

Sentencia T-778/11

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO EN MATERIA PENSIONAL-Procedencia excepcional

En cuanto a la procedencia de la acción de tutela contra actos emanados de la administración en los cuales se llegue a evidenciar la afectación de un derecho fundamental relacionado con el reconocimiento o no de una determinada pensión, la Corte Constitucional ha indicado que por regla general esta no es la vía adecuada para controvertirlos, por cuanto la competencia se encuentra radicada en la jurisdicción contencioso administrativa. No obstante, existen casos en los que se ha considerado que la acción de tutela procede de manera excepcional.

PENSION ESPECIAL DE VEJEZ DE MADRE O PADRE CON HIJO DISCAPACITADO-Requisitos

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION ESPECIAL DE VEJEZ POR HIJO EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Improcedencia por cuanto el accionante ya está recibiendo pensión de vejez

Referencia: expediente T-3.101.533

Acción de tutela presentada por Miguel Ambrosio Olivella Mora contra la Caja Nacional de Previsión Social en Liquidación -CAJANAL-

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELTA CHALJUB

Bogotá D.C., veinte (20) de octubre de dos mil once (2011)

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub – quien la preside – Humberto Antonio Sierra Porto y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En la revisión del fallo proferido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó el dictado por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial, en la acción de tutela promovida por Miguel Ambrosio Olivella Mora en contra de la Caja Nacional de Previsión Social en Liquidación (en adelante CAJANAL -en liquidación-).

1. ANTECEDENTES

El señor Miguel Ambrosio Olivella interpuso acción de tutela en contra de CAJANAL -en liquidación-, por considerar que dicha entidad vulneró sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la dignidad humana, al mínimo vital y a la igualdad. De acuerdo con los documentos adjuntos en el expediente, la tutela se fundó en los siguientes:

1. Mediante escrito fechado el 30 de octubre de 2007, el accionante solicitó a CAJANAL -en liquidación-, el reconocimiento de la pensión especial de vejez por ser “padre de hijo discapacitado”, conforme lo establecen los numerales 1 y 2, parágrafo 4, del artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

1. Posteriormente, en escrito del 10 de diciembre de 2007, reiteró la anterior petición, esta vez argumentando lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-989 de 2006 y aduciendo que allí se reconoce el derecho que le asiste como “padre de hijo discapacitado”.

1. Señala que CAJANAL -en liquidación- nunca dio respuesta a su petición, por lo que se vio en la necesidad de interponer una acción de tutela para proteger su derecho fundamental de petición. Esta acción correspondió al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Montería, quien mediante sentencia del 2 de julio de 2008, falló en su favor.

1. El 1 de junio de 2009, luego de haber dado a conocer el fallo de tutela a la entidad accionada, ésta emitió el proyecto de Resolución No. 20093, en el cual proponía reconocerle la pensión. Sin embargo, posteriormente, CAJANAL –en liquidación- no le concedió la pensión con el argumento de que el Instituto de Seguro Social se había negado a reconocer la correspondiente cuota parte pensional, pese a que el Ministerio de Defensa Nacional, a quien correspondía otra cuota parte, sí aceptó su obligación.

1. En este punto, el accionante aclara que CAJANAL, como entidad encargada de estudiar el reconocimiento de la pensión solicitada, debe elaborar un proyecto de resolución, el cual debe comunicar a las entidades en donde cotizó el solicitante para que éstas acepten o no la cuota parte que les corresponde dentro de dicha obligación.

1. Ahora bien, el actor señala que el proyecto de resolución expedido por CAJANAL (20093 del 1 de junio de 2009), estaba dirigido al reconocimiento de la “pensión especial de vejez por aportes” y no a la pensión especial por ser “padre de hijo discapacitado”. Por esta razón, manifestó en ese momento su inconformidad y adujo la necesidad de que CAJANAL aclarara tal situación, puesto que la prestación que se le pretendía reconocer en dicho proyecto de resolución lo desfavorece respecto de la otra.

1. La objeción al proyecto de resolución que presentó el ISS fue estudiada por CAJANAL, quien posteriormente emitió un segundo proyecto de resolución, pero fue nuevamente objetado por el ISS con el argumento de que el accionante no cumplía con las condiciones necesarias para ser beneficiario, puesto que al momento de la solicitud, éste no se encontraba ejerciendo ninguna actividad laboral. El accionante interpuso recurso de reposición contra esta decisión, bajo el argumento de que esta objeción desconoce la sentencia T-729 de 2008 y el régimen de transición que lo cubre, con fundamento en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003.

1. A pesar de estar en trámite el recurso, la entidad accionada expidió la Resolución No. PAP044145 de 16 de marzo de 2011, por medio de la cual reconoció la pensión de vejez a favor del accionante, aun cuando no fue la que él solicitó en sus peticiones y que en todo caso le resulta menos favorable que la de vejez especial por hijo inválido solicitada.

1. El actor en la demanda sostiene que su hijo en la actualidad tiene 25 años de edad, que sufre de autismo severo y depende totalmente de sus padres. Agrega que los recursos económicos familiares son escasos y dependen tan solo de lo que perciben de una pequeña tienda instalada en el hogar, por lo que la única expectativa prestacional con la que pretende contar es la que ha solicitado a CAJANAL. No obstante, señala que ésta entidad reconoció una pensión distinta a la que había solicitado y que en todo caso le resulta menos favorable que la de especial de vejez por ser “padre de hijo inválido”. Sin embargo, no explica las razones por las cuales le es más desfavorable.

1. ACTUACIONES PROCESALES PREVIAS A LAS DECISIONES DE TUTELA

En un primer momento, la acción de tutela fue conocida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Montería, quien la admitió mediante auto calendarado el 10 de diciembre de 2010, dentro del cual ordenó correr traslado a CAJANAL para que se pronunciara sobre los hechos narrados por el accionante.

Este Juzgado, una vez recibida la contestación por parte de la entidad accionada, profirió sentencia el 28 de enero de 2010, en la cual decidió no tutelar el derecho fundamental del actor, por considerar que en el caso particular se estaba en presencia de un hecho superado en tanto la entidad accionada ya había reconocido y ordenado el pago de la “pensión mensual de vejez”.

Al conocer de esta decisión, el accionante la impugnó con argumentos similares a los de la acción de tutela y el expediente se remitió a la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Montería para que se tramitara la segunda instancia.

En el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Montería, la Sala Constitucional ad hoc advirtió que la pensión solicitada por el accionante implicaba también la aceptación de la correspondiente cuota parte en la obligación, tanto del Instituto de Seguros Sociales como del Ministerio de Defensa, terceros con interés en el asunto y que no fueron debidamente integrados al contradictorio. Por tal motivo, declaró la nulidad de todo lo actuado dentro del proceso a partir del auto admisorio de fecha 10 de diciembre de 2010, dejando a salvo las pruebas practicadas. Además, indicó que por ser el Ministerio de Defensa una entidad del orden nacional, la competencia para el conocimiento del asunto correspondía a los tribunales judiciales, razón por la cual ordenó la remisión del expediente a la Oficina Judicial para que se efectuara el respectivo reparto.

Finalmente, el asunto quedó a cargo de la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Montería, la cual, para garantizar el derecho de contradicción de CAJANAL, del Instituto de Seguros Sociales y del Ministerio de Defensa, mediante auto del 14 de marzo de 2011, ordenó vincularlos para efectos de que rindieran un informe detallado acerca de los hechos expuestos en la demanda de tutela y argumentaran las razones de su defensa.

1. PRUEBAS DOCUMENTALES

Obran en el expediente, entre otros, los siguientes documentos:

1. Copia del certificado médico neurológico de Ricardo Olivella García, diagnosticado con autismo.

1. Copia del Proyecto de Resolución No. 20093 del 1º de junio de 2009, expedida por CAJANAL, en la cual se niega el reconocimiento y pago de una pensión especial de vejez al actor.

1. Copia del Proyecto de Resolución con fecha del 26 de octubre de 2010, expedido por CAJANAL, por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión de jubilación por aportes.

1. Copia de la Resolución No. PAP044145 del 16 de marzo de 2011, expedida por CAJANAL, mediante la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión de jubilación por aportes al accionante.

1. RESPUESTA DE CAJANAL EICE

Igualmente, señaló que el juez natural de la causa iniciada por el señor Olivella es el contencioso administrativo y no el de tutela, conforme con la naturaleza del acto que se impugna. En consecuencia, concluyó que la tutela no podía ser utilizada como mecanismo alternativo frente a los trámites que constituyen las vías comunes u ordinarias para desatar las controversias.

Por otro lado, indicó que el actor incurrió en una actitud temeraria, por cuanto es la segunda vez que interpone una acción de tutela con fundamento en los mismos hechos y pretensiones, situación que en su momento conoció el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Montería. Para el efecto, citó jurisprudencia de esta Corporación referida a la temeridad que se deriva del uso indebido del mecanismo de protección constitucional.

Argumentó que en el presente asunto operó el fenómeno de la cosa juzgada administrativa; sin embargo, no especificó concretamente la razón de ello.

Con base en lo descrito, solicitó al juez de tutela que la rechazara por improcedente, ya que existía una actuación temeraria por parte del accionante y este cuenta además con otros mecanismos de defensa.

1. MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

El Ministerio de Defensa Nacional, en escrito fechado el 18 de marzo de 2011, informó que mediante oficio dirigido a CAJANAL, manifestó su voluntad de “aceptación de la consulta de la cuota parte pensional presentada con oficio No. 123585/2007 y emitió Resolución 777 de fecha 19/03/2009 reconociendo la cuota parte pensional a favor del señor MIGUEL AMBROSIO OLIVELLA MORA por 695 días, 9% a partir del 01/07/1993 con efectos fiscales a partir del 29/01/2003,(...)”.

Por lo anterior, solicitó rechazar por improcedente la acción de tutela en lo que respecta a esa entidad gubernamental, toda vez que no ha vulnerado ningún derecho fundamental del actor.

1. INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL

En escrito calendado el 5 de abril de 2011, el ISS indicó que con anterioridad habían respondido la solicitud hecha por CAJANAL en cuanto al proyecto de resolución para otorgar la pensión de vejez por aportes al accionante. En este sentido, reiteró los argumentos que en dicha respuesta expuso, en la que objetaron la cuota parte que les correspondía con fundamento en las siguientes razones:

“En cuanto al régimen aplicado en el proyecto de Resolución, nos permitimos hacer los siguientes comentarios:

El Decreto 2709 de 1994, que modificó el Decreto 1160 de 1989, y que reglamenta la Ley 71 de 1988, en su artículo 5º establece lo siguiente: “Tiempo de servicios no computables, NO se computará como tiempo para adquirir el derecho a la pensión de jubilación por aportes, el laborado en empresas privadas no afiliadas al Instituto de Seguros Sociales para los riesgos de Invalidez, Vejez y Muerte, ni el laborado en entidades oficiales de todos los órdenes cuyos empleados no aporten al sistema de seguridad social que los protege”.

De lo anterior se deduce que, la Ley 71 de 1988 exige que los tiempos acumulados hayan sido cotizados a caja de previsión o entidades que hagan sus veces y al Instituto de Seguros Sociales. Por tanto, si durante el tiempo que el señor MIGUEL AMBROSIO OLIVELLA MORA laboró en el Ministerio de la Defensa Nacional, en el periodo comprendido entre el

16/02/1971 al 20/01/1973 no se efectuaron aportes para pensión a una Caja de Previsión Social, o las que hicieren sus veces, este tiempo no se podrá tener en cuenta para el reconocimiento de la Pensión de Jubilación por Aportes de que trata la Ley 71 de 1988”

En este sentido, aclaró que el régimen jurídico que permite acumular el tiempo laborado al servicio del Estado y no aportado a Caja de Previsión alguna, es el de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, que en su artículo 33 exige como requisito para el reconocimiento de la pensión de vejez acreditar 55 o más años de edad en el caso de las mujeres y 60 o más años en el caso de los hombres, y un mínimo de 1000 semanas de cotización en cualquier tiempo.

Finalmente, señaló que conforme a lo transcrito, no es posible aceptar la cuota parte pensional consultada por CAJANAL, ya que el régimen jurídico aplicado requiere de unos requisitos específicos como son el contar con 20 años de cotizaciones a cajas o fondos de previsión, requisito con el que no cuenta el accionante.

1. DECISIONES JUDICIALES

En sentencia proferida el 25 de marzo de 2011, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería decidió no tutelar los derechos fundamentales del accionante por considerar que la tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales no procede cuando existe otra alternativa judicial al alcance del ciudadano. En este sentido, adujo que la regla general es que cuando se trata de resolver asuntos referentes a pensiones o la reliquidación de las mismas, existen mecanismos de defensa idóneos para resolverlos ante la jurisdicción ordinaria. Frente al caso del actor, el a quo destacó que en los documentos aportados en la demanda de tutela, se observaba que él había dejado de laborar y cotizar al sistema desde el año 1993 y la solicitud pensional especial de vejez es del año 2007, tiempo que consideró más que suficiente como para que el actor hubiera acudido a las instancias judiciales con el fin de definir el derecho cuestionado.

En cuanto a la posible vía de hecho en que pudo haber incurrido CAJANAL mediante la Resolución 20093 del 1 de junio de 2009, afirmó que en el caso particular no había lugar al reconocimiento de la pensión especial de vejez del actor en tanto la jurisprudencia de la

Corte Constitucional, en las sentencias C-989 de 2006 y C-294 de 2007, reconoció este derecho pensional a la madre o padre trabajador cuyo hijo padeciere de invalidez física o mental, siempre que estuviere debidamente calificada. En efecto, el Tribunal encontró que el accionante no era un trabajador activo al momento de elevar la solicitud pensional a CAJANAL puesto que dejó de laborar en el año 1993 y, por tanto, concluyó que no cumplía con este requisito fundamental de nivel constitucional para acceder a dicha contraprestación.

Por otro lado, en lo que tiene que ver con la temeridad de la acción propuesta por la representante legal de CAJANAL E.I.C.E. en Liquidación, concluyó que no se configuraba en el presente caso, porque la cuestión debatida es distinta de la resuelta por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Montería, puesto que allí se tuteló el derecho de petición del actor para que la entidad respondiera de fondo la petición de pensión especial de vejez por hijo inválido, mientras que en la presente acción lo que se cuestionaba era la negativa de dicha prestación.

Finalmente, en cuanto al cuestionamiento del accionante referente a la vulneración del derecho fundamental al debido proceso por la expedición de la Res. PAP 044145 del 16 de marzo de 2011, en la cual se le reconoció una pensión de vejez distinta a la solicitada, sin haberse resuelto el recurso de reposición interpuesto contra la Res. 20093 de junio 1º de 2009, señaló que esta no tiene fundamento toda vez que en ese acto administrativo se pronuncian sobre la solicitud cuando se indica que “se entenderá resuelta mediante el presente acto administrativo en virtud del principio de economía y celeridad procesal”.

1. IMPUGNACIÓN

En la impugnación de la sentencia, el accionante sostuvo que si bien es cierto dejó de laborar en el año de 1993 y presentó su solicitud de pensión en el 2007, la razón de dicho lapso es que la Corte Constitucional hasta el año 2006, en la sentencia C-989 del 29 de noviembre, declaró la exequibilidad condicionada de la expresión madre, contenida en el parágrafo 4º del artículo 9 de la Ley 797 de 1993, en el entendido que se haría extensivo también al padre cabeza de familia con hijos discapacitados dependientes económicamente de él.

Con base en lo anterior, pretendió evidenciar que hasta noviembre de 2006 y con la

sentencia C-989 del mismo año, se hizo extensivo el derecho de pensión especial por hijo con discapacidad al padre cabeza de familia, y que en el lapso de tiempo comprendido entre el 30 de junio de 1993 (fecha en la cual dejó de laborar) y el 29 de noviembre de 2006 (fecha de expedición de la sentencia), no existía un sustento legal que le permitiera solicitar dicha prestación.

1. SEGUNDA INSTANCIA – SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

En sentencia proferida el 24 de mayo de 2011, la Corte Suprema de Justicia decidió confirmar el fallo de primera instancia. La decisión se sustentó en que la acción de tutela no tenía cabida en tanto su naturaleza no es la de recurso supletorio o alternativo de los mecanismos de defensa establecidos por el ordenamiento jurídico para regular la protección de los derechos y menos se constituye en vía para soslayar las decisiones adoptadas en los trámites administrativos.

Consideró además que ningún perjuicio irremediable se le causa al accionante, puesto que con la Resolución. No. PAP044145 del 16 de marzo de 2011 se le está reconociendo al actor la pensión de vejez ordinaria, de tal forma que la presunta vulneración de su derecho fundamental al mínimo vital se encuentra a salvo, pues mientras acude a la jurisdicción ordinaria a reclamar la asignación pensional a la cual estima tener derecho, su sustento y el de su familia se encuentran garantizados a través de la prestación que ya le fue reconocida.

3. CONSIDERACIONES

3.1. COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, con base en las facultades conferidas por los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de la referencia. Además, procede la revisión en virtud de la selección realizada por la Sala correspondiente y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

3.2. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a lo expuesto, debe la Sala entrar a determinar si CAJANAL y las entidades que deben responder por la respectiva cuota parte de la pensión especial solicitada por el accionante vulneraron sus derechos fundamentales a la igualdad, al mínimo vital y a una vida digna, al negar el reconocimiento de la pensión de vejez “por hijo inválido” y otorgar una distinta a la solicitada.

Para el desarrollo del caso, la Sala analizará la jurisprudencia de la Corte Constitucional frente a los siguientes temas: primero, la procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos por vías de hecho; segundo, la interpretación jurisprudencial del parágrafo 4 del artículo 9 de Ley 797 de 2003 y, por último, resolverá el caso concreto.

3.2.1. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos por vías de hecho en materia pensional

Con base en la regla general de procedencia de la acción de tutela, la Corte Constitucional ha indicado dos situaciones que pueden diferenciarse así: (i) si la acción de tutela se presenta como mecanismo principal, debe examinarse como criterio básico de su procedibilidad la no existencia de otro mecanismo de defensa judicial. De ser así, la tutela no procede, pero si existe y éste no es idóneo para proteger el derecho fundamental afectado, entonces procede como mecanismo principal de amparo de los derechos. En este aspecto, la jurisprudencia ha aclarado que si existe otro medio de defensa judicial, “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. Sin embargo, si el demandante ha dejado vencer la oportunidad para iniciar el trámite del proceso ordinario, por prescripción o caducidad de la acción, la tutela no procede como mecanismo transitorio.”.¹

Por otro lado, (ii) si la tutela se interpone como mecanismo transitorio, a pesar de la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, es forzoso demostrar que se interpone con el fin de evitar la consumación de un perjuicio irremediable. Conforme con la jurisprudencia, tal perjuicio se caracteriza: “ 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”²

Particularmente, en cuanto a la procedencia de la acción de tutela contra actos emanados de la administración³ en los cuales se llegue a evidenciar la afectación de un derecho fundamental relacionado con el reconocimiento o no de una determinada pensión, la Corte Constitucional ha indicado que por regla general esta no es la vía adecuada para controvertirlos, por cuanto la competencia se encuentra radicada en la jurisdicción contencioso administrativa. No obstante, existen casos en los que se ha considerado que la acción de tutela procede de manera excepcional.

En un primer grupo de casos, la Corte ha señalado que la tutela procede contra actos que niegan una pensión o su reajuste, cuando se presentan las siguientes condiciones: “(i) que el no reconocimiento o el reajuste de la pensión de jubilación o vejez se origine en actuaciones que, prima facie, desvirtúen la presunción de legalidad que recae sobre las actuaciones de la administración pública; (ii) que el no reconocimiento, el reajuste o el no pago de la pensión vulnere o amenace un derecho fundamental y (iii) que la acción de tutela resulte necesaria para evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental.”⁴

En un segundo grupo de casos, la Corte ha indicado que procede la tutela contra actos administrativos que si bien reconocen una pensión, omiten dar aplicación a los regímenes especiales destinados a categorías especiales de trabajadores, como es el caso de los servidores públicos o quienes padecen algún tipo de discapacidad. En tales situaciones, debido a que la entidad reconoce derechos pensionales con base en reglas que manifiestamente no guardan concordancia con la norma que debe aplicarse en un caso determinado, la Corte ha observado que también se configura una vía de hecho administrativa

Sin embargo, en esta última hipótesis, en la sentencia T-158 de 2006⁵ esta Corporación concluyó que aparte de las condiciones ya reseñadas, para lograr el amparo por vía de

tutela, era preciso que:

“1. Que la persona interesada haya adquirido el status de jubilado, o lo que es igual, que se le haya reconocido su pensión.⁶

2. 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.⁷

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.⁸

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.⁹¹⁰

En suma, se puede concluir que la acción de tutela contra actos administrativos por vía de hecho procede siempre y cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial o cuando existiendo se presente una amenaza de perjuicio irremediable o el mecanismo ordinario no sea idóneo, de modo que ante la existencia de un acto manifiestamente contrario a derecho, se hace necesaria la intervención del juez constitucional con el fin de evitar la grave vulneración de derechos fundamentales y la consumación de un perjuicio iusfundamental. Igualmente, en circunstancias donde el acto administrativo ha reconocido un derecho pensional, pero las reglas aplicadas por la entidad para sustentar el mismo, son claramente

erróneas, la procedencia debe observarse teniendo en cuenta elementos tales como que la persona haya adquirido el status de jubilado (o que se le haya reconocido su pensión), que haya agotado la respectiva vía gubernativa y que haya acudido a la jurisdicción ordinaria, entre otros ya señalados.

3.2.3. Interpretación del inciso 2 del párrafo 4º del artículo 9 de la Ley 797 de 2003

A través de la Ley 797 de 2003, el legislador introdujo algunas modificaciones a la Ley 100 de 1993. Particularmente, el inciso 2 del párrafo 4 del artículo 9 señaló una categoría especial de pensión de vejez destinada a madres trabajadoras que tuvieran a su cargo hijos discapacitados. Concretamente la norma indica lo siguiente:

“Párrafo 4°. Se exceptúan de los requisitos establecidos en los numerales 1 y 2 del presente artículo, las personas que padezcan una deficiencia física, síquica o sensorial del 50% o más, que cumplan 55 años de edad y que hayan cotizado en forma continua o discontinua 1000 o más semanas al régimen de seguridad social establecido en la Ley 100 de 1993.

La madre trabajadora cuyo hijo” menor de 18 años”¹¹ padezca invalidez física o mental, debidamente calificada y hasta tanto permanezca en este estado y continúe como dependiente de la madre, tendrá derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez. Este beneficio se suspenderá si la trabajadora se reincorpora a la fuerza laboral. Si la madre ha fallecido y el padre tiene la patria potestad del menor inválido, podrá pensionarse con los requisitos y en las condiciones establecidas en este artículo.” (Subrayas propias)

Para el caso que nos ocupa, el párrafo 4 de dicho artículo fue objeto de estudio por parte de esta Corporación mediante la Sentencia C-989 de 2006¹².

En aquella ocasión los demandantes consideraban que la expresión “madre” desconocía el mandato general de igualdad establecido en el artículo 13 de la Constitución Política, cuya

finalidad es brindar iguales garantías, derechos y deberes a los ciudadanos. Así, afirmaban que la disposición aludida había omitido hacer mención expresa al padre en aquellos casos en los que el hijo que padezca invalidez física y mental se encuentra exclusivamente a su cargo, es decir, que dependa económicamente de aquel.

La Corte Constitucional encontró que no existe un fundamento constitucional en virtud del cual se pueda establecer una diferencia de trato entre los hijos discapacitados que están a cargo del padre y los que están a cargo de la madre. En este sentido concluyó:

“En el caso concreto del inciso 2° del párrafo 4° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 -modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003-, la protección que allí se establece está encaminada en forma directa a beneficiar al niño o adulto discapacitado que por sus condiciones físicas o mentales no puede valerse por sí mismo, razón por la cual se torna en un sujeto de protección especialísima al cual Estado le debe brindar todas las garantías necesarias para el goce efectivo de sus derechos, de allí la necesidad de que indistintamente de que se trate de la madre o el padre, siempre que i) como lo dispone la norma la discapacidad del menor esté debidamente calificada y que ii) se hayan cotizado al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones el mínimo de semanas requeridas en el régimen de prima media para obtener la pensión de vejez, se deba conceder el beneficio pensional allí previsto, de forma tal que, se pueda dar efectivo cumplimiento al propósito de la disposición legal ibídem, que no es otro que otorgarle de manera anticipada recursos económicos al progenitor a cuyo cargo se encuentre el niño o el adulto incapaz, con el fin de permitirle dedicar su tiempo a la adecuada rehabilitación de éste.”(Negrillas propias)

Por estas razones, esta Corporación resolvió declarar exequible el aparte demandado, en el entendido que el beneficio pensional previsto en dicho artículo se haga extensivo al padre cabeza de familia de hijos discapacitados y que dependan económicamente de él.

De este modo, a partir de dicha sentencia, los padres que estén a cargo del cuidado de los hijos discapacitados podrán gozar de la pensión especial de vejez estipulada en el párrafo 4 de artículo 9 de la Ley 797 de 2003, siempre y cuando acrediten las semanas suficientes de cotización conforme con el régimen de prima media y la certificación médica de la discapacidad del hijo.

Ahora bien, luego de hacer la anterior precisión, es necesario recordar que el artículo 9

modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, correspondiente a los requisitos para acceder a la pensión de vejez dentro del régimen de prima media con prestación definida.

Dentro de los requisitos exigidos a los afiliados a dicho régimen para acceder a la pensión de vejez, se estableció una edad mínima de 55 años de edad si es mujer y 60 para el caso del hombre. Igualmente, se exigió haber cotizado un mínimo de 1000 semanas en cualquier tiempo.

Sin embargo, con el ánimo de brindar una protección especial dentro de este artículo, el legislador dedicó un párrafo especial a algunas personas en situación de vulnerabilidad y otro a los padres de las personas que se encontraban en la misma situación. De este modo, el inciso primero exceptúa de los requisitos anteriormente señalados a las personas que padezcan una deficiencia física, psíquica o sensorial del 50% o más, que cumplan 55 años de edad (hombre o mujer) y haya cotizado un mínimo de 1000 semanas al régimen de seguridad social establecido en la Ley 100 de 1993.

Bajo esta misma idea de protección especial, el legislador estableció una pensión de vejez que recae exclusivamente en el padre o madre que tenga a su cargo un hijo en situación de discapacidad física, psíquica o sensitiva. En dicho caso, se estipularon los mismos requisitos de la pensión ordinaria de vejez a excepción de la edad, para lo cual no establece un mínimo, tal como se estudió en líneas precedentes.

Tanto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 como en su artículo modificadorio (artículo 9 Ley 790 de 2003), el legislador estableció el mismo monto de la mesada pensional, equivalente al 65 % del ingreso base de liquidación para las primeras 1000 semanas de cotización.

Lo anterior significa que en cualquiera de las situaciones establecidas para acceder a la pensión de vejez, como (i) la edad de 55 años en el caso de la mujer y 60 para el hombre, (ii) la discapacidad física, psíquica o sensorial superior al 50% adicional a la edad mínima de 55 años y; (iii) la de los padres o madres trabajadoras que tengan a su cuidado un hijo que padezca invalidez física o mental sin importar la edad, el legislador dispuso un mínimo de 1000 semanas de cotizaciones e igual monto para la mesada pensional.

3.3. CASO CONCRETO

El ciudadano Miguel Ambrosio Olivella Mora interpuso acción de tutela contra CAJANAL - en liquidación- con el objetivo de obtener amparo judicial de sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la dignidad humana, al mínimo vital y a la igualdad, que habrían sido infringidos como consecuencia de la negativa de la entidad de reconocerle la pensión de vejez “por ser padre de hijo inválido” consagrada en el párrafo 4 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, según la cual requiere que la persona se encuentre laborando al momento de solicitar la pensión.

Es necesario recordar que el actor fundamenta la solicitud de su pensión en dos hechos. El primero, que está a cargo de su hijo mayor de edad quien padece autismo severo y, el segundo, que con motivo de la sentencia C-989 de 2006 que hizo extensiva la situación de las madres de hijos discapacitados a los padres en las mismas circunstancias, él cumple las calidades requeridas en el párrafo 4 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

Como ya se indicó con anterioridad, CAJANAL expidió la Resolución No. 20093 del 1 de junio de 2009¹³, en la que resolvía la solicitud del accionante destinada al reconocimiento de una “pensión especial de vejez por aportes”; no obstante, dicho acto se basaba en la pensión ordinaria de vejez y no la especial que el actor solicitaba. Adicionalmente, el ISS como responsable de una cuota parte dentro del monto de la pensión, se negaba a reconocer dicha contraprestación aduciendo que el actor no estaba trabajando al momento de solicitar la pensión, tal como lo establece el párrafo 4 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003. Por lo tanto, la resolución decidió negar la solicitud del actor.

El actor impugnó la anterior decisión, la cual según CAJANAL se entendía resuelta con la expedición de la Resolución No. PAP044145 del 16 de marzo de 2011, en donde resolvió lo siguiente:

“ARTÍCULO PRIMERO: Reconocer y ordenar el pago a favor del señor MIGUEL AMBROSIO OLIVELLA MORA ya identificado (a) de una pensión mensual de vejez, en cuantía de (\$592.656) (...), efectiva a partir del 27 de mayo de 2009”.

En primer lugar, la jurisprudencia exige “que la persona haya adquirido el estatus de jubilado, o lo que es igual, que se le haya reconocido su pensión”. Al respecto, al actor le fue reconocida un pensión de jubilación mediante Resolución No. PAP044145 del 16 de marzo de 2011 expedida por CAJANAL.

En segundo lugar, debe acreditarse que el actor haya agotado la vía gubernativa contra el acto que reconoció la pensión. Sobre el particular, si bien el actor no recurrió la resolución que reconoció su pensión, si agotó la vía gubernativa en tanto impugnó la resolución que inicialmente le había negado la pensión.

En cuanto al requisito referido a que el jubilado haya acudido a las vías judiciales ordinarias, que esté en tiempo de hacerlo o se demuestre que ello es imposible por razones ajenas a su voluntad, la Sala encuentra que el actor no demostró haber cumplido tal condición, puesto que acudió directamente a la acción de tutela y no demostró que estuviera imposibilitado para acudir a los jueces administrativos con el fin de manifestar su inconformidad frente al acto administrativo que le reconoció la pensión.

Tampoco existe evidencia de falta de idoneidad de los mecanismos ordinarios o de la existencia de una amenaza de perjuicio irremediable, pues está probado dentro del expediente, tal como se desprende de la transcripción de la parte resolutive de la Resolución No. PAP044145 del 16 de marzo de 2011 expedida por CAJANAL, que al señor Miguel Ambrosio Olivella Mora le fue reconocida una pensión de vejez. De tal forma que la presunta amenaza del derecho fundamental al mínimo vital carece de fundamento fáctico y constitucional, en tanto no está demostrado que por estar percibiendo actualmente una mesada pensional se vulnere el mínimo vital del actor o del hijo que está a su cargo. Es más, el propio acto administrativo reconoce el retroactivo que debe cancelarse a partir del momento en el cual él cumplió los requisitos para hacerse acreedor de dicha prestación, esto es, desde el 27 de mayo de 2009.

Otra razón fundamental para considerar que en el caso bajo estudio no existen argumentos suficientes para ordenar a CAJANAL que reconozca la pensión especial de vejez solicitada por el actor, es que, no se vislumbra un cambio en el monto a pagar derivado de la pensión ordinaria y de la pensión especial. Como ya tuvo la oportunidad de estudiarse, el monto de la mesada pensional es el mismo, lo que cambia son los requisitos que el artículo 9

de la Ley 797 de 2003 exige para reconocerla. Así, el reconocimiento de la “pensión especial de vejez” o “especial por ser padre de hijo inválido” como la denomina el accionante, no representa un incremento en la mesada pensional, sino que dicha categoría revestida de especialidad se caracteriza porque sus titulares son padres y madres trabajadoras que tienen a cargo un hijo con invalidez física, psíquica o mental, a quienes se les exime del requisito de la edad.

Ahora bien, teniendo en cuenta la constante y reiterativa solicitud del actor para que se le reconozca la pensión especial de vejez estipulada en el parágrafo 4 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, la Sala encuentra que ésta no tiene otro propósito que el reconocimiento del retroactivo a partir del año 2008, momento en el cual el actor, con fundamento en la sentencia C-989 de 2006 (que hace extensivo el beneficio a los padres), inició los trámites ante CAJANAL para que se le reconociera la pensión especial de vejez tantas veces aludida. Al respecto, la Sala considera que el señor Miguel Olivella puede acudir a la jurisdicción ordinaria para efectos de que sea allí donde se resuelva la controversia acerca de si cumple los requisitos para acceder a la pensión especial de vejez o si debe permanecer con la que actualmente está percibiendo. Igualmente, mientras el litigio se resuelve, tanto el actor como su hijo inválido tendrán garantizado el mínimo vital en tanto continuarán beneficiándose de la mesada reconocida por la entidad accionada, puesto que el debate versará sobre la norma aplicable, mas no sobre la titularidad del derecho, ya que no hay duda que es al actor quien ostenta la calidad de jubilado.

Por todo lo anterior, la Sala confirmará el fallo de tutela de segunda instancia proferido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el 24 de mayo de 2011, pero por las razones expuestas en la presente sentencia.

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida en segunda instancia el 24 de mayo de 2011 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, dentro de la acción de tutela promovida por el señor Miguel Ambrosio Olivella Mora contra CAJANAL –en liquidación–, por las razones anotadas en esta providencia.

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

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Con aclaración de voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

A LA SENTENCIA T-778/11

Referencia: Expedientes T-3.101.533

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB

Con el respeto acostumbrado haré una relación sucinta de las particularidades del caso y de la sentencia en cuestión para, de manera subsiguiente, referir las razones que justifican la suscripción de una aclaración de voto en relación con la sentencia precitada.

i. Contenido de la sentencia

El señor Miguel Ambrosio Olivella Mora solicitó a la Caja Nacional de Previsión Social en Liquidación -CAJANAL- el día 30 de octubre de 2007 el reconocimiento de pensión especial debido que es padre de un menor que padece de autismo severo, invocando el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 y la sentencia C-989 de 2006 mediante la cual se hizo extensiva esta prestación a los 'padres trabajadores'. Posteriormente, mediante Resolución del 16 de marzo de 2011, CAJANAL procedió a otorgar la pensión de vejez por aportes al actor a pesar de que la petición del mismo estaba dirigida al reconocimiento de la pensión especial de vejez para madres y padres trabajadoras(es) que tuvieran a su cargo hijos discapacitados. El padre del menor discapacitado incoa acción de tutela en contra de CAJANAL pues considera que la misma ha vulnerado sus derechos fundamentales a la igualdad, al mínimo vital y a una vida digna al haber reconocido una prestación pensional distinta a la solicitada.

Con base en los anteriores hechos, la providencia formuló el problema jurídico al preguntarse si CAJANAL y las demás entidades encargadas del reconocimiento de cuotas partes para la configuración del derecho pensional, vulneraron los derechos fundamentales del actor al negar el reconocimiento de la pensión especial por hijo invalido, solicitada por éste.

Esta providencia, para dar respuesta al interrogante planteado, propone en el estudio del caso concreto que no existe una amenaza cierta del mínimo vital del actor y de su hijo en la medida en que actualmente se benefician de una pensión de vejez por aportes, teniendo garantizado de esta forma su sustento económico.

Además, verifica los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra actos administrativos, concluyendo que la misma no es procedente en la medida en que, (a) si bien el actor tiene el status de jubilado y (b) agotó la vía gubernativa, (c) no acudió a las vías judiciales ordinarias, ni demostró estar en imposibilidad de hacerlo a efectos de manifestar su inconformidad respecto del acto administrativo, y tampoco (d) demostró la falta de idoneidad de los mecanismos ordinarios.

La providencia concluye que el actor puede acudir a la jurisdicción ordinaria "para efectos de que sea allí donde se resuelva la controversia acerca de si cumple los requisitos para acceder

a la pensión especial de vejez". No obstante, ordena confirmar la decisión del juez de segunda instancia en la cual se había negado el amparo.

i. La procedibilidad de la acción de tutela contra actos administrativos referentes a temas pensionales

De forma general, la acción de tutela es improcedente para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos referentes a temas pensionales, como quiera que existen otros mecanismos judiciales para su defensa. Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corporación ha definido que procederá el amparo contra las actuaciones administrativas en ciertos casos excepcionales, ya sea como mecanismo transitorio o principal.

De este modo, la acción de tutela procederá como mecanismo transitorio frente a actuaciones administrativas cuando, a pesar de existir un medio ordinario de defensa, se logre verificar que las actuaciones han implicado un perjuicio irremediable concreto respecto las personas involucradas. La procedencia de la acción constitucional en estos casos ha sido avalada no sólo en consideración al artículo 86 de la Carta que así lo autoriza, sino también en atención a lo precisado por los artículos 614, 715 y 816 del Decreto 2591 de 1991 que permiten el amparo constitucional contra tales actos. En efecto, ha dicho el legislador que de configurarse el perjuicio irremediable, el juez de tutela puede suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Asimismo, procederá como mecanismo definitivo cuando se logre verificar que el acto administrativo es manifiestamente contrario a la legalidad y que el mismo vulnera gravemente derechos fundamentales, es decir, cuando del análisis del caso concreto se observe una real o aparente intención de no decidir de manera ajustada al ordenamiento jurídico, propiciando y forzando la utilización innecesaria y dilatoria de vías judiciales.

En este sentido, la sentencia T-571 de 2002 estableció dos casos excepcionales en los cuales podrían configurarse vías de hecho en el acto administrativo que hacen procedente el amparo como mecanismo definitivo en materia pensional:

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

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

Sin embargo, como se estableció en esta misma sentencia, respecto de la segunda posibilidad esta Corporación concluyó que además de las condiciones reseñadas, para que proceda el amparo por vía de tutela es preciso:

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

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 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 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. 17

De conformidad con lo dicho, para la protección de los derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, la acción de tutela será procedente como mecanismo transitorio en los casos en que, existiendo otros mecanismos ordinarios de defensa, se configure un perjuicio irremediable. De igual forma, la misma será procedente como mecanismo definitivo cuando se logre demostrar que el acto administrativo es manifiestamente contrario a la legalidad y vulnera gravemente derechos fundamentales.

A mi juicio, el análisis de procedibilidad que realiza el juez constitucional en un primer momento – del cual concluye que el presente amparo no procede como mecanismo transitorio en la medida en que no se logró verificar una verdadera afectación del mínimo vital del actor y de su hijo que implicara la configuración de un perjuicio irremediable – es acertado, razón por la cual comparto la evaluación que se realizó y las razones que fueron valoradas para llegar a esta conclusión.

Sin embargo, habiéndose declarado improcedente la acción de tutela en cuestión, considero que no resultaba necesario efectuar algún examen adicional dirigido a determinar si el acto administrativo configuraba o no una vía de hecho por aplicar el régimen más desfavorable al actor o si con el mismo se vulneraba gravemente derechos fundamentales. Por tal razón, dado que no comparto los fundamentos que se realizaron luego de haberse declarado la improcedencia del presente amparo, me permito suscribir una aclaración de voto respecto de esta providencia.

Fecha ut supra.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

1 Sentencia T-912 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

2 Esta doctrina ha sido reiterada en las sentencias de la Corte Constitucional, T-225 de 1993, MP: Vladimiro Naranjo Mesa, SU-544 de 2001, MP: Eduardo Montealegre Lynett, T-983 de 2001, MP: Álvaro Tafur Galvis, entre otras.

3 La vía de hecho administrativa puede entenderse como la situación en la cual los servidores públicos en ejercicio de sus funciones administrativas, expiden actos de carácter particular o general que son abiertamente contrarios a la Constitución y las normas preexistentes. Así, bajo la apariencia de actos legalmente proferidos, realmente se tornan materialmente arbitrarios, en una clara vía de hecho, tras lo cual se vulneran los derechos fundamentales de las personas, siendo en algunos casos la acción de tutela un mecanismo idóneo de protección (Sentencia Su-960 de 1999).

4 Sentencia T-921 de 2006.

5 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

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

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

8 Sentencias T-634 y T-1022 de 2002

9 Sentencias T-049, T-620, T-634 y T-1022 de 2002

10 Sentencia T-158 de 2008, reiterada en la Sentencia T-510 de 2009, ambas con M.P. Humberto Antonio Sierra.

11 “La expresión “menor de 18 años” fue declarada inexecutable mediante sentencia C-227 de 2004, M.P. Manuel Jose Cepeda Espinosa”.

12 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

13 Folio 22 cuaderno 1 instancia.

14 Art. 6º Decreto 2591 de 1991. “La acción de tutela no procederá: 1º 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 mecanismos será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.” (La subraya es fuera del original).

15 Dice el Artículo 7º del Decreto 2591 de 1991: “Desde la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, suspenderá la ejecución del acto concreto que lo amenace o vulnere.” (Subraya fuera del original).

16 Dice el artículo 8º del decreto 2591 de 1991: “Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y las demás procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso.” (Subraya fuera del original).

17 Ver las sentencias T-158 de 2008 y T-510 de 2009.