

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA PARA LA PROTECCION DE DERECHOS FUNDAMENTALES- Alcance

Este mecanismo privilegiado de protección, tiene como características especiales, el ser residual y subsidiario. Esto lleva a colegir, que sólo es procedente cuando (i) el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial en el ordenamiento jurídico, - caso en el cual la tutela entra a salvaguardar de manera principal los derechos fundamentales invocados -, o (ii) cuando existiendo otro medio de defensa judicial, éste (1) no resulta idóneo ni eficaz para el amparo de los derechos conculcados o amenazados, o (2) la tutela se torna necesaria como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

MEDIO DE DEFENSA ALTERNATIVO-Tiene que ser materialmente apto para lograr que los derechos fundamentales en juego sean efectivamente protegidos

En aquellos casos en que se logra establecer la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, debe ponderarse la idoneidad de dicho medio de protección, valorando el caso concreto y determinando su eficacia en las circunstancias específicas que se invocan en la tutela. Por esta razón, el juez constitucional debe establecer si el procedimiento alternativo permite brindar una solución “clara, definitiva y precisa” a las pretensiones que se ponen a consideración del debate iusfundamental y su eficacia para proteger los derechos invocados. Por ello, la jurisprudencia constitucional ha considerado necesario apreciar frente al medio de defensa alternativo, entre otros aspectos: “(a) el objeto del proceso judicial que se considera que desplaza a la acción de tutela y (b) el resultado previsible de acudir al otro medio de defensa judicial respecto de la protección eficaz y oportuna de los derechos fundamentales”. Estos elementos, aunados al análisis de las circunstancias concretas del caso, permiten corroborar si el mecanismo judicial de protección alterno es eficaz para la defensa de los derechos presuntamente conculcados. En caso de que el mismo no resulte idóneo, la tutela será procedente. Contrario sensu, si el mecanismo deviene en eficaz para la protección de los derechos, se deberá acudir entonces al medio ordinario de protección, salvo que se desprenda de la situación concreta, que la acción de tutela procede como “mecanismo transitorio” para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

REGIMEN DE TRANSICION EN PENSIONES DE SERVIDOR PUBLICO DE ENTIDADES

TERRITORIALES-Necesidad de haber consolidado el derecho con anterioridad a la expedición de la ley 100 de 1993

El tipo de pensión que debe reconocerse a un servidor público o a un trabajador del sector privado que no ha definido su estatus de pensionado antes del 1° de abril de 1994, pero que está amparado por el régimen de transición, será aquel al cual pertenezca en dicha fecha o al que estuvo afiliado de manera más próxima, en caso de no tener una relación laboral vigente para la misma; es decir, que le podrá ser aplicado el Decreto 546 de 1971, la Ley 33 de 1985, la Ley 71 de 1988 o el Decreto 758 de 1990, u otros regímenes especiales o exceptuados que por disposición expresa de la Ley 100 de 1993 hubiesen quedado vigentes, según el caso. Lo contrario ocurre con las disposiciones pensionales que fueron derogadas por el artículo 289 de la ley de seguridad social integral, dentro de las cuales se encuentran las disposiciones del orden departamental y municipal que no alcanzaron a consolidar o definir situaciones pensionales con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. En esta medida el Instituto de Seguros Sociales, será la entidad que reconozca las pensiones de los servidores públicos del orden territorial, cuando concurra alguna de las situaciones señaladas en el Decreto 813 de 1994, modificado por el Decreto 1160 del mismo año.

DERECHO A LA IGUALDAD EN REAJUSTE PENSIONAL-No vulneración en caso en que el accionante solicitaba el reajuste con base en ordenanzas y la justicia ordinaria definió en su contra

Referencia: expediente T-3058109

Acción de tutela instaurada por Alfonso Dávila Ortiz contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el Departamento de Cundinamarca y Consejo de Estado Sección 2ª

Magistrado Ponente:

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

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

La Sala Quinta de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, NILSON PINILLA PINILLA y JORGE IGNACIO

PRETELT CHALJUB, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, especialmente las conferidas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos adoptados por el Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Cuarta, en primera instancia, el 11 de noviembre de 2010 y la Sala Quinta de la misma Corporación, en segunda, el 17 de marzo de 2011, dentro del proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

El señor Alfonso Dávila Ortiz, a través de apoderado judicial, instauró acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sala de Descongestión, Sección Segunda, Subsección Tercera y el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, por considerar que dichas autoridades judiciales vulneraron sus derechos fundamentales a la vida y a la igualdad en conexidad con el derecho a la seguridad social, al proferir dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que promovió en contra del Departamento de Cundinamarca, los fallos del 23 de septiembre de 2004 y 15 de marzo de 2007, respectivamente, mediante los cuales denegaron las súplicas de su demanda. Por todo ello, solicita que se revoquen los fallos referidos y en su lugar se ordene al Director Administrativo de Talento Humano del Departamento de Cundinamarca que tome las medidas tendientes a la reliquidación y reajuste de la cuota parte pensional, para que dicha prestación alcance al 75% del salario que devengaba como gobernador entre los años 1972 y 1974, debidamente actualizado. Fundamenta sus pretensiones en los siguientes

1. Hechos

a. Aduce que fue pensionado en el año de 1999, por el Instituto de Seguros Sociales,

mediante Resolución núm. 013339, de conformidad con el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, con un monto equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente de la época; esto es \$ 236.460 (doscientos treinta y seis mil cuatrocientos sesenta pesos).

a. Indica que el 28 de noviembre de 2000, el accionante solicitó al Departamento de Cundinamarca el reajuste de la cuota parte pensional, de conformidad con lo dispuesto en las ordenanzas núm. 02 de 1976 y 18 de 1977, y con sujeción al límite de 20 salarios mínimos establecido en el artículo 18 de la Ley 100 de 1993.

a. Señala que dicha solicitud fue resuelta negativamente por parte del Subdirector de Pensiones y Cesantías del Departamento Administrativo de Talento Humano del Departamento de Cundinamarca, mediante oficio núm. 7861 del 15 de marzo de 2001. Contra el mencionado oficio se interpusieron los recursos de reposición y en subsidio el de apelación, los cuales fueron despachados desfavorablemente para el actor, mediante Resolución núm. 2306 del 17 de agosto de 2001.

a. Manifiesta que una vez agotó la vía gubernativa, interpuso la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el 16 de diciembre de 2001, solicitando la nulidad del oficio núm. 7861 y de la resolución 2306 de 2001, emanados del Departamento de Cundinamarca, y consecuentemente que se ordenara la reliquidación del monto de la pensión del señor Dávila Ortiz.

a. Informa que el 21 de enero de 2002, se incoó una primera tutela, con el fin de obtener el reajuste de la mesada pensional la cual fue negada en ambas instancias.

a. Advierte que el 28 de noviembre de 2003, recurrió a una nueva tutela como mecanismo transitorio, a fin de que se ampararan sus derechos fundamentales a la seguridad social, al debido proceso y a la igualdad. En esta ocasión los fallos de instancia fueron adversos a las pretensiones del señor Dávila Ortiz. No obstante dicha acción de tutela fue seleccionada por la Corte Constitucional para revisión y esta corporación mediante sentencia de tutela T-857 de 2004, decidió conceder el amparo de los derechos fundamentales al actor, de manera transitoria, mientras la jurisdicción de lo contencioso administrativo resolvía de fondo el derecho pensional reclamado por el accionante.

a. Reseña que contra los fallos adversos proferidos en sede de lo contencioso administrativo se solicitó la aclaración y adición de la sentencia, solicitud que fue negada mediante providencia del 1° de noviembre de 2007.

a. Anota que como última opción, el actor interpuso el incidente de nulidad contra la sentencia del 15 de marzo de 2007, el cual fue rechazado por improcedente mediante auto del 27 de agosto de 2010, emanado de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

a. Aduce, que con los anteriores fallos, las autoridades judiciales incurrieron en vía de hecho, por cuanto desconocieron el precedente contenido en las sentencias T-857 de 2004 y C-410 de 1997.

a. Adicionalmente, argumenta que con la conducta desplegada por la jurisdicción contenciosa administrativa, se vulneró su derecho fundamental a la igualdad, por cuanto el Departamento de Cundinamarca ha reajustado las mesadas pensionales de otros ex gobernadores, en cumplimiento de lo establecido en las ordenanzas 02 de 1976 y 18 de 1967. Así mismo, se afectó el derecho al mínimo vital por cuanto lo obligan a vivir de una

manera que no acompasa con los cargos que durante su vida productiva desempeñó.

Por todo lo anterior, el ciudadano Dávila Ortiz interpuso la presente acción de tutela, solicitando que se dejen sin efectos las sentencias proferidas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y en su lugar, se ordene al Departamento de Cundinamarca que reajuste su mesada pensional hasta el 75% de lo que devengaba como gobernador.

1. Respuesta de las entidades demandadas

i. Tribunal Administrativo de Cundinamarca

Manifiesta que en lo que concierne a los hechos que dieron origen a la presente tutela, se atiende a lo que se demuestre durante el trámite; y en lo que tiene relación con los motivos de inconformidad que aduce el accionante, frente al fallo del 23 de septiembre de 2004, el cual fue confirmado por el Consejo de Estado en marzo de 2007, considera que las razones que sirvieron como fundamento del mismo, están consignadas en sus motivaciones, las que dan suficiente cuenta de la decisión tomada.

i. Consejo de Estado

Manifestó que la acción de tutela contra providencias judiciales, sólo debe proceder de manera excepcional, en aras de salvaguardar la seguridad jurídica y el respeto por el debido proceso; además, la acción de amparo no debe convertirse en una tercera instancia. Sin embargo, agregó que cuando una decisión judicial afecta derechos fundamentales de las partes, la acción de tutela se torna en procedente, ya que la misma está dirigida contra la actuación de las “autoridades”, sin que la Constitución haya excluido de su radio de acción a las autoridades judiciales, incluidos los órganos de cierre de las jurisdicciones.

Argumentó que la segunda instancia que conoció de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por el ciudadano Dávila Ortiz, se limitó a estudiar en su integridad

los argumentos expresados por el demandante y que se concretaron en dirimir si le asistía el derecho al reajuste de la cuota parte a cargo del Departamento de Cundinamarca, para que su pensión fuera reajustada de acuerdo con los lineamientos de las ordenanzas 02 de 1976 y 18 de 1977.

En esa medida señaló que la Corporación después de precisar el marco normativo aplicable y de revisar la situación particular del actor, encontró que no le asistía el derecho reclamado, dado que los actos de los cuales pretende hacer valer el derecho, fueron posteriores al tiempo en que prestó sus servicios como Gobernador del Departamento de Cundinamarca. Además, porque la litis no versó sobre el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, así como tampoco sobre la aplicación de las hipótesis contempladas en el artículo 146 de la misma normativa.

Concluye que de esta manera resulta equivocada la apreciación del accionante cuando sostiene que las decisiones adoptadas en la jurisdicción contenciosa administrativa constituyen una vía de hecho que vulnera sus derechos fundamentales a la vida, a la seguridad social y a la igualdad; ello por cuanto el proceso contencioso estuvo precedido del respeto de las normas propias del juicio, cumpliendo con la función de administrar justicia en debida forma.

i. Departamento de Cundinamarca

La Directora de Pensiones Públicas del Departamento de Cundinamarca, intervino en el trámite de tutela, con el fin de explicar las razones por las cuales esa entidad no accedió a la pretensión del accionante, en el sentido de reajustarle la pensión que le fue reconocida por el Instituto de Seguros Sociales. Al respecto manifestó que el señor Dávila Ortiz no es beneficiario de los lineamientos planteados en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993.

De igual manera adujo que el peticionario anteriormente presentó una acción de tutela por los mismos hechos ante el Juzgado Once Civil del Circuito de Bogotá, el cual denegó sus pretensiones. El fallo fue impugnado ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

-Sala Civil-, quien confirmó la decisión del a quo.

Manifestó que la Corte Constitucional en la sentencia T-857 del 2 de septiembre de 2004, resolvió revocar los fallos de instancia y en consecuencia tuteló de manera transitoria los derechos fundamentales del señor Alfonso Dávila Ortiz. Señaló que en esa oportunidad se ordenó al Director del Departamento Administrativo del Talento Humano de Cundinamarca, que adoptara las medidas necesarias para liquidar y reajustar la cuota parte pensional de la prestación por aportes que le fue reconocida al accionante por parte del Instituto de los Seguros Sociales conforme a lo dispuesto en las Ordenanzas 02 de 1976 y 18 de 1977, ello hasta que la jurisdicción de lo contencioso administrativo decidiera en forma definitiva.

Indicó que la entidad territorial demandada, actuó conforme al mandato de la Corte Constitucional y en esa medida procedió a reajustar el valor de la mesada pensional del demandante. Sin embargo, manifestó que como quiera que la protección tutelar se ordenó de manera transitoria, hasta tanto la jurisdicción contencioso administrativa decidiera de fondo el asunto, y teniendo en cuenta que ya el Consejo de Estado se pronunció en forma definitiva sobre el alcance del derecho reclamado, el cual fue adverso al demandante, la entidad entrará a revocar el acto administrativo por medio del cual se le reconoció, en forma transitoria el mencionado reajuste. Como consecuencia se procederá a retirar de la nómina de pensionados al señor Dávila Ortiz.

Por todo lo anterior, solicitó que se desvincule al Departamento de Cundinamarca, de una vez por todas, de las pretensiones de la presente tutela.

3. Pruebas

Entre las pruebas aportadas en el trámite de la acción, la Sala destaca las siguientes:

-Copia de la cédula de ciudadanía y original de la partida de bautismo del accionante.

-Copia de la Resolución Núm. 013339 del 15 de julio de 1999, proferida por el Jefe del Departamento de Atención al Pensionado del ISS, por medio de la cual se reconoce en favor del peticionario la pensión de vejez, a partir del 1° de agosto de 1999 por un valor de \$ 236.460.00

-Copia de la Resolución Núm. 2306 del 17 de agosto de 2001, por medio de la cual la

Directora Administrativa del Talento Humano del Departamento de Cundinamarca negó la solicitud del reajuste pensional del solicitante.

-Copia de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por el peticionario contra los actos administrativos proferidos por el Departamento Administrativo de Talento Humano del Departamento de Cundinamarca.

-Copia de la Sentencia T-857 de 2004, donde se le ampararon transitoriamente los derechos al señor Dávila Ortiz.

-Copia del fallo que resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la sentencia del 4 de octubre de 2004, calendada con fecha del 15 de marzo de 2007.

-Resumen de la Historia Clínica del Señor Alfonso Dávila Ortiz.

-Fotocopia de la sentencia de la Corte Constitucional C-410 de 1997.

-Copia del proveído del Consejo de Estado que resolvió negativamente el incidente de nulidad interpuesto por el actor, contra la decisión del 15 de marzo de 2007.

-Fotocopia de las resoluciones por medio de las cuales se reajustó la cuota parte pensional a cargo del Departamento de Cundinamarca, a los señores Joaquín Piñeros Corpas y Hernando Zuleta Holguín.

4. Sentencias objeto de revisión

4.1. Sentencia de primera instancia

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, mediante providencia calendada el 11 de noviembre de 2010, denegó el amparo solicitado por improcedente. Al respecto, manifestó que la presente acción de tutela no cumple con el requisito de la inmediatez, ello por cuanto la sentencia atacada por vía de amparo constitucional data del año 2007, es decir pasados más de tres años de proferida, sin que el

accionante justifique la tardanza para recurrir en salvaguarda de sus derechos fundamentales, presuntamente conculcados.

4.2. Impugnación

El accionante precisó que la demora para acudir en procura de la protección de sus derechos fundamentales se debió a que confiaba en que el incidente de nulidad propuesto contra las sentencias proferidas por los jueces de instancia en el proceso contencioso, fuera despachado favorablemente. Por esa razón esperó a que se decidiera dicho nulidad, lo cual sólo sucedió hasta el 27 de agosto de 2010. Es por ello que acudió a la acción de tutela como última ratio, después de haber agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios que tuvo a su alcance.

4.3. Sentencia de segunda instancia

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, decidió rechazar por improcedente la acción de tutela. Para ello argumentó que dicha Sección no acepta la procedencia de la acción de amparo que se interponga con el fin de revocar sentencias donde ya se ha pronunciado un juez competente, por cuanto los procesos donde fueron proferidas las sentencias que se pretenden atacar por vía tutelar, constituyen otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz y en este sentido se configura la causal de improcedencia prevista en el inciso primero del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, según el cual: “La acción de tutela no procederá. 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judicial...”.

En cuanto al requisito de inmediatez adujo que no eran de recibo los argumentos expuestos por el accionante, ya que la interposición del incidente de nulidad no interrumpe la ejecutoria de la sentencia (art. 137, numeral 4° del C.P.C.); así mismo, señaló que dicho recurso era abiertamente improcedente por lo que tuvo que ser rechazado de plano. En esa medida no existe una excusa válida o razonable que justifique la falta de inmediatez en la interposición de la presente tutela.

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer del asunto 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.

2. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico

Considera el accionante que la Sala de Descongestión de la Sección Segunda, -Subsección Tercera- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y la Sección Segunda – Subsección “B”- del Consejo de Estado, incurrieron en vía de hecho vulnerando sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social y a la igualdad, por cuanto no ordenaron al Departamento de Cundinamarca el reajuste de la cuota parte pensional que presuntamente le corresponde, para que el Instituto de Seguros Sociales reconozca una pensión equivalente al 75% del salario que devengaba como gobernador entre los años 1972 a 1974, según lo establecido en las Ordenanzas 02 de 1976 y 18 de 1977, debidamente actualizada.

Por lo anterior, corresponde a esta Sala de Revisión establecer si las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales invocados por el señor Dávila Ortiz, al negarse a reajustar la pensión que le fue reconocida por el ISS conforme a las citadas Ordenanzas, desconociendo de paso la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional en las sentencias C-410 de 1997 y T-857 de 2004.

Para ello la Corte procederá a analizar: (i) la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia; (ii) los efectos de los fallos de tutela como mecanismo transitorio; (iii) el régimen de transición en lo que respecta a disposiciones prestacionales del orden territorial y la necesidad de haber consolidado el derecho con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993; (iv) por último, resolverá el caso concreto.

1. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia

Esta misma Sala de Revisión en la sentencia T-635 de 2010, señaló que la Corte Constitucional ha venido insistentemente pronunciándose frente al delicado tema de la

procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales; situación que no ha sido ajena a los debates académicos y aún dentro de los diferentes órganos judiciales del Estado colombiano.

Debido a la polémica suscitada alrededor de este asunto, esta Corporación ha desarrollado lo que en un principio se denominó vía de hecho y que en épocas más recientes ha evolucionado al concepto de causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Fue así como en la sentencia T-994 de 2005 se señaló lo siguiente:

“La primera sentencia que se ocupó del tema fue la C-543 de 1992. En ella, la Corte Constitucional declaró inexecutable los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, los cuales regulaban el ejercicio de la acción de tutela contra providencias judiciales. La Sala Plena de la Corte adoptó dicha decisión tras considerar que las disposiciones referidas contravenían la Carta Fundamental en tanto eran contrarias al principio de autonomía funcional de los jueces, afectaban la estructura descentralizada y autónoma de las diferentes jurisdicciones, lesionaban en forma grave la cosa juzgada y la seguridad jurídica y, de contera, el interés general. No obstante lo anterior, la sentencia no cerró de forma definitiva la posibilidad de controvertir decisiones judiciales por vía de tutela, pues previó que esta acción constitucional era procedente contra providencias judiciales en aquellos eventos en los cuales, a pesar de encontrarse aparentemente revestidas de formas jurídicas, configuraran una vía de hecho con la cual resultaran afectados derechos fundamentales”.

A partir de esta sentencia las diferentes Salas de Revisión han venido dando aplicación a dicho precedente, dotándolo de nuevas características y de requisitos más estrictos, con el fin de evitar que la acción de tutela se convierta en una nueva instancia o que entre a reemplazar los mecanismos ordinarios de administración de justicia, afectando su naturaleza subsidiaria y residual.

De esta manera, con el ánimo de precisar aún más sobre los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales y en consonancia con instrumentos internacionales como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos¹ y la Convención Americana sobre Derechos Humanos², esta Corporación, en la sentencia C-590 de 2005 estableció que la acción de tutela procede contra decisiones judiciales, siempre que se cumpla con los

requisitos generales de procedibilidad de esta acción constitucional, a saber:

1. Que el asunto objeto de debate sea de evidente relevancia constitucional.

1. Que se haya hecho uso de todos los mecanismos de defensa judicial -ordinarios y extraordinarios- de que disponga el afectado, salvo que se trate de evitar un perjuicio iusfundamental irremediable.

1. Que se cumpla el requisito de la inmediatez. Así, la tutela debe haber sido interpuesta en un término razonable y proporcionado desde el momento de ocurrencia de la vulneración del derecho fundamental.

1. Cuando se trate de una irregularidad procesal que tenga un efecto decisivo en la sentencia objeto de controversia y que afecte los derechos fundamentales de la parte actora.

1. Que quien solicita el amparo tutelar identifique debidamente los hechos que generaron la vulneración y los derechos afectados y que hubiere alegado tal vulneración dentro del proceso judicial, siempre que ello hubiere sido posible.

1. Que no se trate de sentencias de tutela, por cuanto los debates sobre derechos fundamentales no pueden prolongarse indefinidamente.

“a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al

margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales⁴ o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado⁵.

a. Violación directa de la Constitución.”

Para que proceda la acción de tutela contra sentencias judiciales se deben acreditar todos los requisitos generales de procedibilidad y al menos demostrar uno de los defectos contemplados en las causales específicas.

1. Alcance de la protección de los derechos fundamentales que se reconocen a través de tutela de manera transitoria

Según lo preceptuado en el artículo 86 de la Carta política, la acción de tutela es un

mecanismo de defensa judicial que permite la protección inmediata de los derechos fundamentales de una persona, cuando con la acción u omisión de cualquier autoridad pública y en determinados casos de los particulares⁶, se vulneren o amenacen derechos de rango constitucional⁷.

De tal manera, que este mecanismo privilegiado de protección, tiene como características especiales, el ser residual y subsidiario⁸. Esto lleva a colegir, que sólo es procedente cuando (i) el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial en el ordenamiento jurídico, - caso en el cual la tutela entra a salvaguardar de manera principal los derechos fundamentales invocados -, o (ii) cuando existiendo otro medio de defensa judicial, éste (1) no resulta idóneo ni eficaz para el amparo de los derechos conculcados o amenazados,⁹ o (2) la tutela se torna necesaria como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.¹⁰

Ahora bien, en desarrollo del precepto superior citado, el Decreto 2591 de 1991 dispuso en su artículo 8°:

“Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado.”

De lo anterior se desprende que por su propia teleología, la acción de tutela reviste un carácter extraordinario, que antepone el respeto por las jurisdicciones ordinarias y especiales, así como por sus propias acciones, procedimientos, instancias y recursos¹¹, a fin de que la acción constitucional no usurpe las competencias de otras autoridades jurisdiccionales.¹²

Es así como en aquellos casos en que se logra establecer la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, debe ponderarse la idoneidad de dicho medio de protección, valorando el caso concreto y determinando su eficacia en las circunstancias específicas que se invocan en la tutela¹³. Por esta razón, el juez constitucional debe establecer si el procedimiento

alternativo permite brindar una solución “clara, definitiva y precisa”¹⁴ a las pretensiones que se ponen a consideración del debate iusfundamental y su eficacia para proteger los derechos invocados.

Por ello, la jurisprudencia constitucional ha considerado necesario apreciar frente al medio de defensa alternativo, entre otros aspectos: “(a) el objeto del proceso judicial que se considera que desplaza a la acción de tutela y (b) el resultado previsible de acudir al otro medio de defensa judicial respecto de la protección eficaz y oportuna de los derechos fundamentales”¹⁵. Estos elementos, aunados al análisis de las circunstancias concretas del caso, permiten corroborar si el mecanismo judicial de protección alterno es eficaz para la defensa de los derechos presuntamente conculcados. En caso de que el mismo no resulte idóneo, la tutela será procedente. Contrario sensu, si el mecanismo deviene en eficaz para la protección de los derechos, se deberá acudir entonces al medio ordinario de protección, salvo que se desprenda de la situación concreta, que la acción de tutela procede como “mecanismo transitorio” para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En lo que respecta al alcance de la acción de tutela como mecanismo transitorio, la sentencia T-098 de 1998, señaló lo siguiente:

“Como surge con claridad del artículo 86 de la Constitución Política, cuando se configure la inminencia de un perjuicio irremediable para los derechos constitucionales afectados o amenazados, en términos tales que aun existiendo un medio judicial idóneo para protegerlos la decisión del juez ordinario podría resultar inútil o tardía, el de tutela está autorizado para conceder el amparo con un carácter transitorio, temporal, mientras aquél, culminado el proceso respectivo, resuelve de fondo. En tales casos, la tutela se aplica con el objeto exclusivo de impedir el daño irreparable de los derechos afectados, pero el juez constitucional no profiere fallo definitivo acerca de la específica controversia jurídica, la que está sujeta al del juez competente. Por eso, existiendo un proceso apto para la defensa de un determinado derecho, la tutela que se otorgue con el fin de evitar un perjuicio irremediable corresponde a una intervención extraordinaria, y apenas en lo indispensable, del juez constitucional en el proceso. De allí que deba ser, por mandato constitucional, transitoria. La transitoriedad de la sentencia respectiva es tan obligatoria como la protección misma. Cumplido su propósito -cuando el juez ordinario dicta su providencia, o cuando vence el término máximo de protección que el propio juez de tutela, considerando las circunstancias

del caso, haya señalado-, la orden impartida, de suyo transitoria, pierde vigencia y deja de ser obligatoria. Se realiza en esa forma el propósito constitucional sobre defensa efectiva de los derechos fundamentales, sin que se dupliquen ni confundan las competencias de jueces y tribunales.”

Quiere decir lo anterior, que cuando se configure la inminencia de un perjuicio irremediable para los derechos constitucionales afectados o amenazados, en términos tales que aun existiendo un medio judicial idóneo para protegerlos, la decisión del juez ordinario podría resultar inútil o tardía, el de tutela está autorizado para conceder el amparo constitucional con un carácter transitorio, temporal, mientras aquél, culminado el proceso respectivo, resuelve de fondo.

Así mismo, cuando la acción de amparo se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad, tal como sucedió en el presente caso, o con otras procedentes ante la jurisdicción ordinaria. En estos casos, si el juez lo estima pertinente, podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso ordinario. En todo caso, los efectos de la protección transitoria de los derechos fundamentales, cesarán tan pronto como el juez de lo contencioso administrativo profiera su fallo resolviendo de fondo el asunto puesto a su consideración, sin necesidad de que el juez de tutela que concedió el amparo tenga que pronunciarse frente a la terminación de los efectos concedidos por vía constitucional.

1. El régimen de transición en lo que respecta a disposiciones prestacionales del orden territorial y la necesidad de haber consolidado el derecho con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993

La Corte Constitucional tuvo la oportunidad de referirse acerca de la constitucionalidad del artículo 146 de la Ley 100 de 1993, a través de la sentencia C-410 de 1997, norma que invoca el accionante para acreditar su derecho a que se le apliquen las disposiciones territoriales pensionales contenidas en las ordenanzas 02 de 1976 y 18 de 1977.

En aquella ocasión, el texto de la norma acusada fue:

“ARTICULO 146. Situaciones jurídicas individuales definidas por disposiciones municipales y departamentales. Las situaciones jurídicas de carácter individual definidas con anterioridad a la presente ley, con base en disposiciones municipales o departamentales en materia de pensiones de jubilación extralegales en favor de empleados o servidores públicos o personas vinculadas laboralmente a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados, continuarán vigentes.

También tendrán derecho a pensionarse con arreglo a tales disposiciones, quienes con anterioridad a la vigencia de este artículo, hayan cumplido o cumplan dentro de los dos años siguientes los requisitos exigidos en dichas normas.

Lo dispuesto en la presente ley no afecta ni modifica situaciones de las personas a que se refiere este artículo.

Las disposiciones de este artículo regirán desde la fecha de la sanción de la presente ley”.

El aparte subrayado fue el texto demandado.

Una vez esta Corporación tuvo la oportunidad de analizar en su integridad el artículo demandado concluyó:

“El inciso primero de la norma en referencia se encuentra ajustado a los preceptos constitucionales y en especial a lo previsto en el artículo 58 de la Constitución Política, según el cual ‘se garantizan los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores.’”

En efecto, consideró que como lo ha expresado la jurisprudencia de esta Corte, los derechos adquiridos comprenden aquellas situaciones individuales y subjetivas que se han consolidado y definido bajo la vigencia de la ley, y por ende, ellos se encuentran garantizados de tal forma que no pueden ser menoscabados por disposiciones futuras, basado en la seguridad jurídica que caracteriza dichas situaciones.

Se tiene entonces que tal como lo determina expresamente el inciso primero del artículo 146 de la ley 100, las situaciones jurídicas de carácter individual definidas con anterioridad a la presente ley, en materia de pensiones de jubilación extralegales, continuarán vigentes, con lo cual se desarrolla el mandato constitucional que ampara los derechos adquiridos, ya que

las situaciones que se consolidaron bajo el amparo de la legislación preexistente no son susceptibles de ser alteradas o modificadas por la nueva ley. Bajo esta premisa se declaró la exequibilidad del inciso primero del artículo 146 de la Ley 100 de 1993.

No sucedió lo mismo con la expresión contenida en el inciso segundo acusado, en virtud del cual se disponía que igualmente tendrían derecho a pensionarse con fundamento en las situaciones jurídicas individuales definidas por disposiciones del orden municipal o departamental, quienes cumplan “dentro de los dos años siguientes” los requisitos exigidos en dichos preceptos para pensionarse. A juicio de la Corte, tal normativa quebranta el ordenamiento superior, ya que equipara una mera expectativa con un derecho adquirido.

Como argumentación de lo anterior señaló: “el derecho pensional sólo se perfecciona previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley, edad y tiempo de servicio, lo cual significa que mientras ello no suceda, los empleados o servidores públicos o personas vinculadas laboralmente a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados que al momento de entrar en vigencia la ley 100 de 1993 no habían cumplido dichos requisitos, apenas tenían una mera expectativa, por lo que no les son aplicables las normas vigentes antes de la expedición de dicha ley. Quiere ello decir, que en el momento en que el legislador expidió la norma cuestionada, ‘el derecho’ a pensionarse con arreglo a las normas anteriores no existía como una situación jurídica consolidada, como un derecho subjetivo del empleado o servidor público. Apenas existía, se repite, una expectativa, susceptible de ser modificada legítimamente por el legislador.”

Por tanto, esta corporación determinó: “se declarará exequible el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, salvo la expresión ‘o cumplan dentro de los dos años siguientes’, la cual se declarará inexecutable, como así se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.”

Siendo ello así, se tiene entonces que la ley 100 de 1993, en su artículo 146, garantizó las situaciones jurídicamente consolidadas a favor de los servidores públicos del orden territorial que ya habían adquirido y tenían reconocido el derecho a la pensión conforme a las preceptivas municipales o departamentales (Acuerdos u Ordenanzas), esto en virtud de salvaguardar los derechos adquiridos según lo prescribe el artículo 58 superior.

De igual manera, la ley de seguridad social protege aquellos eventos en que el servidor público del orden territorial ya había alcanzado su estatus de pensionado para el 1° de abril

de 1994; es decir, ya cumplía con la edad y con el tiempo de servicio requerido para ser beneficiario de la pensión consagrada en disposiciones departamentales o municipales, pero que no había sido reconocida por alguna causa; verbigracia, porque a dicha fecha aún se encontraba laborando para alguna entidad del Estado.

Lo anterior lo corrobora el último inciso del artículo 36 de la ley de seguridad social que preceptúa: “quienes a la fecha de vigencia de la presente ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos”.

Queda entonces por definir qué sucede con las personas que al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, no habían definido el derecho pensional. Al respecto, cabe precisar que para ello se hace necesario recurrir a las normas que regulan el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la ley en mención y sus decretos reglamentarios.

En esencia, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dispuso que “la edad para acceder a la pensión de vejez (55 años para la mujer y 60 para los hombres), el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados (...)”. Nótese que la norma señala expresamente que se reconocerá la pensión con base en el régimen al cual se encuentra afiliado el cotizante o servidor público, según el caso.

Quiere decir ello, que el tipo de pensión que debe reconocerse a un servidor público o a un trabajador del sector privado que no ha definido su estatus de pensionado antes del 1° de abril de 1994, pero que está amparado por el régimen de transición, será aquel al cual pertenezca en dicha fecha o al que estuvo afiliado de manera más próxima, en caso de no tener una relación laboral vigente para la misma; es decir, que le podrá ser aplicado el Decreto 546 de 1971, la Ley 33 de 1985, la Ley 71 de 1988 o el Decreto 758 de 1990, u otros

regímenes especiales o exceptuados que por disposición expresa de la Ley 100 de 1993 hubiesen quedado vigentes, según el caso. Lo contrario ocurre con las disposiciones pensionales que fueron derogadas por el artículo 289 de la ley de seguridad social integral, dentro de las cuales se encuentran las disposiciones del orden departamental y municipal que no alcanzaron a consolidar o definir situaciones pensionales con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

En esta medida el Instituto de Seguros Sociales, será la entidad que reconozca las pensiones de los servidores públicos del orden territorial, cuando concurra alguna de las situaciones señaladas en el Decreto 813 de 1994, modificado por el Decreto 1160 del mismo año, el cual prescribe:

“ART. 6º—Transición de las pensiones de vejez o jubilación de servidores públicos. Tratándose de servidores públicos afiliados a cajas, fondos o entidades de previsión social, para efectos de la aplicación del régimen de transición previsto en el artículo primero del presente decreto, se seguirán las siguientes reglas:

a) Cuando a 1º de abril de 1994 el servidor público hubiese prestado 15 años o más, continuos o discontinuos, de servicios al Estado cualquiera sea su edad, o cuente con 35 años o más de edad si es mujer o 40 años o más de edad si es hombre, tendrá derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación o vejez a cargo de la caja, fondo o entidad de previsión a la cual se encuentre afiliado, cuando cumpla con los requisitos establecidos en las disposiciones del régimen que se le venía aplicando.

Corresponderá al Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento y pago de la pensión de los servidores públicos, conforme a las disposiciones del régimen que se venía aplicando, en los siguientes casos:

- i) Cuando el servidor público se traslade voluntariamente al Instituto de Seguros Sociales.
- ii) Cuando se ordene la liquidación de la caja, fondo o entidad a la cual se encontraba afiliado el servidor público.
- iii) Cuando los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición no se encontraban afiliados a alguna caja, fondo o entidad de previsión del sector público con anterioridad al 1º

de abril de 1994, seleccionen el régimen de prima media con prestación definida, y

b) Los servidores públicos que se vinculen al Instituto de Seguros Sociales voluntariamente o por liquidación de la caja, fondo o entidad de previsión a la cual se encontraba afiliado, tendrán derecho al reconocimiento de bono pensional, calculado en la forma como lo determine el Gobierno Nacional.”

Por todo lo anterior, deberá la Corte Constitucional entrar a dilucidar la situación del señor Alfonso Dávila Ortiz, con el fin de verificar el tipo de régimen aplicable a su caso concreto y confrontarlo con las decisiones de la jurisdicción contenciosa administrativa, para definir si en los fallos atacados por vía tutelar, se incurrió en la presunta vía de hecho que se les endilga.

6. Resolución del Caso concreto

El accionante afirma tener derecho a que el Departamento de Cundinamarca le reajuste la pensión de jubilación, reconocida por el Instituto de Seguros Sociales, en cuantía de \$ 236.460, mediante Resolución Núm. 013339 del 15 de julio de 1999, ya que al haber sido Gobernador de ese ente territorial desde diciembre de 1972 hasta agosto de 1974, debe percibir una mesada equivalente al 75% de los ingresos que correspondan al cargo desempeñado, tal como lo disponen las Ordenanzas 02 de 1976 y 18 de 1977, sin que sobrepasen el tope de los 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Al respecto, la Ordenanza Núm. 02 del 28 de julio de 1976, expedida por la Asamblea de Cundinamarca, y que invoca el accionante como fundamento de su solicitud, consagró un beneficio a favor de quienes ocuparon determinados cargos, entre ellos el de Gobernador, consistente en que la pensión de jubilación de retiro por vejez o de invalidez de quien ejerciera dicho empleo en propiedad y por un lapso no inferior a un año, debería ser “equivalente al 75% de la asignación mensual total que corresponda al cargo”; medida cuya aplicación fue extendida por la Ordenanza Departamental Núm. 18 del 29 de noviembre de 1977 (art. 3º) dotándola de efectos retroactivos “a quien hubiere desempeñado o desempeñare cualquiera de los cargos mencionados en dicho artículo, por el tiempo allí previsto y hubiere sido pensionado por cualquier entidad de derecho público con base en las asignaciones de alguno de esos cargos o de cualquiera otro”, caso en el cual el departamento debe proceder a reajustar su cuota parte hasta el límite en que fuere necesario, para que la cuantía total de la pensión ascienda al mencionado monto.

El Departamento de Cundinamarca denegó el pretendido reajuste de la cuota parte pensional, al considerar que para la época en que fueron expedidas las mencionadas ordenanzas el peticionario ya había cumplido su período como gobernador, por tanto, no se encontraba vinculado con el ente territorial. Adicionalmente adujo que según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia “la noción de retroactividad de la ley se halla vinculada a la de los derechos adquiridos, pues aunque se trata de conceptos diferentes, sólo mediante la operancia de la primera, se exterioriza el quebranto de los segundos, que es lo que impide el artículo 30 de la Constitución¹⁶. Por derechos adquiridos –ha dicho la Corte- se tienen aquellas situaciones individuales y subjetivas que se han creado y definido bajo el imperio de una ley, y que por lo mismo han creado a favor de sus titulares un cierto derecho que debe ser respetado [...]”. (CSJ Sala de Casación Laboral Sentencia del 17 de marzo de 1977).

Lo anterior, aunado al hecho de que tampoco alcanzó el estatus de pensionado con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993, lo que impide que se le aplique lo preceptuado en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, el cual ampara las situaciones jurídicas individuales definidas con anterioridad a la vigencia de la referida ley, conforme a las disposiciones territoriales en materia pensional.

Ante la negativa del reajuste pensional, el accionante buscó hacer efectivas sus pretensiones a través de dos medios judiciales; inició la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contenciosa administrativa, y mientras se definía dicho proceso, optó por incoar una acción de tutela, la cual fue seleccionada por esta Corporación y que dio origen a la sentencia T-857 de 2004, donde se decidió:

“Tercero. ORDENAR al Director del Departamento Administrativo del Talento Humano del departamento de Cundinamarca, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, y hasta que la jurisdicción en lo Contencioso Administrativo lo decida en forma definitiva, adopte las medidas indispensables para reliquidar y reajustar la cuota parte pensional de la pensión por aportes que le fue reconocida al señor Alfonso Dávila Ortiz por el Instituto de Seguros Sociales mediante Resolución No. 013339 del 15 de julio de 1999, conforme a lo dispuesto en las Ordenanzas 02 de 1976 y 18 de 1977.

Cuarto. Advertir a las partes, que en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 8º del Decreto 2591 de 1991, esta decisión de tutela permanecerá vigente durante todo el tiempo que la justicia contencioso administrativa utilice para decidir de fondo las pretensiones del actor relativas al mismo asunto.”

Como puede apreciarse, en la tutela de la referencia se le concedió una protección transitoria a los derechos fundamentales del señor Dávila Ortiz, ello en consideración a su delicado estado de salud y con el único fin de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable o un daño irreparable.

Tal como se anotó en el acápite cuarto de esta providencia, los efectos de la protección transitoria cesan cuando el juez ordinario ha tomado una decisión de fondo frente al asunto planteado. Al respecto, se hace preciso señalar que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sala de Descongestión, Sección Segunda, Subsección Tercera, mediante providencia del 23 de septiembre de 2004, decidió negar las súplicas de la demanda y en consecuencia inaplicar por inconstitucionales los artículos 2º de la Ordenanza 02 de 1976 y 3º de la Ordenanza 018 de 1977, bajo los siguientes argumentos:

1. “Debe señalar la Sala que si la norma invocada por el actor rigió, no le resulta aplicable por el sólo hecho de hacer alusión al cargo de Gobernador del Departamento, ya que si bien se encuentra demostrado mediante certificación visible a folio 104 del expediente, que el actor laboró en el cargo de Gobernador de Cundinamarca del 19 de octubre de 1972 al 26 de agosto de 1974, su vinculación se produjo mucho antes de entrar en vigencia las Ordenanzas contentivas de los derechos prestacionales reclamados por éste y dado que éstas rigen hacía el futuro y no en forma retroactiva no es posible acceder a su solicitud.”

1. “Insiste la Sala que ha sido reiterada la jurisprudencia en el sentido de indicar que las prestaciones sociales de los servidores públicos, sólo pueden ser reguladas por el legislador ordinario o extraordinario, lo que determina que la Asamblea de Cundinamarca no tiene

competencia para expedir las disposiciones fundamento de la demanda. En este sentido el Consejo de Estado al estudiar un caso similar, sostuvo lo siguiente: (...) 'la regulación de prestaciones sociales para los empleados públicos, según el texto constitucional de 1886, era facultad exclusiva del Congreso de la República o del Presidente en uso de las facultades extraordinarias.'

Por tanto, una ordenanza no podía señalar cuantías, ni requisitos distintos de los establecidos en la ley para el reconocimiento del derecho. Por mandato expreso del artículo 76 numeral 9° de la constitución de 1886 correspondía al Congreso determinar la estructura de la Administración Nacional y fijar las distintas categorías de empleo, así como el régimen de prestaciones sociales."

Una vez interpuesto el recurso de apelación contra la sentencia anteriormente reseñada, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", decidió mediante proveído del 15 de marzo de 2007, confirmar la sentencia recurrida, bajo los siguientes argumentos:

"Estima la Sala que las prerrogativas consagradas en las Ordenanzas 02 de 1976 y 18 de 1977 expedidas por la Asamblea de Cundinamarca, no favorecen al actor, no solo porque ellas no proyectan sus efectos hacía el pasado, ello en consideración a que el actor se desempeñó como gobernador de Cundinamarca entre el 19 de diciembre de 1972 y el 26 de agosto de 1974 época en la cual no se habían expedido las citadas ordenanzas -ellas se expidieron en los años 1976 y 1977-."

Además señaló que teniendo en cuenta que "el Seguro Social mediante Resolución núm. 013339 del 15 de julio de 1999, por la cual reconoció la pensión al actor, al hacer la distribución de su valor a prorrata por el tiempo laborado en cada una de las entidades obligadas, a los 667 días que sirvió como gobernador, le fijó un valor del 8.83%. No es jurídicamente viable ahora, ordenar el reajuste de la cuota parte correspondiente al Departamento de Cundinamarca, en los términos pretendidos en la demanda, por no existir en el ordenamiento una disposición legal que así lo permita."

Frente al fallo que resolvió el recurso de apelación, el accionante interpuso el incidente de nulidad, que correspondió desatar al Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, el cual mediante proveído del 27 de agosto de 2010, decidió rechazarlo por improcedente.

Una vez agotado el trámite de la pretendida nulidad, el señor Dávila Ortiz, incoó la presente acción de tutela contra sentencia judicial, al considerar que las providencias emanadas del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y del Consejo de Estado, incurrieron en vía de hecho al desconocer el precedente fijado por esta Corporación en las Sentencias C-410 de 1997 y T-857 de 2004.

Al respecto, en el acápite tercero de esta providencia se reiteraron los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, que aplicados al caso sub examine se tiene lo siguiente:

1. Efectivamente el asunto objeto de debate es de evidente relevancia constitucional, por cuanto en él se pretende la protección de derechos fundamentales, tales como la igualdad, la seguridad social y el mínimo vital.
2. Tal como consta en el expediente se ha hecho uso de todos los mecanismos de defensa judicial -ordinarios y extraordinarios- ante la jurisdicción competente.
3. Se cumple con el requisito de la inmediatez, toda vez que la última actuación en sede de lo contencioso administrativo data del 27 agosto de 2010, y la tutela fue presentada el 12 de octubre del mismo año.
4. Se trata de una presunta irregularidad procesal que eventualmente podría tener un efecto decisivo en la sentencia objeto de controversia y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora.
5. El actor identificó debidamente los hechos que generaron la presunta vulneración y los derechos afectados y los alegó dentro del proceso judicial.
6. No se trate de una sentencia de tutela contra tutela, sino contra una providencia

judicial.

En este aspecto, están acreditados los requisitos generales de procedibilidad.

Corresponde a la Sala verificar si realmente las entidades demandadas incurrieron en el defecto que se les endilga, “por desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.”

Al respecto se debe anotar que el accionante aduce que el Departamento de Cundinamarca, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Consejo de Estado, desconocieron la jurisprudencia contenida en la Sentencia C-410 de 1997 y T-857 de 2004, así como las normas sustantivas aplicables al caso concreto, esto es los artículos 36 y 146 de la Ley 100 de 1993, así como las ordenanzas 02 de 1976 y 18 de 1977.

De antemano, se hace imperioso precisar que las sentencias atacadas por vía de tutela, no adolecen del defecto que se les atribuye, por las siguientes razones:

1. En lo que se refiere a la sentencia C-410 de 1997, esta Corporación al estudiar la constitucionalidad del artículo 146 de la Ley 100 de 1993, consideró que los regímenes pensionales establecidos por los entes territoriales continuarían vigentes, para aquellos casos en que se había consolidado el derecho; es decir, que se respetarían las pensiones reconocidas a los funcionarios públicos del orden territorial con base en las disposiciones que precedieron a la ley de seguridad social. De igual manera, se garantizó el goce de las pensiones a aquellos servidores que alcanzaron su estatus de pensionado (edad y tiempo de servicio) con antelación a la expedición de la Ley 100 de 1993, pero que por algún motivo no habían sido reconocidas por la respectiva entidad obligada al pago de la prestación.

En la misma sentencia, se declaró inexecutable el aparte “o cumplan dentro de los dos años siguientes”, ello en consideración a que al legislador no le era viable equiparar los derechos adquiridos con las simples expectativas. Quiere ello decir que la vigencia de las normas que

regulaban el sistema pensional de las entidades territoriales, sólo rigió hasta el momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, y de esta manera, sólo podían ser garantizados los derechos adquiridos con anterioridad a la misma. En los casos en que los servidores públicos del orden territorial no alcanzaron a definir su derecho prestacional, se les debe aplicar el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley de seguridad social, pero en consonancia con las normas prestacionales que rigen para la generalidad de afiliados o cotizantes; esto es el Decreto 546 de 1971 si pertenecían a la rama judicial o al ministerio público; ley 33 de 1985 si cumplían 20 de servicios con exclusividad en el sector público; Ley 71 de 1988 si los 20 años de servicios o cotizaciones habían sido prestados al sector público y al sector privado; el Decreto 758 de 1990 si los 20 años de cotización se habían realizado a través de empleadores privados.

De igual manera, se les aplicarían los regímenes especiales o exceptuados que no perdieron vigencia con la expedición de la ley 100 de 1993, tales como los aplicables a la fuerza pública, al magisterio, a los trabajadores de Ecopetrol etc.

Lo anterior lo corrobora el decreto reglamentario del régimen de transición 813 de 1994, el cual en su parágrafo 1° dispuso: “Cuando el régimen aplicable obedezca a la actividad u oficio desempeñado por el trabajador, dicho régimen se aplicará siempre que al momento de reunirse los requisitos para la pensión, el trabajador se encuentre desempeñando la misma actividad u oficio.”

De tal manera, que en el presente caso la legislación aplicable al señor Alfonso Dávila Ortiz, era la ley 71 de 1988, ya que está probado en el expediente que sus 20 años de servicio o cotizaciones los realizó a través de diferentes empresas, tanto públicas como privadas. Ello aunado a que el accionante sólo alcanzó el estatus de pensionado en el año de 1999, sin que su último empleo u oficio fuera el de gobernador, y por expresa disposición del artículo 36 de la Ley de seguridad social, a aquellas personas que sean beneficiarias de la transición se les aplicará “el régimen anterior al cual se encuentren afiliados”, y para este preciso caso, el señor Dávila Ortiz estaba afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrada por el ISS, sin que se pueda aceptarse que las Ordenanzas 02 de 1976 y 18 de 1977, constituyen el régimen anterior del accionante, ya que las mismas perdieron vigencia con la expedición de la Ley 100 de 1993.

2. En lo que concierne a la sentencia T-857 de 2004, se debe señalar que la misma reconoció la protección de los derechos fundamentales a la salud, a la vida y al acceso a la seguridad social del accionante, de manera transitoria; es decir, hasta tanto la jurisdicción competente en un juicio que permitió agotar todas las etapas del proceso y analizar el acervo probatorio allegado por las partes, se pronunció respecto de si le asistía o no el derecho. Una vez que la jurisdicción competente se pronunció de fondo, el efecto de la tutela transitoria terminó y en esa medida, la sentencia que puso fin a la controversia, entró a regir la situación jurídica de las personas trabadas en la Litis.

Es de anotar que al resolver la sentencia de tutela T-857 de 2004, esta Corporación encontró elementos de juicio que permitían en su momento considerar que el señor Dávila Ortiz tenía derecho al reajuste pensional solicitado, lo cual unido a su delicado estado de salud llevó a que se concediera el amparo solicitado con el fin de evitarle un perjuicio irremediable. Sin embargo, al no contener el expediente de tutela toda la información requerida para conceder el derecho prestacional solicitado y de esta manera reconocer de manera definitiva la pensión reclamada, dejó en manos de la jurisdicción contenciosa administrativa la decisión definitiva frente al tema legal debatido en el proceso.

Por ello no se podría argumentar que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, o el Consejo de Estado, incurrieron en vía de hecho por desconocimiento del precedente, ya que la decisión de la justicia ordinaria no necesariamente tenía que coincidir con la tomada en sede de tutela, por cuanto, si del expediente allegado con la acción constitucional, se hubiese podido determinar fehacientemente el derecho prestacional solicitado, entonces no se hubiera concedido transitoriamente, sino de manera definitiva.

3. El accionante señala que con las decisiones tomadas por las entidades demandadas se vulneran los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social y al mínimo vital.

3.1. En cuanto al derecho a la igualdad indica que a otros ex gobernadores de Cundinamarca se les concedió el derecho pensional bajo lo preceptuado en las ordenanzas 02 de 1976 y 18 de 1977. Al respecto se precisa que en las resoluciones aportadas a folios 97-113, donde se les reconoce la pensión de vejez a los señores Joaquín Piñeros Corpas y Hernando Zuleta Holguín, se puede apreciar que al primero se le otorgó el derecho pensional desde el año de 1965 y que ocupó el cargo de gobernador entre los años 1969 y 1970, por tanto, el reajuste

pensional reconocido a la cónyuge supérstite, obedece a una situación consolidada con anterioridad al 1° de abril de 1994; y frente al segundo, se puede observar que cumplió con los requisitos que le hacían beneficiario de las mencionadas ordenanzas desde el 23 de marzo de 1993, fecha en que cumplió 60 años de edad y más de 20 años de servicio, pese a que los beneficios de las disposiciones territoriales fueron reconocidas en el año de 1999; por tanto su situación también se consolidó con anterioridad a la vigencia de la ley de seguridad social y por ello sus derechos adquiridos debían ser respetados conforme al artículo 58 superior, a lo establecido en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, y la jurisprudencia sentada en la sentencia C-410 de 1997.

3.2 En lo que concierne al derecho a la seguridad social, es pertinente anotar, que el señor Dávila Ortiz es actualmente pensionado del Instituto de Seguros Sociales y en esa medida tuvo acceso al derecho irrenunciable consagrado en el artículo 48 superior. De tal manera que la simple afirmación de tener derecho a un régimen diferente y que la justicia ordinaria definió en su contra, no puede considerarse como una conducta vulneradora del derecho fundamental invocado.

3.3 Por último, en lo que se refiere a la afectación de su mínimo vital, el mismo podría predicarse, si se hubiera llegado a la conclusión de que el derecho prestacional reclamado le asistía al accionante, pero al haberse llegado a un fallo adverso, no se puede predicar dicha vulneración.

Lo anteriores argumentos conllevan inexorablemente a concluir que ni el Departamento de Cundinamarca, ni el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, ni el Consejo de Estado, incurrieron en la vía de hecho que se les atribuye, sino que por el contrario sus actos administrativos y providencias están sustentados en sólidos argumentos jurídicos, que no aparecen caprichosos o antojadizos.

Por todo lo anterior, esta Corporación tendrá que modificar la sentencia proferida por el Consejo de Estado -Sección Quinta-, el 17 de marzo de 2011, la cual rechazó por improcedente la acción de tutela, para en su lugar denegar el amparo de los derechos invocados, por las razones expuestas en esta providencia.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- MODIFICAR la sentencia proferida por el Consejo de Estado -Sección Quinta-, el 17 de marzo de 2011, la cual decidió rechazar por improcedente la dictada por el Consejo de Estado Sección Cuarta, el 11 de noviembre de 2010, para en su lugar denegar el amparo de los derechos invocados, por las razones expuestas en la presente providencia.

Segundo.- Por Secretaría General líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON PINILLA PNILLA

Magistrado

Con aclaración de voto

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

NILSON PINILLA PINILLA

A LA SENTENCIA T-795/11

Referencia: expediente T-3058109

Acción de tutela instaurada por Alfonso Dávila Ortiz contra la Sección Segunda del Consejo de Estado, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Departamento de Cundinamarca

Magistrado ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Habiendo votado positivamente y firmado el proyecto presentado en este caso por el Magistrado ponente, estimo necesario consignar por escrito una muy sucinta aclaración sobre el sentido de mi voto en el presente asunto.

Si bien participo de las resolución adoptada, por cuanto comparto la percepción de que no existían razones que justificaran invalidar la interpretación que dentro de un asunto de su competencia efectuaron la Sección Segunda del Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, debo aclarar mi voto pues siempre he disentido frente al enfoque amplificado de la noción de “vía de hecho” y en relación con algunas de las argumentaciones que se exponen para arribar a la decisión adoptada.

Particularmente, tal como lo he explicado con más amplitud frente a otras decisiones¹⁷, no comparto el alcance, en mi opinión desbordado, que con frecuencia se reconoce por parte de la Corte Constitucional a la acción de tutela contra decisiones judiciales, y que en el caso de la sentencia a que me vengo refiriendo se pone de presente en la cita que se efectúa (páginas 9 y 10) de la sentencia C-590 de junio 8 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño, de cuyas consideraciones discrepo parcialmente desde cuando fue expedida.

Mi desacuerdo con dicha sentencia, que el actual fallo invoca como parte de la fundamentación, radica en el hecho de que, en la práctica, especialmente las llamadas “causales especiales de procedibilidad” a que dicha providencia se refiere en su punto 25, abarcan todas las posibles situaciones que podrían justificar la impugnación común contra una decisión judicial, dejando así la imagen de que esta Corte estima que la acción de tutela constituye un recurso complementario, añadible a los establecidos en el proceso de que se trata.

Con ello, la solicitud y trámite de la acción de tutela al amparo de tales enunciados, deviene simplemente en una (o más) nueva(s) oportunidad(es) que se confiere(n) a quien se ha visto desfavorecido por la decisión adoptada por el juez competente, o lo que es lo mismo, en una (o varias) instancia(s) adicional(es), no prevista(s) en absoluto en el respectivo proceso debido, situación que difiere, de lejos, del propósito de protección subsidiaria a los derechos fundamentales que animó al constituyente de 1991, que vino a quedar reflejado en el artículo 86 superior.

Además, no sobra acotar que si bien esta corporación con fundamento en la sentencia C-590 de 2005 aduce sistematizar una línea jurisprudencial construida y decantada a partir de las consideraciones que se dejaron planteadas en la sentencia C-543 de 1992, ello no es exacto, ya que en realidad ese pronunciamiento¹⁸, de suyo sólo argüible frente a la casación penal por ser ésta la institución regulada en el precepto parcialmente declarado inexecutable (art. 185 L. 906 de 2004), se ha interpretado como si postulara lo contrario de lo que quedó decidido en la C-543 de 1992.

En efecto, mientras que en esa providencia de 1992 se consideró, con firmeza de cosa juzgada constitucional (art. 243 Const.), que no puede ser quebrantada, que la tutela contra decisiones judiciales atentaba contra la seguridad jurídica y contra otros importantes valores constitucionales, como el “principio democrático de la autonomía funcional del juez”, “la independencia y desconcentración que caracterizan a la administración de justicia” y “la función garantizadora del Derecho” que cumple el proceso, y en consecuencia se declaró inexecutable la preceptiva que reglamentaba tal posibilidad, en la C-590 de 2005 se presenta un amplio listado de situaciones, creyéndose que de inferirse la materialización de alguna de ellas, en opinión de quien realiza el control tutelar, de por sí le está permitido remover o dejar sin efecto la decisión judicial, cual si aplicara un recurso ordinario más, con lo cual se ha desquiciado gravemente su carácter excepcionalísimo y, en la práctica, se ha abatido la seguridad jurídica, que es también un derecho fundamental.

Por lo anterior, dado que la decisión adoptada con mi acuerdo y participación incluye algunas consideraciones con alcances de tal índole, que no comparto, aclaro el voto en el caso de la referencia.

Con mi acostumbrado respeto,

Fecha ut supra

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

1 El artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala: “(...) 3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

2 El artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos estipula: “Protección Judicial 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

3T-681 de 2010.

4 T-522 de 2001.

6 Según lo establecido en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

7 Sentencia SU-1070 de 2003.

8 Ver entre otras las sentencias T-827 de 2003, T-648 de 2005, T-1089 de 2005; T-691 de

2005 y T-015 de 2006.

9 En cuyo caso la tutela entre a proteger de manera directa los derechos presuntamente vulnerados.

10 Ver las sentencias C-1225 de 2004, SU-1070 de 2003, SU-544 de 2001; T-1670 de 2000 y la T-225 de 1993 en la cual se sentaron la primeras directrices sobre la materia, que han sido desarrolladas por la jurisprudencia posterior. También puede consultarse la sentencia T-698 de 2004 y la sentencia T-827 de 2003.

11 Sentencia T-1121 de 2003.

12 Sentencia T-304 de 2009.

13 El artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 dispone que “La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”.

14 Sentencia T-803 de 2002.

15 Sentencia T-822 de 2002., reiterando lo dicho en la sentencia T-569 de 1992 la cual señaló lo siguiente: “De allí que tal acción no sea procedente cuando exista un medio judicial apto para la defensa del derecho transgredido o amenazado, a menos que se la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”

16 “Hace referencia al artículo 30 de la Constitución de 1886.”

17 Ver, entre otros, los salvamentos de voto del suscrito Magistrado sobre las sentencias T-590, T-591, T-643 y T-840 de 2006; T-247, T-680 y T-794 de 2007; T-402, T-417, T-436 y T-891 de 2008, así como frente a los autos A-222 y A-256 de 2006 y A-045 de 2007. Igualmente, entre otras, aclaraciones de voto ante las sentencias T-987 y T-1066 de 2007; T-012, T-240, T-350, T-831, T-871, T-925, T-945, T-1029, T-1263 y T-1265 de 2008; T-093, T-095, T-199, T-249, T-364, T-517, SU-811, T-904 y T-906 de 2009; T-103, T-119 T-148, T-653, T-707, T-769, SU- 817, T-954, T-1054 de 2010; T-388, T-464, 510, T-512, T-513, T-520, T-568, T-593, T-661, T-703, T-733, T-753 y T-786 de 2011, entre otras.

18 C-590 de 2005.