

Sentencia T-526/10

RELIQUIDACION DE PENSION DE VEJEZ-Requisitos de procedibilidad por vía de tutela

ACCION DE TUTELA PARA RELIQUIDACION DE PENSION DE VEJEZ-Caso en que no existen elementos de juicio que permitan concluir la existencia de un perjuicio irremediable para su procedencia

En el expediente no existen elementos de juicio que permitan concluir que ha acaecido o acaecerá en el accionante un perjuicio irremediable que haga procedente la acción de tutela, como quiera que en primer lugar no se constata la inminencia ni la gravedad de un daño, esto es, de una circunstancia que permita concluir con algún grado de certeza el acaecimiento de un perjuicio irremediable. Por el contrario, la argumentación del accionante se basó en la conjetura hipotética de que su perjuicio se configura al ser la mesada pensional menor al salario que venía recibiendo, circunstancia objetiva que a falta de prueba no permite concluir la gravedad en la afectación de un derecho de gran significación como es el mínimo vital, la salud o la dignidad humana.

Referencia: expediente T-2.499.572

Acción de tutela instaurada por Gonzalo contra el Instituto de Seguros Sociales Pensiones.

Magistrado Ponente:

Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de junio de dos mil diez (2010)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, JORGE IVÁN PALACIO PALACIO y JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del trámite de revisión de los fallos de tutela emitidos por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Bogotá y la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma

ciudad, en primera y segunda instancia, respectivamente.

I. ANTECEDENTES.

1. Hechos.

Gonzalo1, mediante apoderado, formuló acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales -en adelante ISS- por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la vida, a la seguridad social y al mínimo vital.

Señaló el accionante que es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto “para el primero (1°) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994), fecha en la cual entró a regir la Ley 100 de 1993, tenía más de 50 años cumplidos, y había prestado sus servicios para entidades del Estado y efectuado cotizaciones al Seguro Social por más de 16 años”. En razón a lo anterior, manifestó que le es aplicable en su integridad el régimen pensional previsto en los artículos 1° y 3° de la Ley 33 de 1985, el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, artículo 15 de la Ley 4ª de 1992 y el artículo 2° del Decreto 393 de 2006, condiciones que estaban vigentes al momento de cumplir los requisitos para adquirir el derecho a la pensión.

Adujo el demandante en tutela que la entidad accionada mediante resolución No. 010544 de 12 de abril de 2005 definió su situación pensional cimentada en las previsiones de la Ley 100 de 1993 y estableció el monto de la prestación en una cuantía equivalente al 65.15%, conforme a lo previsto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, esto es, en una cuantía de cuatro millones ciento cincuenta y dos mil ciento treinta y ocho pesos (\$4.152.138).

Expuso el peticionario que la entidad demandada, por resolución No. 018826 de 18 de mayo de 2006, mediante la cual modificó la resolución No. 010544, admitió que el accionante es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, definió su situación pensional de acuerdo con la Ley 71 de 1988 y reconoció su derecho a la pensión en cuantía de cinco millones doscientos sesenta y nueve mil quinientos noventa y cinco pesos (\$5.269.595). Dijo que “para calcular la pensión en el monto antes indicado, absurdamente el Seguro Social tomó el promedio de lo cotizado entre el día 21 de enero de 1996 y el día 28 de febrero de 2006, aplicando indebidamente el inciso tercero del artículo

36 de la Ley 100 de 1993, pues al darle la interpretación fraccionada a la norma en comentario como lo hizo, incurrió en violación del principio de 'inescindibilidad de la ley' que prohíbe dentro de una sana hermenéutica desmembrar las normas legales (...)"

Arguyó el accionante que el ISS por Resolución No. 031741 de 8 de agosto de 2006, reliquidó su pensión y tuvo en cuenta los factores salariales previstos en el Decreto 1158 de 1994. Lo anterior, señaló el peticionario, es "inaplicable a su caso, simplemente por cuanto dicho decreto es reglamentario de la Ley 100 de 1993 que sólo es aplicable a quienes quedaron involucrados en el Sistema General de Seguridad Social creado en la referida Ley, más no a quienes (...) estaban cobijados por la transición". En esta resolución se determinó el monto de la pensión en cinco millones doscientos veintiocho mil doscientos cuarenta y tres pesos (\$5.228.243) y según adujo el demandante, la entidad accionada "no tuvo en cuenta los factores salariales base de cotización, enlistados en el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, artículo 1° de la Ley 62 de 1985, artículo 15 de la Ley 4° de 1992 y el artículo 2° del Decreto 393 de 2006".

El 3 de octubre de 2008, el accionante solicitó al ISS la reliquidación de su pensión en los términos de los artículos 1° y 3° de la Ley 33 de 1985 y demás normas señaladas, "es decir, para que se liquidara su derecho pensional en un monto equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio".

Con ocasión de la solicitud presentada, el ISS el 15 de abril de 2009 por resolución No. 014779 negó la reliquidación de la pensión, al considerar que "no es viable jurídicamente liquidar la prestación con el promedio de lo devengado durante el último año de servicio, sino con el promedio de lo devengado durante el tiempo que le hiciera falta al momento de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para adquirir el derecho a la Pensión de Jubilación".

Por lo anterior, consideró el accionante, que el ISS al inaplicar la Ley 33 de 1985 y demás normas mencionadas, "desnaturalizó el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al dejar de aplicar los principios de favorabilidad de la Ley acorde con lo ordenado en el artículo 53 de la Constitución Nacional (...)". Dijo que "aunque reconoció que el Doctor Gonzalo es beneficiario del régimen de transición y que se le deben aplicar las

normas favorables, absurdamente aplicó indebidamente el método de cálculo de ingreso base para la liquidación de la pensión, [ya que] sólo tuvo en cuenta el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993”, sin considerar que “la norma del régimen especial [Ley 33 de 1985] contiene un método de cálculo de la pensión propio, cuya aplicación no puede pretermirse en virtud del uso de la fórmula general contenida en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en cuyo caso conllevó a que se le desconociera al Doctor Gonzalo el principio de favorabilidad laboral y respeto de los derechos por él adquiridos, garantías protegidas por el régimen de transición en materia pensional”.

Señaló el peticionario que tiene “derecho a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, que sin duda alguna, está constituido por la asignación básica, gastos de representación, prima especial de servicios, prima de navidad”, lo que equivaldría a catorce millones trescientos sesenta y siete mil seiscientos cincuenta y seis pesos (\$14.367.656.13) y se le reconoció la suma de cinco millones doscientos veintiocho mil doscientos cuarenta y tres pesos (\$5.228.243), lo que constituye un valor sustancialmente menor al que, según argumentó, legalmente le corresponde.

Afirmó el accionante que con la Resolución No. 014779 se agotó la vía gubernativa, pues contra ésta no procede recurso alguno y que se incurrió en una vía de hecho “al dejar de aplicar, sin mediar razones suficientes los artículos 1° y 3° de la Ley 33 de 1985, artículo 1° de la Ley 62 de 1985, artículo 15 de la Ley 4° de 1992 y el artículo 2° del Decreto 393 de 2006, por ser beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993”, situación que además violó el principio de favorabilidad y el derecho al debido proceso.

Con respecto a la vulneración de sus derechos, argumentó que se desconoció su derecho a la pensión al “despachar y liquidar en un monto que no guarda proporcionalidad ni con sus ingresos, ni con los emolumentos sobre los cuales cotizó para su pensión”; que se transgredió su derecho a la vida, a la seguridad social y al mínimo vital porque la pensión es el reemplazo del salario que se devengaba para vivir cuando se tenía la fuerza, la edad y la capacidad laboral, por lo que, según señaló, “resulta inadmisibles que (...) retirado del servicio, se vea privado de una fuente económica proporcional a sus ingresos, todo lo cual tiene como fin garantizar su subsistencia y la de su familia en condiciones similares a las que

tenía cuando era laboralmente activo (...)."

Señaló que se afectó su derecho a la igualdad por "un trato discriminatorio frente a otros pensionados de la Rama Ejecutiva beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que en iguales condiciones, por la gracia de las decisiones de tutela, se les ha reconocido sus pensiones en los términos de la Ley 33 de 1985 y con los factores prestacionales enlistados para dicho régimen, y no en la forma en que le fue despachado su derecho, donde el SEGURO SOCIAL ni siquiera ponderó lo cotizado por el actor para determinar el monto de su derecho pensional".

Finalmente, dijo que la actuación del ISS, de no liquidar la pensión de acuerdo con lo previsto en la ley, le causa un perjuicio irremediable, pues se está "poniendo en peligro [su] subsistencia (...) y la de su familia, la cual comprende no sólo la alimentaria, sino todas aquellas cargas que conllevan su bienestar, máxime si se tiene en cuenta su avanzada edad y que se encuentra retirado definitivamente del servicio (...)". Agregó que "la pensión constituye el mínimo vital necesario para asegurar su subsistencia en condiciones de decoro y de dignidad, acorde al último cargo que ocupó al servicio del Estado (...) y dijo que "constituye un irrespeto a la dignidad humana, de quien, luego de haber prestado sus servicios, por un lapso superior a los veintiocho (28) años, para hacer efectivo el derecho a la pensión, que no es un obsequio o algo gratuito que se reclama, sino un derecho causado, deba apelar a ese mecanismo de defensa judicial, para hacerlo valer. De otro lado, la mesada pensional se traduce en un medio fundamental de subsistencia; mientras que la sumatoria de las circunstancias que rodean a una persona en esta etapa de la vida, conducen a deducir sin dificultad, que el pago disminuido en relación al que por Ley le corresponde, produce un perjuicio irremediable, pues sin duda se afecta su mínimo vital".

2. Solicitud de tutela.

Con base en lo anterior, el accionante solicitó de manera principal "otorgar el amparo de tutela solicitado de manera definitiva, ordenando para el efecto al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, que en el término de cinco (5) días contados a partir de la notificación del fallo de tutela, reliquide la pensión de jubilación del Doctor Gonzalo y consecuentemente ordene el pago y desde que casó (sic) el derecho, de una mesada pensional equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, en su

condición de Contralor General de la República, aplicando en su integridad los artículos 1° y 3° de la Ley 33 de 1985, artículo 1° de la Ley 62 de 1985, artículo 15 de la Ley 4° de 1992 y el artículo 2° del Decreto 393 de 2006, es decir, que tenga en cuenta para ello, la asignación básica mensual, los gastos de representación mensual, prima especial de servicios mensual, y 1/12 de la prima de navidad, conforme lo ha reiterado y sostenido la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado”.

Y señaló que en caso de estimar improcedente la tutela definitiva de los derechos fundamentales vulnerados, solicita conceder de manera transitoria el amparo de sus derechos.

3. Intervención de las entidades accionadas.

La entidad accionada no contestó la demanda de tutela a pesar de haber sido notificada de su admisión.

4. Pruebas relevantes aportadas al proceso.

a. Resolución No. 010544 de fecha 12 de abril de 2005, en la que el Gerente II Centro de Atención Pensiones de la Seccional Cundinamarca y D.C, considerando: “Que no obstante el hecho que el asegurado es beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el régimen aplicable en este caso sería el consagrado en la Ley 71 de 1988, pero teniendo en cuenta que los tiempos certificados por la UNIVERSIDAD DEL VALLE y el INCORA, no fueron aportados a Caja de previsión alguna ya que estas Instituciones no tienen Caja de previsión, toda vez que ellos mismos responden por sus prestaciones, no es viable la aplicación de dicha norma toda vez que esta exige que se hayan realizado aportes o cotizaciones, razón por la cual, la única norma aplicable es la Ley 100 de 1993, y según lo dispuesto por el artículo 33 de la misma, exige acreditar, 55 años de edad la mujer o 60 años de edad el hombre y mínimo 1000 semanas cotizadas, permitiendo contabilizar el tiempo laborado en entidades del Estado y no cotizando a ninguna Caja de Previsión y las semanas cotizadas a las diferentes entidades de previsión del sector público de cualquier orden. (...) Que para liquidar la pensión se tiene en cuenta el promedio de lo devengado o cotizado durante los 10 últimos años, actualizado con el índice de precios al consumidor (I.P.C.), al cual se le aplica el porcentaje que le corresponde según el número de semanas cotizadas conforme a lo dispuesto por los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993,

modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003. Que para el caso concreto del asegurado la liquidación se efectuó (sic) tomando en cuenta lo devengado durante 3,652 días anteriores a la última fecha de cotización arrojando un ingreso base de liquidación de \$6.373.197.00 al cual se le aplicó un porcentaje del 65.15% (...). Que en consecuencia, RESUELVE, ARTÍCULO PRIMERO: Conceder la Pensión de vejez al asegurado Gonzalo, identificado con la cédula de ciudadanía No. 17.090.910, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución, con una mesada pensional de \$ 4.152.138. 00, para el año 2005, la cual se dejará en suspenso de ingresar en nómina de pensionados hasta se acredite el retiro definitivo del servicio oficial” (fl. 46-49 cdno. 1ª instancia).

b. Resolución No. 018826 de fecha 18 de mayo de 2006 mediante la cual la Gerente II Centro de Atención Pensiones del Seguro Social Seccional Cundinamarca, considerando: “Que el Seguro Social, actuando de manera oficiosa, procede a revisar el expediente pensional del afiliado, estableciendo; Que el asegurado es beneficiario del Régimen de Transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto a 1 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la citada ley, contaba con mas de 40 años de edad y mas de 15 años de servicio y por consiguiente, el reconocimiento de la pensión de jubilación es viable teniendo en cuenta la edad, el tiempo de servicios y el monto que en el Régimen anterior a la vigencia del Sistema General de Pensiones le era aplicable (...). Que la liquidación de la pensión se efectuara tomando el promedio de lo devengado o cotizado durante el tiempo que le hacía falta para tener derecho a la pensión a la fecha de entrada en vigencia el Sistema General de Pensiones, actualizado anualmente con el I.P.C., conforme lo indicado por el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; para el caso concreto se tomaron los últimos 3566 días de cotización, desde el 21 de enero de 1996 a 28 de febrero de 2006, arrojando un ingreso base de liquidación de \$7.026.127, al cual se le aplica el 75% para una mesada pensional en el año 2006 de \$ 5.269.595, suma que es superior a la inicialmente reconocida (...) Que en consecuencia, RESUELVE ARTÍCULO PRIMERO: Modificar la Resolución NO. 010544 del 12 de abril de 2005 a través de la cual se concedió la pensión de vejez al asegurado Gonzalo de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución, en cuantía que al año 2006 asciende a \$5.269.595 (...)” (fl. 50-52 cdno. 1ª instancia).

c. Resolución No. 031741 de fecha 8 de agosto de 2006 por medio de la cual la Gerente II Centro de Atención Pensiones de la Seccional Cundinamarca y D.C., considerando: “Que en vista de que el asegurado allegó certificación expedida por el Gerente de Talento Humano de

la CONTRALORÍA GENERAL DE LA NACIÓN, por medio de la cual certifica que el asegurado en mención ejercerá su cargo de Contralor General de la República hasta el 31 de agosto de 2006; se procederá a revisar nuevamente la carpeta pensional. Que conforme a lo anterior y teniendo en cuenta que la prestación económica se había reconocido en Abril de 2005, se procederá a reliquidar la pensión, teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 36 inciso 3 de la ley 100 de 1993, actualizado anualmente con el IPC. Los factores salariales a tener en cuenta son los señalados en el Decreto 1158 de 1994. Que realizando la reliquidación se determinó que el ingreso base de liquidación sobre el cual se aplica el 75%, asciende a la suma de \$6.970.991 arrojando como consecuencia una mesada pensional al 31 de Agosto de 2006 de \$5.228.243 (...) Que en consecuencia, RESUELVE ARTÍCULO PRIMERO: INCLUIR EN NOMINA, la Resolución, No. 010544 del 12 de Abril de 2005, modificada por la Resolución No. 018826 del 18 de Mayo de 2006, por medio de la cual se le concedió Pensión de Jubilación por aportes al asegurado Gonzalo conforme a lo expresado en la parte motiva de esta Resolución, la cual quedará en los siguientes términos y cuantías: A partir 31/08/2006 Valor Pensión: \$5.228.243” (fl. 53-54 cdno. 1ª instancia).

d. Copia de la solicitud de reliquidación de la pensión presentada ante el ISS el 3 de octubre de 2008 (fl. 62-80 cdno. 1ª instancia).

e. Resolución No. 014779 de fecha 15 de abril de 2009, por medio de la cual el Gerente II Centro de Atención Pensiones de la Seccional Cundinamarca y D.C., considerando: “Que mediante escrito radicado el día 16 de Junio de 2008, el señor Gonzalo a través de apoderado (...) solicita la Reliquidación de la Pensión en el sentido de tomar como ingreso base de liquidación el promedio de lo aportado por el suscrito en el último año de trabajo de conformidad con la Ley 33 de 1985. Que a efectos de resolver la solicitud formulada se hace un nuevo análisis del expediente, encontrando: (...) Que para el estudio reconocimiento y pago de toda prestación económica, se debe tener en cuenta el principio de favorabilidad estipulado en el artículo 288 de la Ley 100 de 1993. Para dar respuesta a la solicitud del asegurado se procedió a estudiar el Art 36 de la Ley 100 de 1993 primario decía ‘Que el ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo de lo que les hiciere falta para ello. Y la parte final del inciso 3 decía: Sin embargo cuando el tiempo que les hiciere falta fuere igual o inferior a dos años a la entrada en vigencia de la presente Ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el

promedio de lo devengado en los dos últimos años. Para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los trabajadores del sector público'. De igual forma la parte final del inciso 3 del precitado artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 168 del 20 de Abril de 1995, con ponencia del magistrado ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz. Por consiguiente la norma excluyó de su texto la prevenda liquidando con el promedio de lo devengado durante el tiempo en que le hiciera falta para adquirir el derecho. (...) Por lo tanto, no es viable jurídicamente liquidar la prestación con el promedio de lo devengado durante el último año de servicio, sino con el promedio de lo devengado durante el tiempo que le hiciera falta al momento de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para adquirir el derecho a la Pensión de jubilación, tal como lo fue liquidado en la Resolución No. 031741 del 8 de Agosto de 2006. Que con base en lo anterior y atendiendo a lo solicitado no procede la modificación. Que en consecuencia, RESUELVE ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar la Resolución No. 031741 del 8 de Agosto de 2006, a través de la cual se ingreso (sic) la Resolución No. 010544 del 12 de abril de 2005, modificada por la Resolución No. 018826 del 18 de mayo de 2006 que concedió la pensión solicitada por el asegurado Gonzalo de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución" (fl. 82-83 cdno. 1ª instancia).

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN.

El 22 de septiembre de 2009 el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Bogotá resolvió declarar improcedente la acción de tutela.

Consideró que: "1. (...) Al accionante le está siendo cancelada la mesada pensional desde el mes de octubre del 2006, y veinte meses después (el 16 de junio del 2008) solicitó la reliquidación porque la entidad accionada no realizó de manera correcta dicha reliquidación, ante lo cual se puede afirmar que no hay inmediatez, y no resulta viable admitir que exista un perjuicio irremediable, ya que este no se demostró. 2º En este caso, no se puede aplicar la reciente tutela T-483 de 2009, porque hace referencia a regimenes especiales regulados por 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', ya que el accionante no está cobijado por dicho régimen especial. 3º La entidad accionada, dio razones para no acceder a lo pretendido por medio de la tutela, concretamente se cita la sentencia de la Corte Constitucional C-168 del 20 de abril de 1995,

para no acceder a realizar la reliquidación con el promedio de lo devengado en el último año, de manera que salvo mejor criterio, se está en presencia de una controversia jurídica que no puede ser resuelta por el juez de tutela, sino por el juez ordinario que tiene competencia para ello”.

El accionante impugnó el fallo de primera instancia. Consideró que las prestaciones pensionales se pueden reclamar en cualquier tiempo y que entre la decisión que le negó la reliquidación de su derecho y la presente acción de tutela no ha transcurrido mucho tiempo. Dijo que lo que alega es que se le aplique el régimen pensional anterior a la Ley 100 de 1993, que es el que lo gobierna por ser beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Afirmó que la tutela T-483-09 se citó para explicar que la acción procedía como mecanismo definitivo y señaló que lo que se pretende es que se reliquide su pensión “con un monto equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio”.

El 30 de octubre de 2009, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó el fallo impugnado. Estimó que “no puede predicarse vía de hecho cuando se falta al principio de la inmediatez y, además, no se demostró perjuicio irremediable que permita omitir el carácter subsidiario del mecanismo constitucional”. Agregó que “es inaceptable que se acuda a la tutela para exigir reliquidación de pensión concedida desde el 12 de abril de 2005, máxime cuando en el 2006 su monto se modificó en dos ocasiones y Gonzalo recibió el pago mensual por tiempo aproximado de 2 años sin formular reproche”. Consideró que “la parte actora no probó la existencia de perjuicio irremediable que facultara la intervención del juez constitucional, y en consecuencia, la legalidad de los controvertidos actos administrativos del I.S.S. debe demandarse ante la autoridad judicial natural” y dijo que “[s]e mencionó vulneración del mínimo vital sin allegarse prueba que permitiera demostrarla (...)” y que “[e]l monto de la pensión es asunto que se debe discutir con acción de nulidad y restablecimiento del derecho. La eficacia del procedimiento es indiscutible, pues el demandante puede pedir desde el inicio la suspensión provisional del acto que se tacha de ilegítimo”.

III. REVISIÓN POR LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Remitido el expediente a esta Corporación, la Sala de Selección Número Dos, mediante auto

de veintiséis (26) de febrero de dos mil diez (2010), dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes, así como por la escogencia del caso que hizo la Sala de Selección.

2. CONSIDERACIONES.

2.1 Problema jurídico y esquema de resolución.

Esta Sala pasa a determinar si el Instituto de Seguros Sociales vulneró el derecho al debido proceso, a la seguridad social y al mínimo vital del accionante, debido a que en la reliquidación de su pensión de vejez no aplicó en su integridad el régimen especial que lo amparaba al ser beneficiario del régimen de transición y que, según señaló el accionante, le otorgaba el derecho pensional en un monto equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes del último año de servicio, y no, como lo efectuó la entidad accionante, en un monto producto del promedio de lo devengado durante el tiempo que le hiciere falta al momento de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para adquirir el derecho a la pensión de jubilación (inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993).

A fin de resolver el anterior problema jurídico, en primer lugar esta Sala analizará la procedencia de la acción de tutela para reliquidar la pensión de vejez en este caso concreto, y si fuere pertinente, estudiará si el Instituto de Seguros Sociales en su actuación vulneró los derechos fundamentales del accionante.

1. La regla general acerca de la procedencia de la acción de tutela, es que ésta fue instituida como un mecanismo subsidiario para el amparo de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados. La subsidiariedad de este mecanismo de defensa constitucional, implica que ante una vía ordinaria de defensa de los derechos, la tutela sólo será procedente si ese medio resulta ineficaz para el amparo de los derechos o si se constituye un perjuicio

irremediable que hace imperiosa la intervención del juez constitucional.

2. Así, en diversos pronunciamientos esta Corte ha determinado que la acción de tutela fue instituida como un mecanismo excepcional para la protección de los derechos fundamentales vulnerados. Y es excepcional, por cuanto en un Estado de Derecho existen mecanismos judiciales ordinarios² para la satisfacción de tal pretensión. De este modo, sólo en el evento en el que los derechos fundamentales resulten afectados o amenazados y los mecanismos ordinarios sean a) ineficaces, b) inexistentes, o c) se configure un perjuicio irremediable³, la acción de tutela es procedente, conforme lo estableció el artículo 86 de la Constitución Política⁴ y el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 19915.

3. Y atendiendo precisamente el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, esta Corporación⁶ ha reconocido que para determinar la configuración de las causales excepcionales de procedencia de la acción de tutela se han de analizar las circunstancias particulares en que se encuentre el solicitante, en especial ha considerado esencial determinar si el sujeto afectado en sus derechos fundamentales pertenece a un grupo de especial protección constitucional, circunstancia que permite analizar con cierta laxitud los demás requisitos que gobiernan la procedencia de la acción de tutela y que no faculta per se la procedencia de ésta⁷.

4. Cuando se trata de la procedencia de la tutela para la reliquidación de la pensión de vejez, debido a que la entidad accionada presuntamente aplicó de manera inadecuada la forma de reliquidar la mesada pensional, esta Corporación ha mostrado las siguientes posiciones: en un primer momento consideró suficiente constatar la violación al debido proceso para la procedencia transitoria del amparo (4.1) y posteriormente estimó que no era suficiente la vulneración al debido proceso, sino que además se debía analizar los postulados generales acerca de la procedencia de la acción de tutela, esto es, la constatación de la ineficacia del medio ordinario de defensa o la configuración en el demandante de un perjuicio irremediable (4.2). Esta última posición, resulta acorde con demás pronunciamientos de esta Corporación acerca de que la aplicación de un régimen especial para efectos de reliquidar la pensión de vejez debe estar sometida a las reglas generales de procedencia de la acción de tutela (4.3) y en general, está a tono con la posición de esta Corporación respecto de la procedencia de la acción de tutela para la reliquidación de la pensión (4.4).

4.1 De este modo, el amparo del derecho al debido proceso por medio de la acción de tutela, luego de la constatación de su violación por la aplicación inadecuada de un régimen pensional que influyó en la reliquidación de la mesada pensional, ha sido analizado por esta Corporación.

Así, en sentencia de tutela T- 180-088 respecto de la procedencia de la acción de tutela, esta Corte consideró que “pese a existir un proceso judicial ante el cual puede solicitarse la titularidad de la pensión de jubilación en el monto alegado por el demandante, la tutela es procedente como mecanismo transitorio para proteger el derecho al debido proceso del actor arbitrariamente conculcado por la entidad accionada”.

La anterior determinación fue adoptada a pesar de que en las consideraciones generales se estimó que, “aunque la tutela no es un mecanismo sustituto de los medios ordinarios de defensa, aquella procede como mecanismo transitorio cuando éstos son insuficientes para proteger los derechos fundamentales, o cuando los mismos se enfrentan a un perjuicio irremediable” (Resalta la Sala) y no se realizó un análisis de la procedencia de la tutela en el caso concreto, si no que su procedibilidad fue remitida al análisis efectuado en la sentencia de tutela T-631-02.

Por su parte, la sentencia de tutela T-631-029 es la primera sentencia que tuteló el derecho al debido proceso en el supuesto de hecho señalado. El análisis de la procedencia de esta acción para hacer efectivo el amparo se basó en que en el caso había “pruebas de que evidentemente el peticionario requiere de una mesada pensional en correspondencia legal con su salario, para que su calidad de vida no se afecte. Debe sostener a sus hijos en la universidad, pagar hipoteca, los servicios públicos y el sostenimiento propios del estrato social de un magistrado de la República. (...) Además, un error fáctico de esta categoría es una indudable vía de hecho que afecta el debido proceso que es un derecho fundamental y para su prosperidad no se requiere que quien lo invoque tenga que demostrar que se vulnera su mínimo vital, por cuanto basta con la demostración de que se violó el derecho fundamental consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política” (Resalta la Sala).

Así, se ha de ver que esta primera sentencia que constituye el punto de referencia de la sentencia T-180-08 y demás sentencias mencionadas, a pesar de que hizo énfasis en el argumento de la vulneración del derecho al debido proceso -aspecto que únicamente es

tenido en cuenta por las sentencias posteriores (T-169-03, T-651-04, T-180-08)- también analizó la configuración de un perjuicio irremediable en el accionante como un argumento esencial para determinar su procedencia, y es precisamente esta tesis la que de manera expresa considera esta Corte mediante sentencia de tutela T-1225-08.

4.2 Esta Corporación en sentencia de tutela T- 1225-0810 consideró que para el amparo de los derechos fundamentales vulnerados por la inadecuada aplicación de un régimen pensional para la reliquidación de la pensión, no basta la constatación del derecho al debido proceso, sino que es menester el análisis de las causales generales de procedencia de la acción de tutela.

De esta forma, respecto de la procedencia de la acción de tutela en la mencionada sentencia, tras analizar “las condiciones constitucionales para la procedencia excepcional de la acción de tutela frente al reconocimiento y cobro de acreencias laborales y pensionales”¹¹, se consideró que “el tutelante cuenta con otro medio judicial para hacer valer sus pretensiones. Es en dicha sede en donde debe obtener un pronunciamiento definitivo acerca de la liquidación correcta de su mesada pensional, en lo que respecta al ingreso base de cotización y liquidación. Pero, dadas su precaria situación personal y familiar, y especialmente las condiciones de la pariente disminuida física que depende de él, la acción de tutela está llamada a prosperar como mecanismo transitorio, pues de no ser así es probable que él y su familia sufran como perjuicio irremediable la agravación de las condiciones de salud de su pariente, la pérdida de continuidad en la educación de sus hijos y la subsistencia digna y la integridad de su núcleo familiar” (Resalta la Sala).

La sentencia de tutela T-1225-08 remite en su argumentación a la sentencia de tutela T-158-0612, la cual expuso de manera amplia los requisitos para que proceda por vía de tutela la reliquidación de la pensión. Así, determinó que:

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

1. Que la persona interesada haya adquirido el status de jubilado, o lo que es igual, que se le haya reconocido su pensión.
3. Que el jubilado haya acudido a las vías judiciales ordinarias para satisfacer sus pretensiones, se encuentre en tiempo de hacerlo o, en su defecto, demuestre que ello es imposible por razones ajenas a su voluntad.
4. Que el jubilado acredite las condiciones materiales que justifican la protección por vía de tutela, esto es, su condición de persona de la tercera edad, que la actuación resulta violatoria de sus derechos fundamentales como la dignidad humana, la subsistencia, el mínimo vital y la salud en conexidad con la vida u otras garantías superiores, y que el hecho de someterla al trámite de un proceso ordinario hace más gravosa su situación personal.

Las anteriores reglas han sido descritas, entre otras, en las sentencias T-083 T-446, T-425, T-904 y T-1078 todas del 2004. Además, en la sentencia T-904 de 2004, en su fundamento jurídico número 7, se señalan varios casos en los cuales en sede de revisión, el juez constitucional no atiende la solicitud de ordenar reliquidaciones o reajustes pensionales, porque no se cumple alguno de los anteriores requisitos”.

Y con base en las anteriores consideraciones, se concluyó que “en el presente caso, no se dan ninguno de los supuestos anteriores. (...) Por un lado, el actor no interpuso los recursos a su disposición para controvertir la resolución de reliquidación de la pensión. (...) Ni el tutelante lo alega, ni en el expediente se demuestra que existió alguna razón de fuerza mayor o derivada de la especial condición del demandante que le hubiese significado la imposibilidad de haber recurrido la resolución en comento o haber solicitado antes la revisión de la misma.(...) De otro lado, el actor cuenta en efecto con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante los jueces administrativos, para atacar la resolución de reliquidación con la cual no está conforme. (...) De igual manera, las condiciones materiales del accionante, reveladas tanto por sus escritos como por los supuestos de hecho que enmarcan su situación, no permiten concluir que se trata de una persona sujeto de especial protección. No está cercano a la tercera edad (el actor cuenta con 55 años), ni alega quebrantos de salud que hagan ineficaz los términos judiciales propios de la acción judicial idónea con la que cuenta. Por último, no encuentra la Corte que se vulneren los derechos fundamentales del actor al debido proceso, ni a la seguridad social y la protección de los

derechos adquiridos por este concepto, ni al mínimo vital. Esto, por cuanto el actor en la actualidad está recibiendo cumplidamente el pago de su mesada pensional, y porque la falta de inmediatez en la interposición no sólo de la tutela sino de los demás mecanismos judiciales con que cuenta para hacer valer su solicitud, hace presumir que la pretensión económica no cobra relevancia constitucional”.

Respecto del derecho al mínimo vital, en la referida providencia se estimó que la vulneración de este derecho “como bien lo esgrime el demandante citando la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no corresponde a una valoración meramente numérica, como de manera contradictoria se presenta en el escrito de tutela. El derecho al mínimo vital incluye una dimensión cualitativa también. La valoración de la necesidad de su protección mediante tutela, no corresponde sólo a sumas y restas, sino a la calificación de las condiciones particulares de quien alega su vulneración, respecto de su dignidad, su estado de salud y su expectativa de vida. Contrario sensu, si el juez constitucional no encuentra comprometida la dignidad, la salud o la vida de quien alega protección al mínimo vital de quien está a cargo de éste, debe tenerlo en cuenta para valorar la pertinencia de su protección mediante la orden de tutela”.

De este modo, se ha de ver que para que la acción de tutela sea procedente se ha de analizar si se cumplen las reglas generales (a. inexistencia o b. ineficacia de los mecanismos ordinarios de defensa o c. la configuración de un perjuicio irremediable) y específicas¹³ acerca de la procedencia de la acción de tutela para la reliquidación de la mesada pensional.

4.3. Tratándose de la reliquidación de la mesada pensional de jubilados que pretenden les sea aplicable un régimen especial en razón a que hacían parte del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, caso de ex congresistas o de ex magistrados de altas Corporaciones que persiguen la aplicación de la Ley 4 de 1992¹⁴, la procedencia de la acción de tutela ha sido analizada y por regla general se ha configurado su procedencia una vez se constata la configuración de un perjuicio irremediable.

Así, se ha de ver que por medio de sentencia de tutela T- 390-09 se consideró 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 actos

administrativos referentes a temas de salud (sic), 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, se vulneren gravemente derechos fundamentales y se esté ante un perjuicio iusfundamental. Todas estas circunstancias deberán ser analizadas en el caso concreto” (Resalta la Sala).

Con base en estas consideraciones que, en términos generales se transcriben en la mayoría de las providencias, esta Corporación de acuerdo al supuesto de hecho base de la acción de tutela en algunas ocasiones ha declarado la improcedencia de la acción (4.3.1), mientras que en otras ha declarado su procedencia (4.3.2) y dentro de éstas, en unas se ha procedido a amparar los derechos de manera definitiva mientras que en otras se ha hecho de manera transitoria.

4.3.1 Cuando se ha declarado la improcedencia¹⁵ de la acción de tutela para reliquidar la pensión de ex congresistas, se ha sustentado dicha posición bajo la consideración de que existe otro medio de defensa judicial, que los accionantes cuentan con otro medio de subsistencia y además no se vislumbra el acaecimiento de una situación apremiante, a pesar de que en muchos de los casos se trate de una persona de la tercera edad.

En sentencia de tutela T-711-0416 se indicó que los requisitos señalados por la jurisprudencia¹⁷ para la procedibilidad de la acción de tutela en el supuesto de hecho descrito son que: a) la persona haya agotado los recursos en sede administrativa, b) se hubiere acudido a la jurisdicción respectiva, se estuviese en tiempo de hacerlo o ello fuere imposible por motivos ajenos al peticionario, c) además de tratarse de una persona de la tercera edad, ésta demuestre la amenaza de un perjuicio irremediable y que d) existan fundamentos fácticos que den cuenta de las condiciones materiales de la persona, esto es, que se haya afectado su mínimo vital.

4.3.2 Cuando esta Corporación ha declarado la procedencia de la acción de tutela, ha sido cuando, por ejemplo en la sentencia T-390-09, se constató que el accionantes era un sujeto de especial protección constitucional, al ser un adulto mayor (65 años de edad) y en materia de salud padecía, de tiempo atrás, severas y complejas afecciones cardiacas, que incluso habían puesto en riesgo su vida, con lo cual se consideró se estaba frente a la causación de un perjuicio irremediable. Constatada la procedencia, el amparo definitivo se otorgó bajo las

particularidades del caso, en donde se constató la ineficacia de la acción de nulidad y restablecimiento de derecho para el amparo de los derechos del accionante.

Esta misma consideración, esto es, la constatación de un perjuicio irremediable, sumado a la categorización del accionante como un sujeto de especial protección constitucional en razón de su edad y el uso de los recursos administrativos de defensa, fueron el fundamento para que en sentencia de tutela T-023-07 y T-007-06 se concediera el amparo de forma transitoria.

4.4 Ahora bien, sin tener en consideraciones regímenes especiales si no sólo la reliquidación de la mesada pensional, esta Corte ha declarado su improcedencia en diversas sentencias de tutela¹⁸.

El eje sobre el que gira su argumentación se basa en que la acción de tutela no procede para obtener el reconocimiento o reliquidación de pensiones a menos que concurra un perjuicio irremediable, por cuanto existen medios judiciales para su defensa y enfatizó en que “el sólo hecho de estar en esta categoría (tercera edad) no torna automáticamente procedente la protección, debe demostrarse también que el perjuicio sufrido afecta o es susceptible de vulnerar los derechos a la dignidad humana, a la salud, al mínimo vital o que la morosidad de los procedimientos ordinarios previstos para el caso en concreto hace ineficaz en el tiempo el amparo específico. Sólo en estos eventos la acción de tutela desplaza de manera transitoria el mecanismo ordinario de defensa, en tanto el mismo pierde eficacia frente a las particulares circunstancias del actor en el caso concreto”.

Una vez mas, en estas providencias, se reiteran los siguientes requisitos: a) que el actor haya agotado los recursos a su alcance en sede administrativa , b) que haya acudido a la jurisdicción competente o que en caso de no haberlo hecho ello se deba a motivos ajenos y no imputables al peticionario, c) que se demuestren las especiales condiciones del actor y la inminente ocurrencia de un perjuicio irremediable que hace necesaria la especial e inmediata protección constitucional (vulneración conexas de los derechos a la dignidad, la salud, el mínimo vital) y que d) no es suficiente acreditar fundamento de derecho sino que se deben acreditar supuestos fácticos que den cuenta de las condiciones materiales del demandante.

En los supuestos de hecho analizados en las acciones de tutela referenciadas la negativa de la procedencia de la acción de tutela se basaba asimismo en la ausencia de elementos

probatorios que permitieran concluir que en el accionante hay quebrantos de salud o en que la vulneración al mínimo vital no estaba acreditada, pues el actor recibía mensualmente la suma que corresponde a su mesada pensional.

Por ejemplo la Corte en sentencia T-634-02 declaró la improcedencia de la acción de tutela por falta de pruebas del perjuicio irremediable en el accionante, al establecer que éste “se limita a destacar su condición de persona de la tercera edad, pero de la documentación aportada ni siquiera puede establecerse con precisión si el peticionario ha superado o no la expectativa de vida, si padece quebrantos de salud o si el mínimo vital resulta afectado. Brillan por su ausencia los elementos probatorios para analizar este punto y no puede la Corte suplir en sede de revisión la carencia de información” y en la sentencia T-612-00 consideró que “[s]in embargo en este caso concreto es claro que, de conformidad con el acervo probatorio, no hay elementos de prueba que acrediten la real existencia de un perjuicio de esas características en detrimento de la demandante (...)”.

Cuando se ha declarado la procedencia de la acción de tutela, es porque se ha constatado la configuración de un perjuicio irremediable¹⁹. En estas tutelas se reiteran los requisitos para su procedencia (T-158-06) y lógicamente a diferencia de las otras, los requisitos en estos supuestos de hecho se encontraron satisfechos.

Así, por ejemplo en sentencia de tutela T-251-07 se consideró que, “en lo que tiene que ver con la existencia de condiciones materiales que configuren la inminencia de un perjuicio irremediable, la Sala encuentra que dentro del expediente se comprobó que la suma reconocida como monto de la pensión redujo en cerca de una tercera parte los ingresos que recibía la actora mientras ejerció su actividad laboral, disminución de recursos consecuencia de la modalidad de liquidación adoptada por el Fondo. Esta situación contrajo graves implicaciones en la asunción de obligaciones financieras y familiares, al punto que se vio privada de los recursos suficientes para garantizar el pago de la educación de uno de sus hijos, quien depende económicamente de ella. En este orden de ideas, resulta válido sostener que la actuación administrativa adelantada por el Fondo tiene un impacto material significativo en los derechos fundamentales de la actora, afectación que habida cuenta de su urgencia no puede ser remediada prima facie por los mecanismos judiciales ordinarios. Por lo tanto, se comprueban en el caso concreto los presupuestos fijados en la jurisprudencia constitucional para la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio para la

protección de los derechos fundamentales invocados” y en la sentencia T-023-07 la procedencia se generó porque “[e]l demandante tiene setenta y cuatro (74) años de edad, se trata por lo tanto de una persona de la tercera edad. Igualmente, está probado que padece de múltiples enfermedades, tales como insuficiencia cardiovascular y diabetes mellitas tipo II”.

5 Con respecto a la afectación al mínimo vital, cuando se percibe la mesada pensional y se pretende la reliquidación de la misma, esta Corte ha dicho²⁰ que si recibe su pensión el derecho al mínimo vital por si mismo no está vulnerado.

En términos más precisos, esta Corte en sentencia T-184-09 consideró que “[a]l existir diferentes mínimos vitales, es una consecuencia lógica que hayan distintas cargas soportables para cada persona. Para determinar esto, es necesario indicar que entre mayor sea el ingreso de una persona, mayor es la carga que puede soportar y, por ende, la capacidad de sobrellevar con mayor ahínco una variación en el caudal pecuniario que reciba. Por esta razón, esta Corporación ha determinado que los requisitos que deben comprobarse para acreditar la vulneración del mínimo vital, ‘se resumen en que (i) el salario o mesada sea el ingreso exclusivo del trabajador o pensionado o existiendo ingresos adicionales sean insuficientes para la cobertura de sus necesidades básicas y que (ii) la falta de pago de la prestación genere para el afectado una situación crítica tanto a nivel económico como psicológico, derivada de un hecho injustificado, inminente y grave’²¹” (Resalta la Sala).

En otras palabras, para que la tutela proceda cuando se alega la afectación al mínimo vital en el supuesto de reliquidación de una mesada pensional, es necesario que exista “prueba suficiente, rigurosa y contundente, que mostrara que a pesar de existir una suma financiera razonable para asumir las necesidades básicas, las mismas no pueden ser satisfechas por las excepcionales circunstancias del caso concreto. (...) En suma, el derecho al mínimo vital se relaciona con la dignidad humana, ya que se concreta en la posibilidad de contar con una subsistencia digna. Encuentra su materialización en diferentes prestaciones, como el salario o la mesada pensional, mas no es necesariamente equivalente al salario mínimo legal, pues depende del status que haya alcanzado la persona durante su vida. Empero, esta misma característica conlleva a que existan cargas soportables ante las variaciones del caudal pecuniario. Por lo mismo, ante sumas altas de dinero, los cambios en los ingresos se presumen soportables y las personas deben acreditar que las mismas no lo son y que se

encuentran en una situación crítica. Esto se desprende de las reglas generales de procedencia de la acción de tutela contempladas en el artículo 86 de la Constitución y en el Decreto 2591 de 1991”²².

6. De esta forma, el análisis cuidadoso de los requisitos (a. inexistencia o b. ineficacia de los mecanismos ordinarios de defensa o c. la configuración de un perjuicio irremediable) que permiten el conocimiento por vía de tutela de asuntos que tienen vía propia de defensa en nuestro ordenamiento jurídico, es de suma importancia, como quiera que de esta forma se garantiza la estructura del Estado de Derecho que a través de la Constitución Política instituyó normas sustanciales y procesales para la resolución de conflictos jurídicos, esto es, erigió diversas jurisdicciones y determinó en cada una de éstas sus autoridades, competencias, acciones y procedimientos. De allí que sólo sea procedente la acción de tutela cuando se constate la afectación de un derecho fundamental en virtud de la satisfacción de alguno de los requisitos mencionados, esencia para la cual fue instituida esta acción constitucional.

Ahora bien, de acuerdo con lo previamente expuesto, se ha de señalar que las sub reglas que rigen la procedencia de la acción de tutela para solicitar la reliquidación de una mesada pensional, son las siguientes:

b) Que el jubilado haya actuado en sede administrativa; es decir, que haya interpuesto los recursos de vía gubernativa contra el acto que reconoció la pensión, haya presentado la solicitud de reliquidación ante el respectivo fondo de pensiones o, en igual medida, requerido a la respectiva entidad para que certifique su salario real y ésta se hubiere negado.

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

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

La configuración de un perjuicio irremediable en el jubilado que pretende la reliquidación de la pensión debido a la aplicación inadecuada del régimen pensional del que es beneficiario, es trascendental para configurar la procedencia de la acción de tutela. En los casos reseñados en esta sentencia, esta Corte consideró que el perjuicio irremediable se configuró cuando se probó que la mesada pensional reliquidada era necesaria para que la calidad de vida del jubilado y sus dependientes no resultare afectada de manera irreparable, ya sea porque a su cargo estaba el pago de los estudios universitarios de sus hijos o el de tratamiento de una persona discapacitada a su cargo, o el pago de su propio tratamiento para superar una enfermedad, condiciones que se podrían afectar por el no pago del reajuste de la mesada pensional.

Además, la prueba del perjuicio es de relevancia constitucional, debido a la particularidad que se presenta en los casos de reliquidación de la mesada pensional, donde el jubilado a pesar de que efectivamente está recibiendo una pensión, no está de acuerdo con el monto. Este aspecto genera la necesidad de evaluar las condiciones particulares de quien alega su vulneración, pues si no se encuentra comprometido el derecho a la salud o la vida, no es suficiente la sola diferencia numérica en el monto de las pensiones para asumir el conocimiento de la acción de tutela.

7. Teniendo en cuenta las sub reglas mencionadas, esta Sala considera que la acción de tutela en el caso concreto es improcedente, debido a que a pesar de que cumple con los requisitos de tener el estatus de jubilado y haber actuado en sede administrativa, no satisfizo el condicionante de acudir a la vía ordinaria, ni justificó la imposibilidad de su acceso a ella ni argumentó la ineficacia de estos medios para la defensa de sus derechos, ni acreditó las condiciones materiales que justificaran la protección por la vulneración de derechos fundamentales como la dignidad humana, la subsistencia, el mínimo vital y la salud.

Así, en el expediente no existen elementos de juicio que permitan concluir que ha acaecido o acaecerá en el accionante un perjuicio irremediable que haga procedente la acción de tutela, como quiera que en primer lugar no se constata la inminencia ni la gravedad de un daño, esto es, de una circunstancia que permita concluir con algún grado de certeza el acaecimiento de un perjuicio irremediable. Por el contrario, la argumentación del accionante se basó en la conjetura hipotética de que su perjuicio se configura al ser la mesada pensional menor al salario que venía recibiendo, circunstancia objetiva que a falta de prueba no

permite concluir la gravedad en la afectación de un derecho de gran significación como es el mínimo vital, la salud o la dignidad humana.

Resalta la Sala con base en lo sostenido por esta Corporación, que la simple circunstancia objetiva de diferencia salarial no es per se un argumento suficiente para la configuración de un perjuicio irremediable, ya que al estar recibiendo una mesada pensional se hace necesario acreditar que la falta de pago del reajuste genera en el afectado una situación crítica a nivel económico, para de este modo desvanecer la percepción del sustento económico que produce el hecho de recibir una mesada pensional y tornar de relevancia constitucional el conflicto que en primera medida es legal.

Además, resalta esta Sala que a pesar de que el juez de primera y segunda instancia en esta acción de tutela fueron claros en argumentar que la improcedencia de la acción se basaba, entre otros argumentos, en la ausencia de prueba en torno al perjuicio irremediable, el accionante persistió en dicha falencia en sede de revisión, haciendo énfasis exclusivamente en el cambio objetivo en el monto de su mesada pensional.

Finalmente, una vez más esta Corte enfatiza en que la sola circunstancia de ser una persona de la tercera edad, no es suficiente para que per se proceda la acción de tutela, lo anterior constituye un evento relevante para analizar con cierta laxitud los requisitos de procedencia de esta acción constitucional.

De este modo, determinada la improcedencia de la acción de tutela presentada por Gonzalo contra el Instituto de Seguros Sociales, es inconducente pasar a analizar si la entidad accionada vulneró los derechos fundamentales del accionante, amén de que la discusión de naturaleza legal sobre el monto de su pensión podría ser dirimida por la jurisdicción competente.

8. En razón a lo expuesto, esta Sala confirmará la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá por medio de la cual se confirmó la sentencia emitida por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Bogotá, que resolvió declarar improcedente la acción de tutela presentada por Gonzalo contra el Instituto de Seguros Sociales.

IV. DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá por medio de la cual se confirmó la sentencia emitida por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Bogotá que resolvió declarar improcedente la acción de tutela presentada por Gonzalo contra el Instituto de Seguros Sociales.

Segundo: ORDENAR a la Secretaría de esta Corporación así como a los jueces de instancia que conocieron de este proceso para que tomen las medidas adecuadas con el fin de que guarden estricta reserva y confidencialidad en relación con el mismo y en especial con la identidad e intimidad del accionante.

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

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado Ponente

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Para proteger la intimidad del demandante, así como la de su familia, dentro del presente trámite de revisión se adoptarán medidas encaminadas a impedir su identificación por cualquier medio, pues se advierte un tema que podría tener un impacto en la opinión pública

y que podría ser utilizado por los medios de comunicación con efectos sensacionalistas. Por lo mismo, el nombre real del accionante se sustituyó por el de Gonzalo.

2 Respecto a la existencia de mecanismos judiciales ordinarios en sentencia de tutela T-453-09 se señaló: “Fue así como la Constitución Política dispuso un sistema jurídico al que todas las personas tienen derecho a acceder, con el fin de que, en el mismo, todos los conflictos jurídicos fueren resueltos en derecho en virtud de normas sustanciales y procesales preexistentes, erigiendo diversas jurisdicciones (ordinaria -artículo 234-, contencioso administrativa -artículo 236-, constitucional -artículo 239-) y en cada una de éstas determinando la competencia material, las autoridades y las acciones y procedimientos para su acceso.

De esta forma, el ordenamiento jurídico ofrece normas procesales y sustanciales ejecutadas por autoridades previamente instituidas, para que sean resueltos todos los conflictos que en él sucedan. (...)

Así, la acción de tutela es un mecanismo efectivo para el amparo de los derechos fundamentales cuyo ejercicio ante la existencia de otros medios de defensa judicial, no significa el remplazo de éstos, sino el desarrollo mismo de su finalidad, esto es, que en interés de la salvaguarda de los derechos fundamentales afectados, la acción de tutela procederá de manera excepcional y subsidiaria ante la inexistencia de un medio de defensa judicial o ante la amenaza de configuración de un perjuicio irremediable”.

3 En términos generales esta Corte ha determinado que el perjuicio irremediable se caracteriza por ser inminente y grave, y por ende de requerir medidas urgentes y apropiadas para su superación o contención que hacen de la acción de tutela una acción impostergable (T-225-93, reiterada entre otros pronunciamientos en T-185-07, T-442-07).

4 “Artículo 86: Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. (...) Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable” (Resalta la Sala).

5 Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.

“Artículo 6°: CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante” (Resalta la Sala).

7 T-1316-01, T-076-03, T- 904-04, entre otras.

8 Esta sentencia de tutela remite a las sentencias de tutela: T-251-07, T-651-04, T-169-03 y T-631-02. En estos casos se ha analizado el supuesto de hecho que atañe a la aplicación del inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 frente al Decreto Ley 546 de 1971 que contempla el régimen especial para los servidores públicos pertenecientes a la Rama Judicial y al Ministerio Público. Consideró la Corte que “en relación con el ingreso base de liquidación pensional de aquellos trabajadores beneficiarios del régimen de transición, corresponde al señalado en cada régimen especial que es aplicable a cada caso particular, en consecuencia, el método del cálculo referido en el artículo 36 de la ley 100, de acuerdo a la interpretación constitucional señalada tiene carácter supletorio, aplicable únicamente en ausencia de una fórmula particular dentro de cada régimen especial” y con base en esta determinación y con el supuesto de hecho de la acción de tutela, estimó que “la norma del régimen especial contiene un método de cálculo de la pensión propio, cuya aplicación no puede pretermitirse en virtud del uso de la fórmula general contenida en el artículo 36 de la Ley 100/93, con lo cual se desconocería el respeto de los derechos adquiridos y garantías protegidas en el régimen de transición”.

9 En esta sentencia se hace referencia a entre otros, los siguientes elementos probatorios: “(...) 6. Constancias de la Universidad del Norte y de la Universidad Autónoma del Caribe sobre el pago de semestres para los hijos del tutelante, por parte de éste. 7. Certificado de la DIAN según el cual no paga impuesto de renta porque sus ingresos (salario) y egresos significan ‘Valor del impuesto:0’. 8. Recibos de pago mensual de servicios públicos por un valor aproximado de \$600.000. 9. Pago de impuestos varios”.

10 El problema jurídico que suscitó esta acción de tutela era el determinar si “¿violó, la entidad accionada, los derechos al debido proceso, a la igualdad, a la dignidad humana, al mínimo vital y a la seguridad social en conexión con el derecho al trabajo del actor, al tomar como base de liquidación pensional la dispuesta en la Ley 33 de 1985, y no el salario promedio de los últimos diez años de servicio previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, por considerar que no es posible aplicar de manera parcial lo más favorable de cada régimen?. Ante este interrogante, la Corte respondió que “el ingreso base para liquidar las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición, que hubieran estado afiliados a un régimen general de pensiones, y que al momento de entrar en vigencia el Sistema les hubieran faltado diez (10) años o más para adquirir el derecho a pensionarse, se calcula según lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993” y en lo que respecta precisamente al caso concreto señaló que “Carlos Alberto Osorio Mahecha solicita precisamente que se liquide su pensión con arreglo al promedio de los salarios sobre los cuales ha cotizado durante los diez años anteriores al reconocimiento de su pensión, razón por la cual su petición no es infundada, ni supone una escisión en la aplicación de las normas legales. Es la aplicación del artículo 21 de la Ley 100 de 1993 que procede en su caso, primero porque el régimen anterior al cual se encontraba afiliado, antes de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones, es de carácter general y por tanto la jurisprudencia constitucional previamente reseñada no ha regulado esta hipótesis. Segundo, porque no solicita la aplicación del régimen anterior, sino de la Ley 100 de 1993. Tercero, porque al momento de entrar en vigencia el sistema le faltaban más de diez años para adquirir el derecho a pensionarse, razón por la cual la norma pertinente de la Ley 100 que le es aplicable es el inciso segundo del artículo 36, que remite al artículo 21 - y no el inciso tercero-”.

11 “3.1. La Corte ha señalado de manera reiterada que, por regla general, la tutela no procede para ordenar el reconocimiento de pensiones. Esto es así, porque usualmente existen medios ordinarios idóneos para resolver dichas pretensiones, o no se evidencia la vulneración de un derecho fundamental, o la acción no se ha interpuesto para evitar un perjuicio irremediable. Para esta Corporación, dado el carácter excepcional de este mecanismo constitucional de protección de los derechos, la acción de tutela no puede desplazar ni sustituir los mecanismos ordinarios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico.

Para determinar si la acción de tutela es procedente, la Corte Constitucional ha señalado dos aspectos distintos. En primer lugar, si la tutela se presenta como mecanismo principal, es preciso examinar que no exista otro medio judicial. Si no existe otro medio, o aún si existe pero éste no resulta idóneo en el caso concreto, la tutela procede como mecanismo principal de amparo de los derechos fundamentales. Adicionalmente, en relación con la existencia del otro medio de defensa judicial, la jurisprudencia de la Corte ha señalado que no existe la obligación de iniciar el proceso ordinario antes de acudir a la acción de tutela, basta que dicha posibilidad esté abierta al interponer la demanda de tutela, pues si el accionante ha dejado vencer la oportunidad para iniciar el trámite del proceso ordinario, la tutela no procede como mecanismo transitorio.

En segundo lugar, cuando la tutela se interpone como mecanismo transitorio, habida cuenta de la existencia de un medio judicial ordinario idóneo, es preciso demostrar que ésta es necesaria para evitar un perjuicio irremediable. Dicho perjuicio se caracteriza, según la jurisprudencia, por lo siguiente: (i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.

3.2. Cuando lo que se alega como perjuicio irremediable es la afectación del mínimo vital, la Corte ha señalado que si bien en casos excepcionales es posible presumir su afectación, en general quien alega una vulneración de este derecho como consecuencia de la falta de pago de alguna acreencia laboral o pensional, debe acompañar su afirmación de alguna prueba, al menos sumaria, pues la informalidad de la acción de tutela no exonera al actor de probar, aunque sea de manera sumaria, los hechos en los que basa sus pretensiones”.

12 El problema jurídico en esta sentencia, se centró en determinar “si de la aplicación que hizo CAPRECOM del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para calcular el monto base de la pensión del tutelante, se desprende una vía de hecho que configure una vulneración de sus derechos fundamentales (...)”.

13 Expuestas en la tutela T-158-06.

14 El artículo 17 de la ley establece el derecho a recibir 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. Respecto del derecho de los magistrados de las altas Corporaciones, el Decreto 104 de 1994 expedido en desarrollo de la Ley 4ª de 1992 dispuso en el artículo 28 que “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”.

15 T-562-05, T-781-05, T-935-06, T-995-06, T-623-06. T-571-06, T-411-08, T-187-08.

16 Reiterada en sentencias de tutela T-187-07, T-411-08.

17 T-634-02.

18 T-325-99, T-618-99, T-612-00, T-634-02, T-1022-02, T-446-04, T-904-04.

19 T-083-04, T-1078-04, T-007-06, T-023-07, T-251-07.

20 T-1316-01, T-158-06, T-184-09.

21 T-827-04.

22 T-205-10.