

Sentencia T-782-09

(Noviembre 03; Bogotá D.C.)

Referencia: Expediente T-2.322.832.

Demandante: José Ernesto Guevara Pinzón.

Demandado: CAJANAL.

Magistrados de la Sala Quinta de Revisión: Mauricio González Cuervo, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Nilson Pinilla Pinilla.

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

I. ANTECEDENTES.

1. Demanda y pretensión.

El ciudadano José Ernesto Guevara Pinzón, mediante apoderado, interpuso acción de tutela contra la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL. Pretende que se le reliquide la pensión reconocida mediante Resolución No. 36586 de 28 de julio de 2006, teniendo en cuenta para ello el 75% de la asignación mensual más elevada que percibió durante el último año de servicios, aplicando en su integridad el artículo 6 del Decreto 546 de 1971, por ser ex servidor público de la Rama Judicial, y ser sujeto beneficiario del Régimen de Transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. La pretensión es transitoria hasta cuando haya un pronunciamiento a fondo de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que dirima la controversia.

1. Elementos de la demanda:

-Derechos fundamentales invocados: Al debido proceso, a la igualdad, a la dignidad humana, al mínimo vital, derechos de las personas de la tercera edad, a la seguridad social, derechos de los trabajadores y derechos adquiridos.

- Pretensión: Que se ordene a la accionada reliquidar la pensión de jubilación reconocida mediante Resolución No. 36586 de 28 de julio de 2006.

1.2 Fundamentos de la pretensión:

El accionante la estructura sobre las siguientes afirmaciones y medios de prueba:

1.2.1. El accionante nació el 27 de abril de 1944, por lo que para el momento de presentar la acción de tutela tiene 64 años¹.

1.2.2. Sostiene que prestó sus servicios a la Contraloría de Cundinamarca desde el 16 de mayo de 1968 hasta el 30 de diciembre de 1968, y desde el 21 de enero de 1969 hasta el 30 de septiembre de 1977, y en la Rama Judicial desde el 29 de septiembre de 1977 hasta el 20 de julio de 1988.

1.2.3. Señala que durante el último año de servicio comprendido entre el 20 de julio de 1987 y el 20 de julio de 1988, el actor devengó una asignación básica salarial y factores salariales que deben incluirse en la liquidación del monto de la pensión de jubilación con un 75% de la asignación más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio actualizado con el IPC, conforme lo dispone el artículo 6 del Decreto 546 de 1971.

Posteriormente en su demanda de tutela hace una liquidación de lo que considera ha debido reconocérsele en su pensión de jubilación.

1.2.4. Que con las cifras relacionadas se demuestra claramente que existe diferencia entre la mesada que le fue reconocida al accionante, y la que debió reconocerse aplicando el Decreto 546 de 1971, pues la entidad demandada solamente le reconoció una mesada pensional con el 75% del promedio devengado, sin tener en cuenta los factores salariales ni la asignación mensual más elevada consagrada en esa norma.

1.2.5. Que por haber cumplido con los requisitos de edad y tiempo de servicio solicitó la pensión de jubilación ante CAJANAL, la cual efectivamente le fue reconocida en cuantía de \$1.271.310.17, de conformidad con el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, el artículo 1, parágrafo 2, inciso 1 del Decreto 2143 de 1995 y el Decreto 01 de 1984, normas que resultan inaplicables por ser un servidor público de la Rama Judicial, con más de 10 años de servicios, y beneficiario del Régimen de Transición, por lo que debió aplicársele el

artículo 6 del Decreto 546 de 1971 y el artículo 132 del Decreto 1660 de 1978.

1.2.6 Como la pensión no fue liquidada en debida forma, por cuanto no se tuvo en cuenta el régimen especial aplicable, se presentó petición el 3 de noviembre de 2006, solicitando la reliquidación con fundamento en los Decretos 546 de 1971 y 1660 de 1978, la pretensión fue resuelta negativamente mediante Resolución No. 26142 de 6 de junio de 2007, contra la cual se presentó recurso de reposición que fue decidido mediante Resolución No.46785 de 11 de septiembre de 2008, la que fue notificada el 3 de octubre de 2008, confirmando la decisión anterior, quedando así agotada la vía gubernativa.

1.2.7 El 19 de noviembre de 2008, fue presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual fue admitida mediante auto de 20 de enero de 2009.

Anexó como pruebas las siguientes:

- Poder debidamente otorgado.²
- Fotocopia de la Cédula de Ciudadanía.³
- Resolución No. 26142 de 6 de junio de 2007, notificada el 22 de junio de 2007, por la cual se niega la reliquidación de la pensión de jubilación.⁴
- Resolución No. 46785 de 11 de septiembre de 2008, por la cual se resuelve un recurso de reposición, notificada el 3 de octubre de 2008.⁵
- Resolución No. 36586 de 28 de julio de 2006, por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión de jubilación.⁶
- Constancia expedida por el Consejo Superior de la Judicatura de tiempo de servicio y factores salariales de 20 de octubre de 2006 y de 29 de octubre de 2008.⁷
- Constancia expedida por la Contraloría de Cundinamarca de tiempo de servicio y factores salariales de 13 de octubre de 2006.⁸
- Copia de presentación de la demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 19 de noviembre de 2008.⁹

- Copia auto admisorio de la demanda de 20 de enero de 2009, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.¹⁰
- Copia del fallo de tutela del 12 de julio de 2006, proferido por el Juez 17 Penal del Circuito de Bogotá, donde se protegió el derecho en un caso parecido al del señor José Ernesto Guevara Pinzón.¹¹

2. Respuesta de la accionada.

Se respondió la demanda de tutela pero en forma extemporánea, por lo que el Juez de primera instancia no tuvo ocasión de considerarla.¹²

3. Decisiones de tutela objeto de revisión.

3.1 Sentencia de Primera Instancia: Juzgado Cuarenta y Nueve Penal del Circuito de Bogotá D.C., de 9 de marzo de 2009 (impugnada).

El Juez de primera instancia declaró improcedente el amparo, por considerar que la acción de tutela no es el mecanismo para obtener el reconocimiento o la reliquidación de la pensión de jubilación, por cuanto el ordenamiento ha diseñado otros medios para obtener tales pretensiones. Que cuando se ha admitido excepcionalmente su procedencia, la jurisprudencia constitucional ha establecido requisitos, como los señalados en la sentencia T- 644/05. Excluye del caso que se estudia el incumplimiento de esos requisitos, por cuanto el demandante no acreditó la existencia de un perjuicio irremediable que le afecte la subsistencia en condiciones dignas, ni su salud, ni su mínimo vital, por lo que la tutela no resulta procedente como mecanismo transitorio tal y como se solicita.

Lo correcto, sigue el fallo, es que el demandante acuda a la Jurisdicción Contencioso Administrativa para demandar el correspondiente acto, tal y como ya lo ha hecho, pues lo que se advierte es una disparidad de criterios en torno a la interpretación que motiva la liquidación de la pensión de jubilación.

3.2 Impugnación.

Considera el apoderado del demandante que la sentencia impugnada desconoce lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia T-631 de 2000.

Manifiesta que Cajanal le ha vulnerado los derechos fundamentales a su poderdante, pues éste trabajó más de diez años al servicio de la rama judicial como Juez, por lo que debe aplicársele para el reconocimiento de su pensión de jubilación el régimen especial consagrado en el Decreto 546 de 1971, razón por la que debe revocarse el fallo de primera instancia y en su lugar, acceder a las súplicas de la acción de tutela, con el fin de evitar un perjuicio irremediable al titular del derecho.

3.3 Sentencia de Segunda Instancia. Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, de 20 de mayo de 2009.

Revocó la decisión de primera instancia y en su lugar concedió la tutela por considerar que por parte de la entidad demandada hubo el desconocimiento del Régimen Especial previsto para los servidores de la Rama Judicial y del Ministerio Público, cuya vigencia se soporta en las normas de transición de la Ley 100 de 1993, lo que comporta una violación del derecho de seguridad social en conexidad con el debido proceso y los derechos adquiridos. Se mencionan las sentencias de la Corte Constitucional T-189 de 2001, T-470 de 2002 T-631 de 2002 y T-806 de 2004. Para concluir que los actos administrativos a través de los cuales se resuelve la solicitud de pensión o su reliquidación, se erigen en vías de hecho, ahora denominadas causales genéricas de procedibilidad de la acción, susceptibles de ser definidas mediante la acción de tutela.

Se citan las siguientes normas: Artículos 6 del Decreto 546 de 1971 y 36 de la Ley 100 de 1993.

Para el Tribunal resulta claro que CAJANAL al proferir los actos administrativos mediante los cuales reconoció y ordenó pagar la pensión de jubilación del demandante, aplicando para la liquidación y reliquidación normas que no correspondían por estar cobijado por un régimen especial, incurrió en vía de hecho.

Concede la tutela como mecanismo transitorio, porque así lo solicitó el apoderado del demandante.

1. Competencia.

La Corte Constitucional, a través de esta Sala, es competente para revisar la decisión

proferida en el asunto de la referencia, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, y 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento del Auto del 23 de julio de 2009 de la Sala de Selección de Tutela Número Siete de la Corte Constitucional.

2. Cuestión de Constitucionalidad.

2.1 Procedencia de la tutela: En este caso se debe establecer si de manera excepcional, la acción de tutela tiene vocación de prosperidad respecto de controversias sobre reajuste de pensiones de jubilación.

2.2 Problema de constitucionalidad:

La Sala de Revisión determinará si la actuación de CAJANAL, en relación con el reconocimiento de la pensión y la negativa del reajuste de las mesadas, por negarse a reconocer el régimen especial de empleados y funcionarios de la rama judicial, según el cual la liquidación debe hacerse con el 75% de la asignación mensual más alta que hubiere devengado el trabajador en el último año de servicios, vulneró los derechos fundamentales del demandante.

2.3 Estructura del considerando:

Para responder el problema jurídico planteado la Sala reiterará la jurisprudencia relativa a (i) Procedencia excepcional de la acción de tutela para obtener la reliquidación de la pensión. (ii) Si CAJANAL al dejar de aplicar el régimen pensional que le correspondía al demandante vulneró su derecho al debido proceso. (iii) La acción de tutela como mecanismo transitorio de protección y iv) Se resolverá el caso concreto.

3. Procedencia excepcional de la acción de tutela para la reliquidación de pensiones:

3.1 El artículo 86 de la Constitución Política dispone:

“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 estos resulten vulnerados o

amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”.

[..]

“Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”

El artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 señala:

“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 encuentre el solicitante.

Ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte Constitucional en afirmar que cuando existe otro medio de defensa judicial la tutela no procede, sin embargo, en el caso específico de la reliquidación de pensiones se ha aceptado que hay excepciones. La acción de tutela es procedente en estos casos, siempre y cuando se cumplan las reglas que la misma jurisprudencia ha fijado, para lo cual se analiza el caso concreto para verificar que sí se cumplan.

3.2 La Jurisprudencia de la Corte Constitucional:

Desde la sentencia T-634 de 2002 se afirmó que la acción de tutela no procedía para obtener el reconocimiento o la reliquidación de pensiones, por cuanto existían otros medios de defensa judicial, pero que sin embargo, la Constitución autorizaba su procedencia en casos excepcionales. Después de analizarse la jurisprudencia existente hasta ese momento y citando particularmente la sentencia T-456 de 1994, se llegó a la siguiente conclusión:

“La jurisprudencia constitucional ha señalado con absoluta claridad que la acción de tutela no procede para obtener la reliquidación de mesadas pensionales. Sin embargo, como también ha sido explicado, en ciertos casos y de manera excepcional ella puede

constituir el mecanismo idóneo para proteger transitoriamente los derechos invocados, pero su procedencia está condicionada a la concurrencia de ... requisitos...”

Ahí, en esencia se fijaron las que hoy se consideran, con el transcurso del tiempo, las reglas para establecer si procede o no la tutela en cada caso concreto de reconocimiento o de reliquidación de pensión. Éstas son las que delimitan el carácter excepcional de procedencia de la acción tutela 13 que sirven para efectos de ordenar por medio de ella, tanto liquidar o reliquidar una pensión, como la forma de hacerlo.

Se deben cumplir entonces, 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.
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.
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.

3.3 Hechos del caso concreto:

En este caso se tiene lo siguiente:

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

En este caso está probado que al demandante le fue reconocida la pensión de jubilación mediante Resolución No. 36586 de 28 de julio de 2006, de la Caja Nacional de Previsión Social.

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:

En el expediente se encuentran las Resoluciones Nos. 26142 de 6 de junio de 2007 mediante la cual se negó la reliquidación de la pensión reconocida, y de la No. 46785 de 11 de septiembre de 2008, por la cual se negó el recurso de reposición interpuesto contra la anterior.

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:

En este caso está demostrado que el señor Guevara Pinzón interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 19 de noviembre de 2008, y que la demanda fue admitida mediante auto proferido el 19 de enero de 2009.

4. Que el jubilado acredite las condiciones materiales que justifican la protección por vía de tutela, esto es, 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.

En el expediente está probado que el demandante nació el 27 de abril de 1944, es decir que tiene actualmente más de 65 años de edad, esto es que se está frente a un

sujeto que merece especial protección constitucional.

Conforme al artículo 7º de la Ley 1276 de 2007:

“DEFINICIONES: Para fines de la presente ley, se adoptan las siguientes definiciones:

[...]

“...b) Adulto Mayor. Es aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más...”.

3.4 Conclusión:

Para la Sala no hay duda entonces, que en este caso se reúnen las condiciones que hacen procedente la tutela para la reliquidación de la pensión del señor José Ernesto Guevara Pinzón.

4. Si CAJANAL al dejar de aplicar el régimen pensional que le correspondía al demandante vulneró su derecho al debido proceso:

4.1 Se ha considerado que el debido proceso es un derecho que puede resultar vulnerado cuando la entidad encargada de reconocer y liquidar la pensión de jubilación aplica normas que no son las procedentes, desconociendo la normatividad y afectando a quienes solicitan su pensión y tienen derecho al reconocimiento conforme a un régimen especial.

Ahora bien, frente al ingreso base de liquidación CAJANAL afirma que lo hizo conforme a lo previsto en el artículo 1º del Decreto 2143 de 1995 y en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (Régimen de transición), procediendo a efectuar la liquidación con el 75% del promedio de lo devengado en el último año, pero conforme a lo que se acaba de exponer, y específicamente en lo que tiene que ver con la aplicación del Régimen especial previsto en el Decreto 546 de 1971, para funcionarios y empleados judiciales debía ser sobre el 75% de la asignación mensual más elevada que percibió en el último año de servicios, aplicando en su integridad el artículo 6 de esa norma, por ser beneficiario, como bien lo acepta la entidad demandada, del Régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

4.2 La Jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Desde la sentencia T-631 de 2002 se consideró lo siguiente:

“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.”

Igualmente en la sentencia T-571 de 2002 se previó:

“Es posible identificar dos eventos en los cuales podrían configurarse vías de hecho en el acto administrativo proferido con ocasión de la solicitud pensional: i. Cuando en el acto administrativo por medio del cual se define el reconocimiento de una pensión de jubilación se declara que el peticionario cumple con los requisitos establecidos por la ley para acceder al status de pensionado pero se le niega el reconocimiento del derecho por razones de trámite administrativo, por ejemplo la expedición del bono pensional. ii. Cuando en el acto administrativo por medio del cual se define el reconocimiento de la pensión de jubilación se incurre en una omisión manifiesta al no aplicar las normas que corresponden al caso concreto o elige aplicar la norma menos favorable para el trabajador, en franca contradicción con la orden constitucional del principio de favorabilidad. Por ejemplo, cuando se desconoce la aplicación de un régimen especial o se omite aplicar el régimen de transición previsto en el sistema general de pensiones.” (Negrillas fuera de texto).

En la sentencia T-529 de 2007 se afirmó que en ese caso:

“Estaban acreditadas ante Cajanal las condiciones para el reconocimiento y pago de la pensión del accionante, de conformidad con lo previsto en el Decreto 546 de 1971. Sin embargo, esa entidad desconoció que el actor pertenecía a un régimen especial por haber laborado al servicio del Ministerio Público, situación que consolida una vía de hecho al vulnerar el derecho fundamental del debido proceso por desconocimiento del principio de favorabilidad, como se dijo, por falta de aplicación del régimen especial.

“La Sala encuentra que la negativa de Cajanal en conceder la prestación requerida se funda en un error interpretativo, ya identificado por la Corte, que priva injustificadamente al accionante del estatus de jubilado al que ha arribado por el cumplimiento de los requisitos legales, afectándose con ello sus derechos constitucionales al mínimo vital y la seguridad social, los cuales dependen materialmente de la pensión, que en una persona de 65 años retirada del servicio, sirve indudablemente para garantizar su subsistencia. Por lo tanto, ante el manifiesto desconocimiento por parte de la entidad demandada del ordenamiento aplicable para el reconocimiento y pago de las pensiones de jubilación de los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, se impone la protección de los derechos fundamentales, como se ha dispuesto para casos análogos al presente.

“La Sala advierte que el precedente jurisprudencial aplicable a este caso, demuestra que la negativa injustificada de la administración de reconocer una prestación social, en los casos en que están acreditados suficientemente los requisitos legales exigibles, vulnera los derechos fundamentales del afectado.” (Negritillas fuera de texto).

También, la Corte Constitucional en la sentencia T-251/07 consideró que al no aplicarse el régimen especial que cobijaba al demandante se incurría en violación de sus derechos¹⁴, en efecto, precisó:

“La procedencia de la acción de tutela para obtener la reliquidación de la pensión de jubilación por la falta de aplicación integral de un régimen especial, entre ellos el previsto en el Decreto 546/71 tiene carácter excepcional, pues está supeditada al cumplimiento de requisitos definidos de índole fáctica, relacionados con la calificación de la inminencia de un perjuicio irremediable. Correlativamente, la jurisprudencia constitucional prevé que la actuación administrativa que deja de aplicar las normas de régimen especial vulnera los derechos al debido proceso y a la seguridad social, razón por la cual puede incurrir en una falencia de tal entidad que permita la procedencia del amparo constitucional, el cual tendrá de manera general carácter transitorio. Por último, para el asunto específico relacionado con la determinación del ingreso base de liquidación de la pensión, la Corte ha establecido una interpretación conforme a la Constitución de las normas de la Ley 100/93 que regulan el régimen de transición, de acuerdo con la cual existe una relación inescindible entre el modo de determinación del

ingreso base de liquidación y las disposiciones del régimen especial correspondiente; por ende, el método de cálculo señalado en el artículo 36 de la Ley 100/93 tiene carácter supletorio, aplicable sólo ante la ausencia de una fórmula particular dentro del régimen especial.

Específicamente, en relación con el ingreso base de liquidación¹⁵ de la pensión se dice:

“En efecto, el artículo 6º del Decreto 546/71 establece un modo propio de determinación del monto de la pensión, según el cual los “funcionarios y empleados a que se refiere este decreto tendrán derecho, al llegar a los 55 años de edad si son hombres, y de 50 si son mujeres, y cumplir veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este decreto, de los cuales por lo menos diez lo hayan sido exclusivamente en la rama jurisdiccional o al Ministerio Público, o a ambas actividades, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicios en las actividades citadas” . Por ende, 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, so pena de desconocer el principio de favorabilidad laboral y el respeto de los derechos adquiridos, garantías protegidas por el régimen de transición en materia pensional.”

4.3 Hechos del caso concreto:

Está suficientemente probado dentro del expediente que al señor José Ernesto Guevara Pinzón le fue reconocida la pensión de jubilación por parte de CAJANAL¹⁶, pero no se hizo mención al Régimen especial que se le aplicaba, Decreto 546 de 1971, por haber trabajado en la Rama Judicial más de 10 años, conforme a las certificaciones de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial que obran en el expediente¹⁷

4.4. Conclusión.

Al demandante se le vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social, por cuanto se aplicaron para reconocer y liquidar su pensión de

jubilación, normas que no eran las pertinentes al caso, y se desconoció, es más ni siquiera se mencionó en la resolución de reconocimiento, la normatividad que regía el régimen pensional a que tenía derecho por haber trabajado más de diez años como funcionario de la Rama Judicial. Se le debía entonces liquidar la pensión de jubilación con fundamento en el ingreso base de cotización conforme a lo previsto en el Decreto 546 de 1971, esto es sobre el 75% de la asignación mensual más elevada en el último año de servicios y no con el previsto en la Ley 100 de 1993 como régimen general, que equivalía al 75% del promedio de lo devengado en ese último año. Ha debido recibir la mesada pensional que efectivamente le correspondía si hubiera sido liquidada conforme a las normas aplicables a su caso.

5. La acción de tutela como mecanismo transitorio de protección.

5.1 La tutela debe concederse como mecanismo transitorio, y además porque así lo solicitó el actor,¹⁸ mientras se resuelve el proceso que adelanta ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa¹⁹.

5.2 La Jurisprudencia de la Corte Constitucional:

En la sentencia T-651 de 2004:

“[...] el amparo solicitado debe concederse, aunque de manera transitoria, mientras el demandante obtiene una decisión definitiva de la jurisdicción contencioso administrativa que resolverá finalmente sobre sus pretensiones pensionales. Ello por cuanto que, en el presente caso, el ordenamiento jurídico ha señalado un camino ordinario para reclamar la prestación que aquí se solicita, y no podría el juez constitucional reemplazarlo sin quebrantar los cauces propios de cada acción. En este sentido, la Sala reitera la posición de las sentencias T-189 de 2001 y T-169 de 2003, en donde, frente a casos similares, la tutela se concedió como mecanismo transitorio mientras la jurisdicción de lo contencioso administrativo decidía definitivamente sobre la titularidad del derecho.”

Igualmente, en la sentencia T-529 de 2007:

“[...] La Corte concluye que la negativa a otorgar la pensión de vejez, se fundó en

una interpretación constitucionalmente inadmisibles de las normas aplicables en virtud de la vigencia del régimen de transición. Esta actuación, además, vulneró el derecho constitucional del actor a la seguridad social, el cual debe ser protegido a través del amparo constitucional, habida cuenta de su conexidad con el derecho al mínimo vital del peticionario, situación que no fue desvirtuada en ningún momento a lo largo del proceso de tutela y que de conformidad con el principio de buena fe se entiende como cierta.

“Por lo tanto, de conformidad con las razones expresadas en este fallo, la Sala revocará la decisión del Tribunal Superior de Bogotá y, en su lugar, concederá de manera transitoria la protección de los derechos fundamentales invocados, dejará sin efecto la actuación adelantada por Cajanal y le ordenará que expida un nuevo acto administrativo aplicando el Decreto 546 de 1971 según la jurisprudencia constitucional y legal sentada en esta providencia.”

En la sentencia T-251 de 2007 se afirmó:

“[...] Resulta válido concluir que los actos proferidos por el Fondo configuran una vulneración del derecho fundamental al debido proceso de la actora, en tanto estuvieron fundados en una interpretación de las normas aplicables contraria a los postulados constitucionales aplicables. En consecuencia, la Sala tutelar los derechos invocados y ordenará, como mecanismo transitorio, que la entidad demanda reliquide la pensión de jubilación de manera tal que aplique integralmente el régimen especial previsto en el Decreto 546/71[...].”

Finalmente, en la T-326 de 2009 se consideró:

“En síntesis, tras encontrar que el señor Hernán Duarte Parrado hace parte del régimen de transición, y por consiguiente, tiene el derecho a pensionarse conforme a las regulaciones del Decreto Ley 546 de 1971, para esta Sala es indiscutible que la negativa del Seguro Social a reconocerle la pensión de vejez violó sus derechos al mínimo vital, a la seguridad social y a la libre escogencia del régimen de pensión.

“Por esta razón esta Sala revocará las sentencias de instancia para conceder el amparo transitorio de los derechos fundamentales del accionante hasta tanto la

jurisdicción contencioso administrativa se pronuncie en forma definitiva sobre el asunto. Para el efecto, ordenará a la entidad accionada que inicie el trámite pertinente para reconocer la pensión de vejez al señor Hernán Duarte Parrado y que, en un término no mayor a veinte (20) días contados a partir del día siguiente de la notificación de esta providencia, expida la resolución definitiva en la que reconozca la pensión de jubilación a que tiene derecho el accionante, en los términos señalados en esta sentencia.”

5.3 Caso concreto.

De las pruebas que obran en el expediente no hay duda que el demandante tiene derecho a que prospere la tutela como mecanismo transitorio en su caso, para la protección de los derechos fundamentales invocados.

Como se afirmó en la sentencia T-651 de 2004:

“[...] Como lo reconoció la propia Sentencia T-631 de 2002, que la actitud de CAJANAL violentó los derechos fundamentales al debido proceso, al derecho al trabajo, a la seguridad social, a una vida digna y a los derechos adquiridos del peticionario. Por esta razón, el amparo solicitado debe concederse, aunque de manera transitoria, mientras el demandante obtiene una decisión definitiva de la jurisdicción contencioso administrativa que resolverá finalmente sobre sus pretensiones pensionales. Ello por cuanto que, en el presente caso, el ordenamiento jurídico ha señalado un camino ordinario para reclamar la prestación que aquí se solicita, y no podría el juez constitucional reemplazarlo sin quebrantar los cauces propios de cada acción. En este sentido, la Sala reitera la posición de las sentencias T-189 de 2001 y T-169 de 2003, en donde, frente a casos similares, la tutela se concedió como mecanismo transitorio mientras la jurisdicción de lo contencioso administrativo decidía definitivamente sobre la titularidad del derecho.”

5.4 Conclusión:

Conforme a las normas constitucionales y legales citadas, y a la reiterada jurisprudencia de esta Corporación sobre los temas planteados, se concluye que la acción de tutela de la referencia está llamada a prosperar, por lo que se confirmará el fallo de instancia.

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

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR la decisión proferida el 20 de mayo de 2009 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.

Segundo. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado Ponente

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Ausente con excusa

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Folio 16 cuaderno principal.

2 Cfr. folio 15.

3 Cfr. folio 16.

4 Cfr. folios 17 a 19^a.

5 Cfr. folios 20 a 23.

6 Cfr. folios 24 a 27.

7 Cfr. folios 28 a 32.

8 Cfr. folios 33 a 40.

9 Cfr. folio 41.

10 Cfr folios 42 a 43.

11 Cfr folios 44 a 49.

12 Cfr. folios 64 a 68.

13 Ver sentencias T-634/02, T-1022/02, T-083/04, T-425/04, T-446/04, T-904/04, T-1078/04, T-1114/05, T-1325/05, T-904/06, T-023/07, T-606/07, T-973/07, T-799/07, T-046/08, T-04-09, T-066-09, T-102-09, T-532-09.

14 Cfr. Sentencias T-169/03 y T-806/04.

15 Cfr. Sentencia T-651/04.

16 Cfr Resolución No. 36586 de 28 de julio de 2006 expedida por CAJANAL.

17 Cfr. Fls 28 a 32 Cuaderno No. 1.

18 Cfr. Folio 3 Cuaderno No. 1.

19 Cfr. Fls 41 a 43 Cuaderno No. 1.