Entidades del Estado, reseñadas en el decreto 691/94 había sectores que tenían regímenes especiales, significa que éstos también fenecen al terminar el régimen de transición del artículo 36 de la ley 100/93, o sea el 30 de marzo de 2014 al cumplir 60 años los varones que el 1° de abril tenían 40 años de edad y al cumplir 55 años las mujeres que a tal fecha tenían 35 años de edad.

Hay que agregar que el decreto 691/94 estableció unas excepciones porque la norma no podía violar derechos adquiridos. Esas excepciones son las establecidas en los llamados regímenes exceptuados (artículo 279 Ley 100/93) y los establecidos en el artículo 28 del decreto 104/94, en el decreto 314/94 y en el decreto 1359/93 (parlamentarios y por extensión normativa a los Magistrados de la Corte Suprema, Consejo de Estado, Corte Constitucional, Consejo Superior de la Judicatura).”

19 En la sentencia T-534/01, M.P. Jaime Córdoba Triviño, se dijo:

“Por otra parte, el respeto de los derechos adquiridos con base en regímenes pensionales anteriores está previsto en el inciso final del artículo 36, el cual establece que quienes a la fecha de vigencia de la Ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez de acuerdo a normas favorables anteriores, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos.

Como puede advertirse, entonces, en este momento coexisten varios regímenes pensionales solidarios de prima media con prestación definida. La regla general establecida en el artículo 33 de la Ley 100, el régimen de transición establecido en el artículo 36, los regímenes excepcionales previstos en el artículo 279 y en otras disposiciones y los derechos adquiridos con base en regímenes pensionales anteriores.”

20 Ver entre otras las sentencias T- 083/04 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-169 de 2003 M.P. Jaime Araujo Rentería, SU- 975 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-631 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-470 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-189 de 2001 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

21 En la Sentencia T-631 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra se dijo sobre el asunto lo siguiente:

“Se incurre en vía de hecho cuando la actuación de una autoridad pública carece de fundamento objetivo, obedece a motivaciones internas y tiene como consecuencia la violación de derechos fundamentales, especialmente el del debido proceso. Una conducta de éstas desconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona (artículo 5), la prevalencia del derecho sustancial (artículo 228) y por consiguiente, el juez de tutela debe proceder a la defensa de los derechos fundamentales vulnerados (T-79/93).

Las entidades encargadas del reconocimiento de una pensión de jubilación o vejez, se encuentran obligadas constitucionalmente a garantizar en el trámite y reconocimiento de las pensiones, los derechos mínimos de los trabajadores consagrados en el artículo 53 de la Constitución, los cuales, como lo ha establecido esta Corte, son inalienables, irrenunciables,

no pueden ser disminuidos, ni se puede transigir sobre ellos “y se imponen inclusive al legislador y desde luego a los jueces y a los funcionarios administrativos”.

Un yerro fáctico en tal sentido constituye una vía de hecho mediante la cual se viola el debido proceso dice la sentencia T-470/02 y por lo tanto, determinó el citado fallo, que no se aplica la resolución que comete tal violación, aunque estuviere ejecutoriada.

En el caso que dio origen a la T-470/02, la entidad gestora dijo que había lugar al régimen de transición, pero no se aplicó el régimen especial para los funcionarios judiciales. La Corte consideró que tal comportamiento significaba que hubo violación al debido proceso.

La misma situación ocurre si se afectan derechos fundamentales por aplicaciones recortadas de dicho régimen especial.

Pero no solamente se viola el derecho fundamental al debido proceso cuando por una inaplicación del régimen especial se hace una liquidación equivocada de la mesada pensional.

En la T-189/01,21 se concedió la tutela porque el peticionario tenía derecho al régimen especial de los funcionarios de la rama jurisdiccional y el ministerio público ya que “trabajó mas de diez años al servicio de la rama jurisdiccional”. Se ordenó que se liquidara según el decreto 546/71. El fallo cita las siguientes sentencias del Consejo de Estado en este aspecto de la correcta liquidación: 2 de noviembre de 1977, 28 de octubre de 1993, 10 de abril de 1993, 2 de octubre de 1996, 8 de mayo de 1997. Dentro de la argumentación del citado fallo T-189/01 se resalta lo siguiente:

“Así las cosas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1º, 6º y 8º del Decreto ley 546 de 1971, la mesada pensional del actor debió liquidarse sobre la asignación mensual más elevada, devengada durante el último año de servicios y ser equivalente al 75% de dicha asignación, porque él trabajó durante más de 10 años al servicio de la Rama Judicial y tal era la previsión legal cuando reunió los requisitos de tiempo y edad que lo hicieron acreedor al derecho.

De tal manera que no le asiste razón a la entidad de previsión accionada al pretender liquidar

la asignación del actor con base en las disposiciones de las Leyes 33 y 62 de 1985, porque el artículo 1° de aquella dispuso que su normatividad no le era aplicable a los empleados oficiales sometidos a un régimen pensional propio y ésta nada dijo respecto de la anterior previsión.

De otra parte, la Sala no encuentra justificada la explicación de la entidad accionada por cuya virtud, para reconocerle al actor su estado de pensionado procedía aplicarle el régimen que le es propio -Decreto ley 546 de 1971- empero, para hacer efectivo tal reconocimiento, es decir para liquidar el monto de su mesada pensional, una vez producido su retiro, debían aplicarse las disposiciones relativas a la liquidación de la pensión de jubilación de los empleados oficiales, porque en el estatuto citado no se encuentran vacíos que permitan acudir a un régimen similar, habida cuenta que regula las condiciones para acceder al derecho y la cuantía del mismo.

Asimismo, cuando en materia laboral se requiere una aplicación analógica, de conformidad con lo ordenado por el artículo 53 de la Constitución Política, debe acudirse a en auxilio de disposiciones favorables al trabajador, que para el caso serían las Leyes 332 de 1996 y 476 de 1997, en cuanto disponen tener en cuenta la prima especial como factor de liquidación pensional, y no elegir aquellas que desmejoran su situación. Sin embargo, como los artículos 1° y 6° del Decreto ley 546 de 1971, disponen que los funcionarios y empleados de la “rama jurisdiccional y del Ministerio Público” tendrán derecho a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación, i) “al llegar a los 55 años de edad si son hombres (..)” “y cumplir veinte (20) años de servicio continuos o discontinuos anteriores o posteriores a la vigencia de este decreto de los cuales por lo menos diez lo hayan sido exclusivamente en la rama jurisdiccional o al Ministerio Público, o a ambas actividades” ii) “equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas.” Y el artículo 8°-también aplicable al actor, porque debió forzosamente retirarse del servicio por la edad alcanzada- no solo repite el porcentaje de liquidación y la suma sobre la cual debe aplicarse, sino que aclara que la suma a liquidar no estará sujeta a límite de cuantía, tal aplicación analógica no es procedente por innecesaria.”

Significa lo anterior que una incorrecta liquidación de una pensión puede violar los derechos al debido proceso, al trabajo, a la seguridad social, a la vida digna y la garantía a los

derechos adquiridos.”

22 Art. 8°. Decreto 929 de 1976: “ Si el tiempo de servicio a que se refiere el artículo anterior se hubiere prestado en la Contraloría General de la República en lapso menor de diez años, LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN se liquidará en la FORMA ORDINARIA establecida para los empleados de la Rama Administrativa del Poder público. ”

23 En ese sentido se pueden consultar entre otras, la Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda el 15 de julio de 2004, Actor Félix Antonio Orjuela Orjuela, C.P Tarsicio Cáceres Toro, la sentencia de julio 27 de 2000, Radicación número: 16.855 Actor: José Humberto Pérez Hernández, C.P. Tarsicio Cáceres Toro, la sentencia de enero 28 de 1999, Expediente 9774482 Actor Héctor Julio Hernández C.P. Carlos A. Orjuela Góngora, la sentencia de abril 30 de 1998, Expediente 14.785 Actor Gustavo Pinzon Garzón C.P. Javier Díaz Bueno, la sentencia de abril 30 de 1998, Expediente 16.947 Actora Alicia Rusinke de Romero C.P. Carlos A. Orjuela Góngora.

24 El artículo 1º de la Ley 33 de 1985 señala:

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

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquéllos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones. . . . ” (negrilla y subrayado adicionado)

25 Sentencia de Septiembre 10 de 1998 de la Subsección “A” de la Sección 2ª del Consejo de Estado, M. P. Nicolás Pájaro, exp. No. 14371, que a su vez cita la sentencia de Junio 12/97 M. P. Clara Forero de Castro del exp. No. 14013.

Sentencia de Septiembre 05 de 2002 de la Subsección “A” de la Sección 2ª del Consejo de Estado, M. P. Ana Margarita Olaya Forero, exp. No. 0534-02, que cita la Sentencia de oct. 11

de 1994 M. P. Carlos Orjuela G, exp. 7639.

Sentencia de Febrero 6 de 2003 de la Subsección "B" de la Sección 2ª del Consejo de Estado, M. P. Jesús María Lemos Bustamante, exp. No. 3579-02.

Sentencia de Mayo 03 de 2003 de la Subsección "A" de la Sección 2ª del Consejo de Estado, M. P. Alberto Arango Mantilla, exp. No. 4074-01.

Sentencia de junio 26 de 2003 de la Subsección "B" de la Sección 2ª del Consejo de Estado, M. P. Alejandro Ordóñez Maldonado, exp. No. 0672-02.

26 En la sentencia de Octubre 9 de 97 de la Sección 2ª del Consejo de Estado, M. P. Dr. Carlos A. Orjuela Góngora, exp. No. 15020, dijo:

"... Ahora bien, corresponde a la sala determinar qué factores salariales deben tenerse en cuenta para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación del Accionante.

Para la Administración la norma especial no hace referencia alguna a factores salariales para los referidos efectos y por lo tanto, la prestación reconocida debe liquidarse teniendo en cuenta lo preceptuado en el Art. 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 del mismo año.

El artículo 1º de la ley 33 de 1985 determina:

Art. 1º. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y que llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55), tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una PENSIÓN MENSUAL VITALICIA DE JUBILACIÓN equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

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

Si bien es cierto que la precitada ley limitó el valor de la liquidación de las mesadas pensionales al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último

año de servicios, nótese como ésta normatividad exceptuó expresamente a aquellos empleados que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones, como es el caso del demandante, por disfrutar de un régimen especial de pensiones contemplado en el Decreto 929 de 1976.

Es de relevar además que con la expedición de la ley 62 de 1985 quedó incólume el Art. 1° de la Ley 33 del mismo año, porque la primera de las citadas lo único que hizo fue modificar el artículo 3° relacionado con los aportes que cancelan todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión.

“Art. 7°. Los funcionarios y empleados de la Contraloría General tendrán derecho, al llegar a los 55 años de edad, si son hombres, y a 50 si son mujeres, y cumplir 20 años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este decreto, de los cuales por lo menos diez lo hayan sido exclusivamente a la Contraloría General de la República, a una PENSIÓN ORDINARIA VITALICIA DE JUBILACIÓN equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados, durante el último semestre. ”

En este orden de ideas para el caso del Demandante, por haber prestado servicios a la Contraloría General de la República por tiempo superior a los veinte años, era beneficiario del régimen especial para estos funcionarios, y así podía obtener una pensión de jubilación equivalente al 75% de los salarios percibidos durante el último semestre, con 55 años de edad y 20 años de servicio.

De conformidad con lo anotado la demandada debía incluir en el cómputo del salario todos los factores que lo integran, tales como la bonificación especial, las vacaciones, la prima vacacional, la prima de servicios, la prima de navidad, percibidas por el actor del 1° de abril al 30 de septiembre de 1991 correspondiente al último semestre de servicios, prima de grado proporcional, Rural, Prima de Alimentación y de Navidad, pues no es viable ni de recibo que con aplicación de las leyes 33 y 62 de 1985 estos factores se excluyeran como efectivamente se hizo. En este punto la sentencia recurrida amerita ser confirmada” (fls. 99 a 101 exp).

27 Ver entre otras, las sentencias T-083 de 2004, T-463 de 2003, T-1083 de 2001 y T- 634 de 2002, 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, T618 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-371 de 1996, T-456 de 1994 y T-426 de 1992.

28 Sentencia T-083 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil

29 T-083 de 2004 y T- 076 de 2003 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), entre otras.

30 Sentencia T-083 de 2004.

31 En la Sentencia SU-975 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), la Corte hizo expresa referencia a estos criterios de ponderación en materia de reconocimiento de derechos pensionales por vía de tutela, consolidando el precedente fijado por la propia jurisprudencia en un sinnúmero de fallos dictados por las distintas Salas de Revisión.

32 Ver entre otras las sentencias T-083 de 2004, T-463 de 2003, 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.

33 Sobre la ponderación de factores se puede consultar la sentencia SU-975 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

34 Así lo demuestran las Resoluciones dictadas por la Caja Nacional de Previsión Social donde se hace el reconocimiento de la totalidad de la pensión de jubilación a los señores José A. Guzmán (Resolución No. 024393 de 1997) y a Héctor J. Fernández (Resolución No. 007855 de 1994).

35 Sentencia T-631 de 2000, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra: “La disminución de lo justo, en la liquidación de una pensión, afecta la calidad de vida del aspirante a pensionado, acostumbrado en su actividad laboral a recibir un salario que le ha permitido fijarse determinadas metas y compromisos. El mínimo vital tiene una dimensión cualitativa y no cuantitativa”.