COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia T/631/02

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de tutela
Referencia	T/631/02
Expediente	—
Fecha	2002-08-08
Sala	Sala Sexta
Magistrado ponente	Dr MARCO GERARDO
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Derecho Adquirido A La Pension De Jubilacion
- Derecho A La Seguridad Social En Pensiones
- Derecho A La Seguridad Social
- Derecho A La Pension De Jubilacion
- Derecho A La Pension
- Principio De Favorabilidad En Materia Pensional Regimen De Transicion En Pensiones

Resumen del caso (según la propia sentencia)

El derecho a la seguridad social en pensiones es un derecho subjetivo. Reclamable ante los funcionarios administrativos; y también ante los funcionarios judiciales porque la justicia es una función pública y los

Texto completo

T-631-02 REPUBLICA DE COLOMBIA Sentencia T-631/02 DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES -Protección constitucional DERECHO ADQUIRIDO A LA PENSION DE JUBILACION -Protección DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES -Respeto del principio de favorabilidad El derecho a la seguridad social en pensiones es un derecho subjetivo.

Reclamable ante los funcionarios administrativos; y también ante los funcionarios judiciales porque la justicia es una función pública y los ciudadanos tienen acceso a ella.

El derecho se adquiere no solo con base en la actual normatividad de la ley 100 de 1993, sino también de acuerdo con los regímenes pensionales anteriores, siempre que se den algunas circunstancias que la ley exija, por permitirlo. El aspirante a pensionado tiene el derecho a que se le resuelva su situación dentro del marco normativo correspondiente, preferenciándose el derecho sustancial.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL -Fundamental por conexidad DERECHO A LA PENSION DE JUBILACION -Reconocimiento tiene el carácter de fundamental El reconocimiento del derecho a la pensión es un derecho fundamental para las personas de la tercera edad, porque tiene que ver con el derecho a la subsistencia en condiciones dignas. El aspirante a pensionado tiene derecho a acciones del ente gestor y no está obligado a asumir las secuelas del desdén administrativo, ni el “desorden que ha ocasionado una ostensible vulneración del derecho de petición”. No pueden existir

disculpas para demorar el reconocimiento de la pensión. “Las entidades estatales que tienen la función de estudiar, analizar y conceder el derecho a la pensión de jubilación no pueden escudarse en los trámites administrativos para retardar al trabajador su goce pensional, en perjuicio de sus derechos fundamentales” DERECHO A LA PENSION DE JUBILACION -Término de seis meses para reconocerla DERECHO A LA PENSION -Incluye principios constitucionales laborales y de seguridad social DERECHO A LA PENSION -No puede haber demora injustificada en su reconocimiento DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL -Irrenunciabilidad PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN MATERIA PENSIONAL REGIMEN DE TRANSICION EN PENSIONES -Regímenes especiales amparados REGIMEN DE TRANSICION EN PENSIONES -Fundamento REGIMEN DE TRANSICION EN PENSIONES -A quienes se refirió la ley 100 de 1993 REGIMEN DE TRANSICION EN PENSIONES -Consagrado para servidores públicos en régimen de prima media con prestación definida REGIMENES ESPECIALES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL -Existencia REGIMEN ESPECIAL VIGENTE PARA LA RAMA JUDICIAL Y EL MINISTERIO PUBLICO -Decreto 546 de 1971 REGIMEN DE TRANSICION -Se mantienen vigentes los regímenes especiales La ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición y el artículo 4° del decreto 691 de 1994 precisó que los servidores públicos que escojan para su pensión de vejez el régimen de prima media con prestación definida, estarán sujetos al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y demás disposiciones que lo reglamentan. Por lo tanto, está vigente el decreto 546 de 1971 para los funcionarios de la Rama Jurisdiccional y el Ministerio Público que queden cobijados por el régimen de transición.

REGIMEN ESPECIAL PARA MAGISTRADOS DE ALTAS CORTES -Pueden optar por régimen especial que prefieran /PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN PENSIONES -Opción de escoger el régimen especial que prefiera Los Magistrados de las Altas Cortes se ubicaban en el régimen especial contemplado en el decreto 546/71. Según él, diez años al servicio de la Rama o del Ministerio Público permiten invocar el régimen especial para funcionarios judiciales. Posteriormente, mediante normas que están vigentes, el régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de los parlamentarios cobijó a los magistrados de las Altas Cortes.

Por consiguiente, si se invoca el régimen de transición, no se puede predicar única y exclusivamente respecto del decreto 546 de 1971, “Régimen de seguridad social de la rama jurisdiccional”. El régimen de transición incluye todas las normas que favorezcan, por el principio de favorabilidad .

En el caso de los magistrados de las Altas Cortes, la jurisprudencia constitucional ha reconocido el régimen de transición y el especial.” Perfectamente pueden todas las personas que están en régimen de transición, en el evento de que pudieren quedar cobijados por dos regímenes especiales, optar por el que prefieran.

VIA DE HECHO -Acto administrativo que resuelve pensiones MONTO Y BASE PARA LIQUIDACION DE PENSIONES -Componentes inseparables El monto de la pensión se calcula sobre una base y de allí se saca un porcentaje. No se puede entender el uno sin el otro. Esa base, en la teoría de la seguridad social, se denomina indistintamente como base reguladora, haber regulador, salario jubilatorio o haber jubilatorio. Tratándose de regímenes especiales, se tendrá en cuenta la base reguladora y el porcentaje que señalen específicamente tales regímenes. Es imposible desvertebrar el efecto de la causa y por consiguiente no se puede afirmar, como en el caso que motiva la presente tutela, que el porcentaje es el del régimen especial del decreto 546/71 y la base reguladora es la señalada en la ley 100 de 1993. Si un funcionario o exfuncionario judicial o del Ministerio Público reúne los requisitos para gozar del régimen especial se aplicará en su integridad el artículo 6° del decreto 546/71, luego no se puede tasar el monto de acuerdo con la ley 100 de 1993. Hacer lo contrario es afectar la inescindibilidad de la norma jurídica.

BASE REGULADORA PARA LIQUIDAR PENSIONES -Relación directa con el salario DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD -Fundamental por afectación del mínimo vital PENSION DE JUBILACION -Disminución de lo justo afecta la calidad de vida La disminución de lo justo, en la

liquidación de una pensión, afecta la calidad de vida del aspirante a pensionado, acostumbrado en su actividad laboral a recibir un salario que le ha permitido fijarse determinadas metas y compromisos. El mínimo vital tiene una dimensión cualitativa y no cuantitativa. Además, disminuir arbitrariamente el monto de una pensión es obligar a la persona a no retirarse del trabajo porque los ingresos salariales no tendrían la legal correspondencia con el ingreso pensional y esto afecta el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad del aspirante a jubilado y el derecho al descanso.

DERECHO AL MINIMO VITAL -Amenaza al pasar el trabajador de activo a pasivo Para que se afecte el mínimo vital no tiene que haberse renunciado previamente al cargo. Se puede alegar la afectación al mínimo vital cuando existe la amenaza de afectación y esto acontece al pasar de trabajador activo a pasivo. Por consiguiente, no es argumento válido decir que el mínimo vital solo se vulnera cuando el peticionario se quede sin trabajo.

DERECHO AL MINIMO VITAL DE MAGISTRADO -Vulneración por no liquidación proporcional de su pensión DERECHOS FUNDAMENTALES DE MAGISTRADO -Vulneración por omisión en aplicación del régimen de transición DEBIDO PROCESO -Vulneración por no tenerse en cuenta el principio de favorabilidad ACCION DE TUTELA TRANSITORIA -Procedencia por causarse perjuicio irremediable Referencia:

expediente T- 587434 Peticionario: Eduardo Duarte Chinchilla Procedencia: Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca Tema: Pensión de funcionarios de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA Bogotá , D.C., ocho (8) de agosto de dos mil dos (2002). La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra quien la preside, Eduardo Montealegre Lynett y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente SENTENCIA Dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, Sala Jurisdiccional Disciplinaria y por el Consejo Superior de la Judicatura , Sala Jurisdiccional Disciplinaria, en la acción de tutela instaurada por el señor Hernando Duarte Chinchilla contra la Caja Nacional de Previsión Social.

ANTECEDENTES 11. El señor Eduardo Duarte Chinchilla, funcionario de la Rama Judicial, reunió los requisitos exigidos para acceder a su pensión de vejez y por lo tanto solicitó el reconocimiento de la prestación.

12. El peticionario, el 1° de abril de 1994 tenía mas de 40 años de edad, luego tiene derecho al régimen de transición. 13. Ha laborado al servicio de la Rama Judicial por 34 años, desde el 4 de septiembre de 1965, en forma ininterrumpida, por lo tanto, invocó el régimen especial que para los funcionarios de la Rama Judicial y el Ministerio Público tiene establecido el artículo 6° del decreto 546/71.

14. La Caja Nacional de Previsión reconoció la pensión mediante Resolución # 0694 de 23 de enero de 2001, fijando una mesada de $3’574.637,76.

15. Para determinar el monto antes señalado, la Subdirección General de Prestaciones Económicas de la referida Caja liquidó la pensión tomando el 75% del salario promedio devengado por el peticionario entre el 1° de abril de 1994 hasta el 30 de mayo de 2000.

Es decir, hizo caso omiso del régimen especial, en cuanto al monto de la pensión. 16. El afectado agotó la vía gubernativa contra la determinación que lo afectaba. El 14 de junio de 2001, la Caja Nacional de Previsión, mediante Resolución 015414 confirmó la decisión. La Caja consideró que el decreto 546 de 1971 tiene cuatro elementos:

edad para acceder a la pensión, tiempo de servicios, monto e ingreso base para liquidar. Como se aprecia, la entidad separó la base de liquidación del monto de la mesada. Para la Caja: “ De los citados elementos, únicamente los tres primeros constituyen beneficios del régimen de transición.

En consecuencia, si bién el monto de la pensión de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, se mantiene en el 75% del ingreso , la base de liquidación se determinará en forma indicada en la ley 100/93, artículo 36 inciso 3°, así como en la sentencia de la Corte Constitucional # 168 del 20 de abril de 1995, y no tomando la asignación mensual mas elevada que hubiere devengado en el último año".

17. La apelación fue resuelta por el Jefe de la Oficina Jurídica de la Caja Nacional de Previsión Social el 15 de noviembre de 2001, mediante Resolución 5412. Confirmó lo apelado. Sin embargo, se reconoce en la Resolución que " efectivamente el señor Eduardo Duarte Chinchilla se encontraba cobijado por un régimen especial el cual es el correspondiente a la Rama Jurisdiccional y Ministerio Público, regulado por los decretos leyes 902 y 903 de 1969, 546 de 1971, 1231 de 1973, 717 y 2726 de 1978, y los decretos reglamentarios 1726 de 1973 y 1660 de 1978..", pero considera que los factores base de liquidación y la forma de liquidar la misma son los señalados en los decretos reglamentarios de la ley 100 de 1993. Además, dice la Resolución algo contradictorio: " y en el presente caso como ya se indicó es aplicable el 75% de la asignación mensual mas elevada percibida en el último año de servicio, donde el período reliquidable de la pensión del recurrente es el comprendido entre el 01 de abril de 1994 y el 30 de mayo de 2001".

18. Considera el peticionario que con esta actitud de fijar una pensión ostensiblemente inferior a la que corresponde, con violación a los parámetros del régimen especial, se le han violado los derechos al debido proceso, a la igualdad; se han desconocido los principios constitucionales de favorabilidad, irrenunciabilidad; y no se han tenido en cuenta el régimen de transición y el régimen especial para los funcionarios judiciales.

19. Pide que se le de aplicación plena al régimen especial consagrado en el artículo 6° del decreto 546 de 1971, que favorece al funcionario o empleado de la rama jurisdiccional o del ministerio público que haya cumplido veinte años de servicio y tenga cincuenta y cinco años de edad si es varón o cincuenta si es mujer, en cuyo caso la pensión debe liquidarse por un valor del 75% del mayor sueldo mensual devengado en el último año de servicio, con la sola condición de haber laborado por lo menos diez años en la rama jurisdiccional o en el ministerio público o en ambos.

10.La tutela se instauró como mecanismo transitorio. Afirma el señor Duarte Chinchilla que se le ha ocasionado un perjuicio irremediable, dado que no ha podido gozar del descanso a que tiene derecho al jubilarse, por cuanto el monto que se le ha fijado, no solamente no es el que corresponde, sino que la ostensible disminución no le permite con la mesada sufragar los estudios superiores de sus hijos, pagar hipoteca y responder por todos los gastos de servicios públicos, transportes, sostenimiento de la familia. Agrega que por el cargo que desempeña (Magistrado de Tribunal en la Jurisdicción Contencioso Administrativa) su status de vida exige un mínimo vital que no puede ser cubierto con la suma equivocada que se le ha fijado como mesada pensional. Agrega que está sometido a un tratamiento médico pero no ha podido retirarse de la Rama Judicial precisamente porque con el monto de la pensión que se decretó no alcanza para enfrentar las necesidades que actualmente tiene.

PRUEBAS 1. Memoriales de reposición y apelación contra la resolución que señaló la mesada objetada por el peticionario. 2. Resolución 15414 de 2001 de la Caja Nacional de Previsión Social que resolvió la reposición y confirmó la Resolución 0694/01.

3. Resolución 5412 proferida por el Jefe de la Oficina Jurídica de la Caja Nacional de Previsión Social el 15 de noviembre de 2001, confirmando las anteriores.

4. Certificado de la Administración Judicial sobre sueldo del peticionario, expedido el 30 de noviembre de 2001. 5. Respuesta de la Caja Nacional de Previsión al juzgador de tutela, reseñando su posición.

Explica por qué no tuvo en cuenta el salario mas alto devengado por el peticionario durante el último año. 6. Constancias de la Universidad del Norte y de la Universidad Autónoma del Caribe sobre pago de semestres para los hijos del tutelante, por parte de éste.

7. Certificado de la DIAN según el cual no paga impuesto de renta porque sus ingresos (salario) y egresos significan “Valor del impuesto: 0”.

8.Recibos de pago mensual de servicios públicos por un valor aproximado de $600.000,oo. 9. Pago de impuestos varios. SENTENCIAS OBJETO DE REVISION La sentencia de primera instancia la profirió el 30 de enero de 2002, el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, negando por improcedente la tutela instaurada. Considera que existen otros mecanismos de defensa judicial y que no hay perjuicio irremediable porque el peticionario está vinculado al Tribunal Administrativo del Atlántico como magistrado.

En segunda instancia, el Consejo Superior de la Judicatura (con dos ausencias justificadas y un salvamento parcial de voto), el 14 de marzo de 2002 confirmó la improcedencia porque no hay un perjuicio irremediable ya que el peticionario es un abogado que goza de su trabajo que le permite una congrua subsistencia.

DOCUMENTOS AGREGADOS A ESTE PROCESO Obran en el expediente los siguientes documentos: 11. Criterio del Subdirector General de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión para justificar por qué no se cumple con la totalidad del artículo 6° del decreto 546 de 1971 y por qué al peticionario le tuvieron como promedio para el monto de su pensión los sueldos recibidos desde el 1° de abril de 1994 hasta el 30 de mayo de 2000:

“ Lo anterior teniendo en cuenta que el ingreso base de liquidación para los beneficiarios del régimen de transición a los cuales les falta menos de diez años para consolidar su derecho, es el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, referido al promedio de los ingresos devengados sobre los cuales se realizaron aportes o cotizaciones y no a todo lo recibido por el trabajador”.

b. Sentencia de tutela del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, de 28 de septiembre de 1999, que concedió el amparo, de manera transitoria, a Esperanza Gómez de Miranda, ordenando que el 75% del monto de la pensión fuera tomado “ de la asignación mensual mas elevada que la actora hubiere devengado en el último año de servicio como funcionaria de la rama jurisdiccional”.

c. Resolución # 31485 de 29 de noviembre de 2000, de la Subdirectora General de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión Social, que en cumplimiento de una sentencia del Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, liquidó la pensión de Hernando Sánchez Moreno, Magistrado de Tribunal Administrativo, con base en el 75% de la asignación mas elevada que devengó el actor en el último año de servicios.

d. Resolución # 22584 de 24 de septiembre de 2001 que, en cumplimiento de un fallo de tutela del Consejo Superior de la Judicatura, liquidó la pensión de Gloria Lucía Sarmiento, aplicando el 75% sobre el salario del mes mas alto del último año.

e. Sentencia del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, del 20 de noviembre de 2001, en el caso de Nelson Zuluaga Ramírez, ordenando la reliquidación de la pensión teniendo en cuenta la asignación mas elevada que hubiere devengado en el último año de servicios.

f. Sentencia de tutela del Consejo Superior de la Judicatura, del 13 de agosto de 2001, magistrado ponente Eduardo Campo Soto, concediendo el amparo a la señora Gloria Sarmiento Santander y ordenando como mecanismo transitorio que se liquide la mesada de acuerdo con el sueldo mas alto durante el último año de servicios. En este fallo el Consejo Superior de la Judicatura hace referencia a la existencia de sentencias en las cuales también concedió la tutela por la misma causa (19 de octubre de 1999, 30 de noviembre de 2000). En todos estos fallos dijo el Consejo Superior que se afectaba el debido proceso y que no se entiende “cómo es posible que la accionada (Caja Nacional de Previsión) dicte unos actos administrativos, disfrazados en conceptos supuestos de razonabilidad, para poder apoyar su negativa de dar el monto verdadero de la pensión del accionante, pues en verdad no tiene presentación que por un lado, el ente estatal

acepte que el pensionado tiene derecho a un régimen de excepción como lo es el decreto 546 de 1971, porque según su propio dicho y lo demostrado en la actuación administrativa, el actor tenía la edad, el tiempo de servicio excepcional (10 años en la rama judicial), el derecho a un 75% de su pensión, pero no acepta su liquidación conforme lo ordena este régimen excepcional, para en forma caprichosa y arbitraria y desconociendo todo tipo de interpretación de orden constitucional y legal y alejado de los principios rectores laborales, como el de la favorabilidad e inescindibilidad de la norma, niega la forma de liquidación pensional para los servidores de la Rama Judicial contemplada en el artículo 6° del Decreto 546 de 1971".

[1] FUNDAMENTOS Y CONSIDERACIONES COMPETENCIA Esta Corte es competente para revisar el fallo de tutela de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional y el decreto 2591 de 1991; así mismo por la selección del respectivo expediente.

TEMAS JURIDICOS A TRATAR En la presente tutela se decidirá si el derecho al régimen de transición y a un régimen especial implica la correcta liquidación de la mesada pensional. Para ello se reiterará lo dicho por la Corte Constitucional en numerosas oportunidades sobre el derecho a la seguridad social en pensiones, los principios de ésta, los regímenes especiales (entre ellos el de la Rama Judicial) y el régimen de transición.

Igualmente se reiterará la jurisprudencia que afirma que se incurre en vía de hecho y por consiguiente se viola el debido proceso cuando fácticamente se desconoce un régimen especial de pensiones que debe cobijar plenamente a una persona que está dentro del régimen de transición.

Como punto final se estudiará el aspecto procedimental de si es procedente o no la tutela cuando el aspirante a jubilado aún no se ha retirado del trabajo y por consiguiente recibe salario. Lo anterior se plantea porque en las sentencias que se revisan se afirma que por tal circunstancia no se afecta el mínimo vital y por lo tanto no procede la tutela; se resolverá tal objeción reiterándose lo dicho por la Corte Constitucional en la T-1284/01 [2] y T-055/02 que reconocen la afectación al mínimo vital y por ende la prosperidad de la tutela aun cuando el peticionario continúe recibiendo su sueldo.

I. EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL LO PROTEGE LA CONSTITUCIÓN 1. La seguridad social en pensiones es un derecho constitucional. Artículos 48 y 49 Constitución Política La Carta de 1991 constitucionalizó la seguridad social en los artículos 48 y 49. En la Asamblea Constituyente fueron numerosos los debates que se dieron para lograrlo. La Corte Constitucional en Sentencia T-323 de 1996 [3] , explicó la razón de ser de esa protección:

"…evidentes razones de justicia material ... llevaron al constituyente a vincular al Estado con la garantía de la dignidad de quienes, al término de su vida laboral, luego de contribuir con su trabajo a la construcción de la riqueza nacional, merecen de la sociedad, no sólo un justo reconocimiento sino una pensión equivalente a un porcentaje de su salario, para asegurar una vejez tranquila. Frente a este derecho, el Estado debe actuar con toda energía y prontitud, de manera tal que quienes han adquirido, en virtud de su edad y años de trabajo, una pensión de jubilación o vejez, no se vean, ni siquiera transitoriamente, desprotegidos frente a actos arbitrarios o negligentes del propio Estado o de los particulares que por ley estén obligados a asumir la prestación social." 2. Quien adquiere el status de jubilado también tiene un derecho adquirido. Artículo 58 Constitución Política La persona que cumple con los requisitos exigidos para acceder a una pensión, ipso facto tiene el status de jubilado y por consiguiente un derecho adquirido al reconocimiento pleno y oportuno de su jubilación. No es un derecho abstracto sino un derecho que se concreta en una mesada pensional.

E l artículo 11 de la ley 100 de 1993 ordena respetar y mantener la vigencia de los derechos adquiridos conforme a normatividad anterior. Determinación que se corrobora en las sentencias C-027/95 y C-168/95.

En numerosos fallos, entre ellos la SU-430/98 [4] , se dice que hay un derecho adquirido a la pensión de vejez. Estas jurisprudencias tienen su precedente en sentencias de la Corte Suprema de Justicia, cuando ésta ejercía el control constitucional.

[5] 3. La seguridad social en pensiones, al constituirse en derecho adquirido, debe ser respetada (con aplicación del principio de favorabilidad) y es exigible ante los jueces. Artículos 48, 86, 228 y 229 de la Constitución Política Con el propósito de salvaguardar el derecho a la seguridad social en pensiones, artículo 48 de la C.P., la jurisprudencia ha dicho que es un derecho subjetivo.

Así se expresó en la sentencia T-1752/2000 [6] . Es, pues, un derecho a algo, reclamable ante los funcionarios administrativos; y también ante los funcionarios judiciales porque la justicia es una función pública y los ciudadanos tienen acceso a ella (artículos 228 y 229 C.P.).

En materia de seguridad social en pensiones, el derecho se adquiere no solo con base en la actual normatividad de la ley 100 de 1993, sino también de acuerdo con los regímenes pensionales anteriores, siempre que se den algunas circunstancias que la ley exija, por permitirlo el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en armonía con los decretos 691 de 1994 y 2527 de 2000, cuando se trata de empleados públicos.

El aspirante a pensionado tiene el derecho a que se le resuelva su situación dentro del marco normativo correspondiente, preferenciándose el derecho sustancial. Y si ello no ocurre y se le afectan derechos fundamentales puede acudir a la tutela (artículo 86 C.P.).

4. El derecho a la seguridad social debe ser efectivo . Artículos 2° y 113 de la Constitución Política El artículo 2° de la Constitución Política señala los fines del Estado. Entre ellos figura: " garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución" .

Dice la sentencia T-470/02 [7] que " para lograr el cabal cumplimiento de los fines perseguidos por el Estado, se impone que las autoridades encargadas del reconocimiento de los derechos de las personas lo hagan en efecto, sin buscar esguinces, sin poner trabas que dificulten o hagan menos posible el goce efectivo de los derechos de las personas" .

5. Casos en los cuales la seguridad social en pensiones adquiere el carácter de derecho fundamental. Artículos 11, 13, 16, 46 y 48 de la Constitución Política Dice la sentencia T-426 de 1992:

"El derecho a la seguridad social no está consagrado expresamente en la Constitución como un derecho fundamental. Sin embargo, este derecho establecido de forma genérica en el artículo 48 de la Constitución, y de manera específica respecto de las personas de la tercera edad (CP art. 46 inc. 2), adquiere el carácter de fundamental cuando, según las circunstancias del caso, su no reconocimiento tiene la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida (CP art. 11), la dignidad humana (CP art.1), la integridad física y moral (CP art. 12) o el libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16) de las personas de la tercera edad (CP art. 46)." En la T-111/94 se consideró como derecho fundamental el derecho a la seguridad social respecto de los ancianos. La Corte " ha reconocido en reiteradas ocasiones el carácter de fundamental del derecho a la seguridad social y en especial el derecho a la pensión de jubilación que de él se desprende " expresó la sentencia T-181/93. En similar sentido: T-516/93, T-068/94, T-426/93, T-456/94, T-671/00, T-1565/00. En ellas la jurisprudencia ha dicho que se adquiere el carácter de fundamental cuando, según las circunstancias del caso, su no reconocimiento tiene la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales. Esta afirmación tiene respaldo en la C-177 de 1998.

[8] En la sentencia T-491/01, respecto a la solicitud de reconocimiento de pensión en cuanto al derecho de petición y en conexión con el derecho a la seguridad social, la jurisprudencia expresó: " En innumerables pronunciamientos [9] la Corte ha reiterado que el derecho a la seguridad social en pensiones, en cuanto vinculado al derecho a la subsistencia en condiciones dignas, adquiere la connotación de derecho fundamental ." 6. Generalmente, la protección tutelar a la seguridad social se da en conexidad con otros derechos. Artículos 23, 25, 29, 53, entre otros No obstante lo expresado anteriormente, lo que comunmente acontece es que la seguridad social se ampara en conexidad con derechos fundamentales.

Por ejemplo, existe protección por conexidad con el derecho al trabajo según lo afirma la sentencia T-453/92 [10] , tratándose de trabajadores dependientes:

“Como el derecho controvertido nace y se consolida ligado a una relación laboral, en cuyo desarrollo la persona cumplió los requisitos de modo, tiempo de cotización y edad a los cuales se condicionó su nacimiento, es necesariamente derivación del derecho al trabajo” También la seguridad social puede estar conectada con otros derechos que no admiten duda sobre su jusfundamentalidad. Tal ocurre cuando el no reconocimiento del derecho a la seguridad social en pensiones tiene la potencialidad de poner en peligro derechos como la vida, la igualdad, el debido proceso, la dignidad humana, la integridad física o el mínimo vital de las personas de la tercera edad (C.P. art. 46) [11] .

Y lo que es mas frecuente, la conexidad con el derecho de petición [12] . En todas estas circunstancias la tutela es procedente. Es mas, el fallo de tutela no puede limitarse al examen del derecho fundamental que el peticionario invoque y la orden no puede limitarse a exigir una respuesta simplemente formal, sino que en muchas ocasiones el pronunciamiento judicial debe estar adicionado con otras órdenes que garanticen realmente el derecho a la seguridad social en pensiones.

7. El derecho al reconocimiento correcto de una pensión tiene el carácter de derecho fundamental. Artículos 23, 29, 48 de la Constitución Política La sentencia SU-1354/00 [13] reiteró que el reconocimiento del derecho a la pensión es un derecho fundamental para las personas de la tercera edad, porque tiene que ver con el derecho a la subsistencia en condiciones dignas (artículo 48 en conexidad con el artículo 23 de la C.P.).

A su vez, en la T-235/02 [14] se dijo que el aspirante a pensionado tiene derecho a acciones del ente gestor y no está obligado a asumir las secuelas del desdén administrativo, ni el “ desorden que ha ocasionado una ostensible vulneración del derecho de petición” (T-796/01).

No pueden existir disculpas para demorar el reconocimiento de la pensión. “ Las entidades estatales que tienen la función de estudiar, analizar y conceder el derecho a la pensión de jubilación no pueden escudarse en los trámites administrativos para retardar al trabajador su goce pensional, en perjuicio de sus derechos fundamentales” (T-887/01).

La ley indica que entre el instante en que se presenta la solicitud y el reconocimiento de la prestación no pueden transcurrir mas de seis meses. Y lo justo es que cuando el trabajador deje de ser activo, inmediatamente pueda disfrutar de su jubilación. De ahí que se permita, como es obvio, presentar la solicitud de pensión estando aún trabajando el peticionario.

II. LA CONSTITUCION HA CONSAGRADO LOS PRINCIPIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL 8. Principios constitucionales en la seguridad social y el trabajo. Artículos 48, 49 y 53 Constitución Política La protección a la pensión implica la necesidad de hacer respetar los principios de la seguridad social que aparecen en la propia Constitución:

eficiencia, universalidad, solidaridad (artículos 48 y 49). Tratándose de trabajadores dependientes, los principios generales del derecho al trabajo que la doctrina ha establecido y que en Colombia adquieren rango constitucional en el artículo 53 de la C.P., conllevan la primacía de la realidad, la irrenunciabilidad, la favorabilidad, la condición mas beneficiosa, el principio pro operario, la justicia social y la intangibilidad de la remuneración.

[15] 9. El principio de eficiencia implica no obstaculizar el derecho del jubilado. Artículo 48 Constitución Política La seguridad social (artículo 48 de la C.P.) es un servicio público. Además es esencial y obligatorio (artículo 4° de la ley 100/93). La eficiencia es un principio no solo de la seguridad social sino de cualquier servicio público.

Los postulados del Estado Social de Derecho en materia de Seguridad Social no pueden realizarse cuando las propias entidades públicas obstaculizan el derecho pleno del trabajador o extrabajador de acceder a la pensión [16] .

En un Estado Social de Derecho debe haber pronta e integra respuesta a las peticiones, esto hace parte de la eficiencia. No hacerlo sería afectar también el principio de igualdad material. No hay eficiencia si la decisión no se ajusta a derecho.

La sentencia T-235/02 [17] dijo: “ La organización y el procedimiento que las normas señalen para la tramitación y reconocimiento de la prestación, no pueden traducirse en obstáculos para el derecho material, sino que, por el contrario, deben ayudar a una pronta y justa decisión. Lograr el orden justo es pues el objetivo y el principio de la eficiencia tiene que contribuir a ello.” 10. El principio de irrenunciabilidad es un derecho que se predica respecto de todos los elementos integrantes del derecho a la seguridad social. Artículos 48 y 53 Constitución Política.

Tratándose de la seguridad social, los derechos adquiridos se reafirman porque el derecho a la seguridad social es irrenunciable (artículo 48 C.P.). Este principio se reproduce en el artículo 3° de la ley 100 de 1993.

La irrenunciabilidad significa que el aspirante a pensionado no puede renunciar a que se le otorgue su derecho, ni total ni parcialmente. [18] La sentencia T-049/02 indicó:

“ La Constitución Política establece en su artículo 48 que la seguridad social es un derecho de naturaleza irrenunciable, como “manifestación concreta del Estado Social de Derecho” [19] .

Tal derecho está constituido a su vez por varias expresiones entre las cuales se encuentra el derecho a pensión en sus diferentes modalidades, las cuales incluyen la pensión de sobrevivientes.

Al ser ésta una proyección concreta de la seguridad social, tiene el carácter de irrenunciable. La Corte en numerosas ocasiones ha protegido a través de la tutela el derecho a percibir mesadas pensiónales [20] de pensión de sobrevivientes e inclusive ha reconocido la pensión de sobrevivientes, por considerarla como derecho irrenunciable.” Si la entidad encargada del reconocimiento de una pensión no lo hace por lo que legalmente corresponde, el afectado no puede renunciar a reclamar lo debido.

Sería atentar contra los derechos fundamentales que se considerara que no puede reclamar amparo el pensionado a quien se le ha efectuado una incorrecta liquidación de su mesada, en detrimento del debido proceso y del mínimo vital.

Sobre este tema de la no renuncia, en la normatividad y jurisprudencia preconstitucional ya se manejaba la idea de que solamente con autorización legal expresa podría excepcionalmente renunciarse. Por ejemplo, el Consejo de Estado en sentencia de 19 de febrero de 1962 dijo:

“ Para que la renuncia de las prestaciones sociales, en los casos en que ella es permitida por la ley, tenga validez, es necesario que sea autorizada por el funcionario del trabajo respectivo, o en su defecto, por la primera autoridad política del lugar, tal como lo dispone el parágrafo del artículo 1° del decreto 2615 de 1946, que adicionó lo que sobre este aspecto ordenaba el artículo 11 del 2127 de 1945”.

Actualmente ni siquiera con permiso se puede renunciar. Lo contrario afectaría los artículos 48 y 53 de la C.P. 11. Desconocer los principios de la seguridad social y del derecho al trabajo, y, en especial los principios de eficiencia, irrenunciabilidad y favorabilidad afecta el debido proceso. Artículos 29, 48, 53 y 58 de la Constitución Política El principio de favorabilidad en la interpretación y aplicación de la norma es mandato constitucional (artículo 53 C.P.). Además tiene respaldo en toda la doctrina y jurisprudencia laboral y de la seguridad social. Expresamente está establecida la favorabilidad desde la ley 6ª de 1945, artículo 36: “ Las disposiciones de esta sección (sobre prestaciones oficiales) y de la sección segunda, en cuanto sean mas favorables a los trabajadores (empleados y obreros) tanto oficiales como particulares, se aplicarán de preferencia a cualquier otra que regulen la materia a que aquella se refieren a su turno, estas últimas se aplicarán de preferencia a las referidas secciones de la presente ley, en cuanto fueran mas favorables a los trabajadores”.

El artículo 21 del C.S. del T. se pronuncia en el mismo sentido. Por lo tanto, ninguna autoridad puede sustraerse a darle plena eficacia a dicho principio.

En la C-168/95 la Corte Constitucional dijo: “La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones;

la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad , ya que no le esta permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador” [21] .

(Resaltado fuera de texto). La misma C-168 de 1995 dijo sobre favorabilidad, en el tema de pensiones: “Y en punto a la aplicación del principio de favorabilidad en materia de régimen pensional, considera la Corte que esta es labor que incumbe al juez en cada caso concreto, pues es imposible, en juicios de constitucionalidad, confrontar la norma acusada que es genérica, con cada una de las distintas normas contempladas en los diferentes regímenes pensionales que antes de la vigencia de la ley 100 de 1993 existían en el sector privado y en el público, para establecer cuál resulta más favorable a determinado trabajador.” Desconocer la condición mas favorable afecta el debido proceso como lo ha señalado la Corte en la T-456/94, T-440/98, T-369/98, T-242/98, T-549/98, C-177/98, T-295/99, T-408/00 y T-1294/02.

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

III. DESCONOCER UN REGIMEN ESPECIAL BASADO EN EL REGIMEN DE TRANSICION, SIGNIFICA VIOLAR EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN CONEXIDAD CON EL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO Y CON LOS DERECHOS ADQUIRIDOS 12. Los regímenes especiales se respaldan en el régimen de transición La Constitución de 1991 consagró el derecho a la seguridad social y le trasladó al legislador el diseño del sistema. La ley 100 de 1993 estableció un sistema general de pensiones y al mismo tiempo permitió regímenes exceptuados y regímenes especiales. Estos últimos mantienen su vigencia en cuanto estén amparados por el régimen de transición que el artículo 36 de la mencionada ley estableció.

La sentencia T-235/02 precisó hasta cuando opera el régimen de transición y los regímenes especiales: “Si dentro de las Ramas y Entidades del Estado, reseñadas en el decreto 691/94 había sectores que tenían regímenes especiales, significa que éstos también fenecen al terminar el régimen de transición del artículo 36 de la ley 100/93, o sea el 30 de marzo de 2014 al cumplir 60 años los varones que el 1° de abril tenían 40 años de edad y al cumplir 55 años las mujeres que a tal fecha tenían 35 años de edad.

Hay que agregar que el decreto 691/94 estableció unas excepciones porque la norma no podía violar derechos adquiridos. Esas excepciones son las establecidas en los llamados regímenes exceptuados (artículo 279 Ley 100/93) y los establecidos en el artículo 28 del decreto 104/94, en el decreto 314/94 y en el decreto 1359/93 (parlamentarios y por extensión normativa a los Magistrados de la Corte Suprema, Consejo de Estado, Corte Constitucional, Consejo Superior de la Judicatura).” 13. El régimen de transición en materia pensional Se ha considerado que la situación de las personas que se van acercando por edad o tiempo de servicio a las contempladas en la ley para acceder a la pensión de vejez, no es la misma de aquellas que apenas inician una vida laboral, llevan pocos años de servicio o su edad está bastante lejos de la exigida. Estas situaciones de orden fáctico justifican un trato diferente. Por eso, en muchas legislaciones se permite un régimen de transición cuando se modifican las condiciones del derecho a la pensión.

Al régimen de transición se refirió la sentencia T-235/02: “ La sustitución de una norma por otra exige la necesidad de un régimen de transición. La existencia de normas transitorias es indispensable en la legislación sobre seguridad social en pensiones porque hay derechos en via de adquisición.

[22] Se trata de un derecho ex - lege porque nace de una norma que expresamente lo establece y que señala criterios razonables para gozar de la excepcionalidad.” Generalmente, el régimen de transición se traduce en la supervivencia de normas especiales favorables y preexistentes a una ley general de pensiones.

14. El régimen de transición consolida una situación jurídica concreta La sentencia T-235/02, proferida por la Sala Sexta de Revisión, dijo:

“ Una vez entre en vigencia la norma que establece el régimen transitorio, las personas que reúnen los requisitos para adquirirlo consolidan una situación jurídica concreta que no puede ser menoscabada. Es además un auténtico derecho subjetivo que le da a su titular el derecho a que se le reconozca la prestación en las condiciones establecidas en la normatividad anterior y a acudir ante la jurisdicción en caso de incumplimiento.

Como además los derechos provenientes de la seguridad social son irrenunciables, (artículos 48 y 53 C.P.), con mayor razón se requiere un régimen de transición.” 15. En la ley 100 de 1993 se estableció de manera general el régimen de transición El artículo 36 de la ley 100 de 1993 estableció una excepción a la aplicación universal del sistema de seguridad social en pensiones [23] .

Esa excepción es para quienes el 1° de abril de 1994 hayan tenido 35 años si son mujeres o 40 años si son hombres o 15 años o más de servicios o de tiempo cotizado; a ellos se les aplicará lo establecido en el régimen anterior a la ley 100, en cuanto al tiempo de servicio, número de semanas cotizadas y el monto de la pensión.

[24] . El artículo 36 de la ley 100 de 1993 es una norma de orden público, desarrolla el principio de favorabilidad reconocido en el artículo 53 de la Constitución que penetra en todo el ordenamiento laboral por ser su hilo conductor. Además, la ley 100 art. 11, también establece el principio de favorabilidad.

Surge un derecho adquirido para acogerse al régimen de transición dijo la sentencia T-534/01 [25] : “Por otra parte, el respeto de los derechos adquiridos con base en regímenes pensionales anteriores está previsto en el inciso final del artículo 36, el cual establece que quienes a la fecha de vigencia de la Ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez de acuerdo a normas favorables anteriores, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos.

Como puede advertirse, entonces, en este momento coexisten varios regímenes pensionales solidarios de prima media con prestación definida. La regla general establecida en el artículo 33 de la Ley 100, el régimen de transición establecido en el artículo 36, los regímenes excepcionales previstos en el artículo 279 y en otras disposiciones y los derechos adquiridos con base en regímenes pensionales anteriores. “ 16. El régimen de transición también esta consagrado para los servidores públicos que están en el régimen de prima media con prestación definida El régimen general de pensiones, establecido en la ley 100 de 1993, tiene como excepciones a los regímenes exceptuados y a los regímenes especiales. No se puede confundir exceptuados con especiales. Los primeros están expresamente señalados en la ley 100 de 1993 y los segundos no aparecen especificados en la ley 100/93, sino que se sustentan en normatividad anterior a la mencionada ley.

Tratándose de los servidores del Estado, salvo el caso de los exceptuados por el artículo 279 de la ley 100 de 1993, la regla es el traslado al régimen general de pensiones.

El artículo 273 de la ley 100 de 1993, al determinar el régimen aplicable a los servidores públicos dijo que se podrán incorporar “respetando los derechos adquiridos a los servidores públicos, aún a los congresistas, al sistema general de pensiones y al sistema general de seguridad social en salud”.

El decreto 691 de 1994 incorporó al sistema general de pensiones previsto en la ley 100 de 1993 a los funcionarios de la rama ejecutiva, nacional, departamental, municipal, a los servidores públicos del Congreso, a la rama judicial, Ministerio

Público, Fiscalía, Contraloría, Organización Electoral. E indicó, que para ellos la vigencia del sistema general de pensiones comenzó a regir, en el orden nacional, el 1° de abril de 1994.

Sin embargo, el decreto citado reiteró que hay un régimen de transición, que por lo tanto se torna intocable. Artículo 4° del decreto 691 de 1994:

” Los servidores públicos que seleccionen el régimen de prima media con prestación definida, estarán sujetos al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y demás disposiciones que lo reglamentan”.

Una de esas disposiciones que lo reglamentan es el decreto 2527 de 2000 artículo 4° (se analizará posteriormente). 17. Existencia de regímenes especiales No solamente en Colombia sino en muchos Estados existen regímenes especiales. En España, por ejemplo, existen numerosos regímenes especiales, la Ley de seguridad social presenta una lista abierta, que puede ser ampliada. Están los regímenes especiales para los trabajadores agrícolas, los trabajadores del mar, los trabajadores autónomos, los funcionarios públicos civiles y militares, los empleados de hogar, los estudiantes, y se permite que el Ministerio de Trabajo determine otros regímenes especiales [26] .

En cuanto a los regímenes especiales, nuestra jurisprudencia, en la sentencia C-608/99 expresó: "Ha sostenido esta Corte que el legislador, mientras no desconozca postulados o disposiciones constitucionales, goza de atribuciones suficientes para estructurar regímenes generales y especiales en materia salarial y prestacional”.

[27] La sentencia C-461/95 [28] analizó que los regímenes especiales no atentan contra el derecho a la igualdad: ".... el establecimiento de regímenes pensionales especiales, como aquellos señalados en el artículo 279 de la Ley 100, que garanticen en relación con el régimen pensional, un nivel de protección igual o superior, resultan conformes a la Constitución, como quiera que el tratamiento diferenciado lejos de ser discriminatorio, favorece a los trabajadores a los que cobija”.

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

18. Régimen especial creado para la Rama Judicial y el Ministerio Público Dentro de los varios regímenes especiales está el de la rama judicial y el ministerio público.

18.1. Los antecedentes de este régimen especial son los siguientes: a. La ley 22 de 1942 estableció un régimen especial que tenía estas modalidades: la pensión equivalía a la mitad del sueldo mayor que hubiere devengado el funcionario en propiedad durante un año por lo menos, el límite máximo era de $250.oo, se requerían 20 años de servicio en cualquier puesto del estado y sesenta años de edad; pero si carecía de renta y de capacidad de trabajo se concedía a los 50 años y eran los Tribunales Superiores quienes reconocían la pensión, inclusive las correspondientes a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

b. El decreto 902 de 1969 anunció que se iría a dictar un régimen especial para la Rama Jurisdiccional y el Ministerio Público y señaló desde aquél entonces que la pensión “ se liquidará con base en el mayor sueldo devengado en el último año, y sin límite de cuantía” (artículo 4°, in fine).

Es importante indicar lo que dijo el artículo 1° de dicho decreto: “ Mientras se establece el régimen especial de seguridad social para los funcionarios de la rama jurisdiccional y del ministerio público, prevenido en el numeral 5° del artículo 20 de la ley16 de 1968, serán aplicables a ellos las disposiciones del decreto extraordinario # 3135 de 26 de diciembre de 1968, en cuanto sean compatibles con la situación propia de tales empleados”.

Es decir que por mandato del legislador (ley 16 de 1968) y del propio ejecutivo (decreto 902 de 1969) se determinó que habría un régimen especial para los funcionarios de la rama jurisdiccional y del ministerio público [29] 18.2. Régimen

especial vigente:

El régimen especial vigente para la Rama Jurisdiccional y el Ministerio Público es el establecido en el decreto 546 de 1971. El mencionado decreto contempla: vacaciones judiciales, pensiones, riesgos profesionales, asistencia por maternidad, cesantía, auxilio funerario, prestaciones médicas, aportes, plan habitacional, revisión de sueldos y pensiones, para funcionarios de la Rama Judicial y del Ministerio Público.

Su artículo 1° indica: " Los funcionarios y empleados de la rama jurisdiccional y del ministerio público tendrán derecho a las garantías sociales y económicas en la forma y términos que establece el presente decreto".

En cuanto a la pensión, el mencionado decreto, artículo 6°, señala lo siguiente: "Los funcionarios y empleados a que se refiere este decreto tendrán derecho, al llegar a los cincuenta y cinco años de edad si son hombres o de cincuenta si son mujeres, y al cumplir veinte años de servicios continuos o discontinuos anteriores o posteriores a la vigencia de este decreto, de los cuales por lo menos diez lo hayan sido exclusivamente a la rama jurisdiccional o al ministerio público, o a ambas actividades, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual mas elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas" .

El citado decreto 546/71 fue reglamentado por el decreto 1660 de 1978, que en lo pertinente dice: " Artículo 132. Los funcionarios y empleados tendrán derecho, al llegar a los cincuenta y cinco años de edad , si son hombres y de cincuenta si son mujeres, y cumplir veinte años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto, de los cuales por lo menos diez lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional, al Ministerio Público o a las Direcciones de Instrucción Criminal, o a las tres actividades, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual mas elevada que hubieren devengado en el último año de servicio en las actividades citadas".

Y para que no quedara duda alguna sobre la base de la liquidación, el artículo 133 del citado decreto 1660/78 precisó: " Si el tiempo de servicio exigido en el artículo precedente se hubiere prestado en la Rama Jurisdiccional, en el Ministerio Público o en las Direcciones de Instrucción Criminal en lapso menor de diez años, la pensión de jubilación se liquidará en la forma ordinaria establecida para los empleados de la Rama Ejecutiva"..

Es de agregar que existieron normas que mantuvieron la vigencia del régimen especial, antes de expedirse la ley 100 de 1993: La ley 33 de 1985 reguló el tema de las pensiones de los empleados oficiales. Sin embargo, el inciso 2° del artículo 1° estableció:

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

Con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 se expidió la ley 4ª de 1992 sobre régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, dentro de ellos los de la rama judicial y el ministerio público. El artículo 2° de dicha ley reafirma la protección a los regímenes especiales. Dice la norma, en lo pertinente:

Artículo 2°. Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el gobierno nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

a.El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales;" (resaltado fuera de texto).

En forma terminante el artículo 10 de la ley 4 de 1992 establece: " Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente ley o en los decretos que dicte el gobierno nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos".

18.3. La ley 100 de 1993, al establecer el régimen de transición, mantuvo los regímenes especiales y, concretamente para el caso de estudio, el establecido en el decreto 546 de 1971 Ya se ha indicado en el texto de este fallo que la ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición y que el artículo 4° del decreto 691 de 1994 precisó que los servidores públicos que escojan para su pensión de vejez el régimen de prima media con prestación definida, estarán sujetos al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y demás disposiciones que lo reglamentan.

Por lo tanto, está vigente el decreto 546 de 1971 para los funcionarios de la Rama Jurisdiccional y el Ministerio Público que queden cobijados por el régimen de transición. Así lo han reconocido, entre otras, las sentencias 470/02 y 189/01.

Es necesario aclarar que por determinación legal, los magistrados titulares de las Altas Cortes, aunque inicialmente estaban cobijados por el régimen especial del decreto 546/71, después fueron asimilados, para efectos pensionales, a los Parlamentarios. Para ellos la mencionada ley 4ª de 1992 estableció:

“Artículo 17. El gobierno nacional establecerá un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas para los Representantes y Senadores. Aquéllas y éstas no podrán ser inferiores al 75% del ingreso mensual promedio que, durante el último año y que por todo concepto, perciba el Congresista y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal.

Parágrafo. La liquidación de pensiones, reajustes y sustituciones se harán teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen los Representantes y Senadores en la fecha en que se decrete la jubilación, el reajuste o la sustitución respectiva”.

A este respecto, la T-235/02 dijo lo siguiente: “ Sea de advertir que los Magistrados de las Altas Cortes se ubicaban en el régimen especial contemplado en el decreto 546/71. Según él, diez años al servicio de la Rama o del Ministerio Público permiten invocar el régimen especial para funcionarios judiciales. Posteriormente, mediante normas que están vigentes, el régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de los parlamentarios cobijó a los magistrados de las Altas Cortes.

Por consiguiente, si se invoca el régimen de transición, no se puede predicar única y exclusivamente respecto del decreto 546 de 1971, “Régimen de seguridad social de la rama jurisdiccional”. El régimen de transición incluye todas las normas que favorezcan, por el principio de favorabilidad, como por ejemplo la ley 4 de 1992, artículo 17, norma declarada constitucional por sentencia C-608/99 [30] , el decreto 1359/93, artículos 4° y siguientes, decreto 104/94 [31] que fueron anteriores a la entrada en vigencia de la ley 100/93 [32] .

En el caso de los magistrados de las Altas Cortes, la jurisprudencia constitucional ha reconocido el régimen de transición y el especial. [33] ” Perfectamente pueden todas las personas que están en régimen de transición, en el evento de que pudieren quedar cobijados por dos regímenes especiales, optar por el que prefieran porque así lo permite el artículo 4° del decreto 2527 de 2000 (reglamentario del artículo 36 de la ley 100 de 1993) ya que dicho artículo 4° dice en una de sus partes: “ sin perjuicio de que en todo caso conserve el derecho a acogerse a otro régimen general de transición cuando ello proceda, en los términos del inciso 2° del artículo 36 de la ley 100 de 1993” 19. El acto administrativo que resuelve sobre una pensión puede incurrir en vía de hecho;

un ejemplo: cuando no se da aplicación al régimen especial para la Rama Judicial y del Ministerio Público La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que es susceptible de tutela el acto administrativo que resuelve sobre una pensión, si en él se ha cometido una vía de hecho.

[34] En la Sentencia T- 567/99, se indicó cuando puede acontecer una vía de hecho: “La Corte ha considerado que una providencia judicial constituye una vía de hecho cuando (1) presente un grave defecto sustantivo, es decir, cuando se encuentre basada en una norma claramente inaplicable al caso concreto; (2) presente un flagrante defecto fáctico, esto es, cuando resulta evidente que el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es

absolutamente inadecuado; (3) presente un defecto orgánico protuberante, el cual se produce cuando el fallador carece por completo de competencia para resolver el asunto de que se trate; y, (4) presente un evidente defecto procedimental, es decir, cuando el juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite a determinadas cuestiones. En suma, una vía de hecho se produce cuando el juzgador, en forma arbitraria y con fundamento en su sola voluntad, actúa en franca y absoluta desconexión con la voluntad del ordenamiento jurídico." Se predica lo anterior también para el caso de via de hecho en actos administrativos. La Corte Constitucional en la T-827/99 señaló algunos eventos en los cuales ocurre vía de hecho en el trámite de las pensiones:

"Puede darse la vía de hecho , lo ha admitido esta Corte, si se forza arbitrariamente el ordenamiento jurídico, si se han quebrantado o se amenazan derechos constitucionales fundamentales (Sentencia T-765 /98).

Por otro aspecto, si se tiene en cuenta que hay derechos mínimos de los trabajadores, que no pueden disminuirse, ni son susceptibles de renuncia, ni es factible transigir sobre ellos, y que los jueces y los funcionarios administrativos no pueden soslayarlos, entonces, la violación de estos derechos y la no aplicación de la norma favorable en lo laboral es también vía de hecho.

Respecto de actos administrativos que tienen que ver con pensiones de funcionarios judiciales protegidos por el decreto 546/71, la sentencia T-470/02 [35] dijo al respecto:

"Por otra parte, en la resolución en que se le negó el derecho de pensión al accionante, se le reconoce que tiene derecho al régimen de transición, teniendo en cuenta que al 1 de abril de 1994, el actor contaba con más de 40 años de edad, pero descartó la aplicación de ese régimen que consagra el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, bajo el argumento de que el actor no cumple con el requisito de 20 años de servicio al Estado, pese a que el artículo 6° del Decreto 546 de 1971, pues dicha disposición establece: "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 20 años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este decreto, de los cuales por lo menos 10 lo hayan sido exclusivamente a la rama jurisdiccional o al ministerio público, o a ambas actividades, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas".

Así, frente a este texto legal, es claro entonces que se incurre también en una vía de hecho al hacer una exigencia no contemplada por el legislador, lo que resulta vulneratorio del debido proceso y del derecho a la seguridad social del actor".

En la T-470/02 se agregó lo siguiente: "Así las cosas y, teniendo en cuenta que los falladores de instancia fundamentaron sus decisiones negativas en la mencionada resolución, la Corte habrá de analizar si en su expedición hubo quebranto del debido proceso y, consecuencialmente, del derecho a la seguridad social cuya protección impetra el actor, como quiera que al juez constitucional en un Estado social de Derecho fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran (C.P. art. 1), le corresponde velar por la protección de los derechos fundamentales de las personas, en el evento de que puedan resultar vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular en los casos señalados en la ley." La sentencia T-470/02 analiza la vía de hecho así:

Del examen de la resolución mediante la cual se negó al actor el derecho a su pensión, observa la Corte que se incurrió en ostensible vía de hecho y en violación al debido proceso por parte del Instituto de Seguro Social, como quiera que esa entidad se abstuvo de sumar todo el tiempo de servicio laborado por el actor, quien acreditó haber laborado más de 10 años al servicio de la rama judicial, para solicitar, en consecuencia, su pensión de jubilación.

La citada sentencia consideró también que se “ desconoció el régimen de transición y en consecuencia el régimen especial que cobija a los funcionarios judiciales”.

La conclusión a la cual se llegó en el precedente judicial de la T-470/02 fue la siguiente: “Por lo tanto, se protegerá el derecho al debido proceso y a la seguridad social del actor .....todo con observancia del régimen jurídico específicamente aplicable al accionante.

Y la determinación de la Corte Constitucional fue la de que aunque la Resolución se encuentre en firme, cabe la tutela, y “ la Corte la dejará sin efecto por cuanto en ella se incurrió en una ostensible vía de hecho ” IV. VIOLAR EL REGIMEN ESPECIAL QUE SEÑALA EL MONTO DE LA MESADA PENSIONAL AFECTA EL DEBIDO PROCESO Y OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES Ya se indicó que el artículo 6° del decreto 465 de 1971 expresamente dice que el monto de la mesada pensional de quienes tienen derecho al régimen especial de la Rama Judicial y el Ministerio Público será el 75% del sueldo mayor mensual percibido durante el último año.

La disposición es clarísima y no admite discusión alguna. Así lo ha entendido el Consejo Superior de la Judicatura en los fallos de tutela mencionados en la presente sentencia y también lo ha señalado la jurisdicción contencioso administrativa (entre otras sentencias de la Sección Segunda : las de 11 de octubre de 1994 [36] , 18 de marzo de 1999 [37] , 8 de junio de 2000 [38]).

En el presente caso, el motivo que se aduce por la Caja Nacional de Previsión Social para no cumplir la norma y por ende afectar los derechos del aspirante a pensionado es el siguiente: que una cosa es el monto de la mesada y otra muy diferente la base para liquidar la pensión. Esta opinión no tiene respaldo jurídico como se analizará a continuación:

20. La base y el porcentaje son dos componentes inseparables que condicionan el importe de una pensión El monto de la pensión se calcula sobre una base y de allí se saca un porcentaje. No se puede entender el uno sin el otro.

Esa base, en la teoría de la seguridad social, se denomina indistintamente como base reguladora, haber regulador, salario jubilatorio o haber jubilatorio.

La ley puede fijar el promedio para la base regulatoria de maneras diferentes. Lo fundamental es que cuando el promedio corresponda a un promedio reducido se suele tomar lo ingresado, y, si la base regulatoria es amplia, se actualiza según como evolucionen los precios o los salarios.

La ley 100 de 1993 estableció la base regulatoria para el régimen ordinario de las pensiones, bajo la denominación de Ingreso Base de Liquidación. Señaló que se liquidará teniendo en cuenta “ el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante diez años anteriores al reconocimiento de la pensión..” (artículo 21).

Pero, tratándose de regímenes especiales, se tendrá en cuenta la base reguladora y el porcentaje que señalen específicamente tales regímenes.

Es imposible desvertebrar el efecto de la causa y por consiguiente no se puede afirmar, como en el caso que motiva la presente tutela, que el porcentaje es el del régimen especial del decreto 546/71 y la base reguladora es la señalada en la ley 100 de 1993. Por lo tanto, el ingreso base de liquidación (ILB) fijado en el inciso 3° del artículo 36 de la ley 100 de 1993 solo tiene aplicación específicamente para lo allí indicado y en el evento de que en el régimen especial se hubiere omitido el señalamiento de la base reguladora.

Si un funcionario o exfuncionario judicial o del Ministerio Público reúne los requisitos para gozar del régimen especial se aplicará en su integridad el artículo 6° del decreto 546/71, luego no se puede tasar el monto de acuerdo con la ley 100 de 1993.

Hacer lo contrario es afectar la inescindibilidad de la norma jurídica. Además, el inciso segundo del artículo 36 de la ley 100 de 1993, que establece el régimen de transición expresamente cobija " el monto de la pensión de vejez" y el monto significa una operación aritmética de un porcentaje sobre una base reguladora expresamente fijada en el artículo 6° del decreto 546/71 .

Por otro aspecto, es importante aclarar dos aspectos: a. La parte final del inciso 2° del artículo 36 de la ley 100 de 1993 reza: " Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley".

Este párrafo es esgrimido por la Caja Nacional de Previsión para justificar la afectación al derecho de quien instauró la tutela. No es jurídicamente aceptable esta argumentación. En primer lugar, la frase se refiere a las "demás condiciones y requisitos" luego no puede incluir al monto de la pensión que ya fue fijado por el decreto 546/71; en segundo lugar, el párrafo hace referencia a "acceder a la pensión" es decir a condiciones y requisitos para tener derecho a la pensión no para el monto de la mesada; y, en tercer lugar, el decreto 2527 de 2000 expresamente suprimió tal párrafo, en efecto el artículo 4° de dicho decreto que reglamenta el régimen de transición, dice: " Conservación de beneficios del régimen de transición. De conformidad con el inciso segundo del artículo 36 de la ley 100 de 1993, la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema general de pensiones tenían las edades o el tiempo de servicio o de cotización previsto en dicha disposición, serán las establecidas en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados. Para efectos de determinar el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicios, en los regímenes de transición previstos en el segundo inciso del artículo 36 de la ley 100 de 1993, sólo se sumarán los tiempos de servicios o el número de semanas cotizadas en distintas entidades cuando así lo haya previsto el régimen de transición que se aplique".

Como se aprecia, no se incluyó en la nueva norma la parte que invoca la Caja Nacional de Previsión Social. b. Ya se indicó que la ley 100 de 1993 dice que en el régimen ordinario el promedio para la mesada se calcula sobre lo recibido en los últimos diez años. Pero, puede haber dos circunstancias excepcionales: i) cuando un régimen especial, dentro del régimen de transición, específicamente fija la base reguladora y el promedio; que es el caso de los funcionarios de la Rama Jurisdiccional y el Ministerio Público;

y, por consiguiente, se aplica lo que indique la norma del régimen especial: Y, ii) cuando un régimen especial, (que no es la situación para los empleados de la rama jurisdiccional) no fija ni la base reguladora ni el promedio, evento en el cual se tiene en cuenta el inciso 3° del artículo 36 de dicha ley: " El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE".

Para clarificar aún mas lo expuesto anteriormente se tendrá en cuenta lo que se señala a continuación. 21. La base reguladora está en relación directa con el salario que se devengue en el período determinado por el régimen especial [39] Es de la esencia de las pensiones, su íntima relación con el salario devengado por el aspirante a pensionado. En la legislación anterior a la ley 100 de 1993, no existía la menor duda sobre la relación directa entre salario y pensión. La ley 1ª de 1932 estableció una escala móvil según el sueldo. La ley 6ª de 1945 estableció las dos terceras partes " del promedio de sueldos o jornales devengados".

El Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 260, establecía como monto de la mesada el 75% " del promedio de salarios devengados en el último año de servicios".

Para los funcionarios del Estado, el artículo 27 del decreto 3135 de 1968 señaló medida idéntica. El decreto 1848 de 1969 clarifica que el porcentaje es sobre salarios y primas de toda especie. La ley 33 de 1985 mantiene el 75% “ del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios”.

La ley 100 de 1993, artículo 18 expresamente indica que la base de cotización será el salario mensual. En la misma ley se establecieron dos regímenes, uno de ellos, el de régimen de ahorro individual con solidaridad tiene relación con el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, mientras que el régimen solidario de prima media con prestación definida, se tiene en cuenta el “ ingreso base de liquidación”.

Ese ingreso, en el régimen de prima media con prestación definida, es el salario realmente devengado (T-865/99, SU-430/98, T-971/01, C-179/97).

La sentencia T-1016/2000 [40] señaló: “La jurisprudencia ha sido enfática en tener en consideración el salario del trabajador o del extrabajador como elemento informante de la cuantificación de la mesada. “Conocido es el aforismo de que lo accesorio sigue a lo principal. El salario es factor esencial para el reconocimiento de la pensión, luego su tasación es imprescriptible como lo es el derecho mismo a la pensión, y por lo tanto cualquier factor salarial que se hubiere omitido al determinar el sueldo básico para la liquidación de la prestación puede reclamarse en cualquier tiempo” (sentencia del 23 de marzo de 1979 del Consejo de Estado, M.P. Ignacio Reyes Posada. En el mismo sentido otra sentencia del 2 de marzo de 1979). “ Es decir que el salario o sueldo es la base para liquidar la pensión y la norma precisará si para la liquidación se toma en cuenta un mes, o el promedio de un año, o diez años o cualquier otro lapso temporal.

22. Señalamiento del porcentaje de la pensión No sobra repetir que es la norma la que fija la cuantía de una mesada y por supuesto la forma de liquidarla. Para esto se tiene en cuenta el salario, el período, el porcentaje e inclusive topes máximos [41] y mínimos. Puede establecerse normativamente un tratamiento diferenciado en materia de monto para la pensión. La sentencia C-155/97 estableció que ese procedimiento es constitucional.

Actualmente, el régimen de prima media con prestación definida, permite a los afiliados o sus beneficiarios, obtener pensiones de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, cuando se cumplen los requisitos establecidos por la ley. En este régimen, los artículos 34 y 35 de la ley 100 establecen los valores máximos y mínimos para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez, así:

Artículo 34, inciso final: "El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente."

En el parágrafo 3o. del artículo 18 de la ley 100, se autorizó al Gobierno Nacional para limitar el monto de la pensión, en el régimen solidario de prima media con prestación definida, a veinte (20) salarios mínimos .

La C-089/97 dijo al respecto: “ De esta manera, tenemos que los límites máximos de las pensiones de vejez y jubilación, son los siguientes: 1) Las pensiones causadas y reconocidas antes de la vigencia de la ley 100 de 1993, tenían como límite máximo el 75% de la base de liquidación, sin que la pensión mensual sobrepasara los quince (15) salarios mínimos, salvo lo estipulado en laudos arbitrales, pactos colectivos y convenciones colectivas, casos en los que estos montos podrían ser distintos.

2) Las pensiones causadas y reconocidas en vigencia de la ley 100 tienen como límite superior el 85% del ingreso base de liquidación, sin que el monto de la pensión mensual exceda de veinte (20) salarios mínimos legales.

3) Por su parte, la ley 4a. de 1992, ley marco que fija el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso y de la fuerza pública, establece, en relación con los congresistas, que el monto de la pensión no

podrá ser inferior al 75% del ingreso mensual promedio que, durante el último año, y por todo concepto, devenguen. Esta ley no fijó un máximo para las pensiones de los Congresistas.

Por otro aspecto, el artículo 35 de la ley 100 de 1993 en su primero inciso estableció: “ El monto mensual de la pensión mínima de vejez o jubilación no podrá ser inferior al valor del salario mínimo legal mensual vigente”.

No obstante que la norma se refiere a la pensión mínima, el parágrafo del artículo 35 de la ley 100 de 1993, establecía: " Las pensiones de jubilación reconocidas con posterioridad a la vigencia de la ley 4a. de 1992 no estarán sujetas al límite establecido por el artículo 2o. de la ley 71 de 1988, que por esta ley se modifica, salvo en los regímenes e instituciones excepcionadas (sic) en el artículo 279 de esta ley.

" (la parte subrayada fue acusada). La C-089/97 decidió: “Primero. Declárase INEXEQUIBLE la expresión "salvo en los regímenes e instituciones excepcionadas (sic) en el artículo 279 de esta ley", contenida en el parágrafo del artículo 35 de la ley 100 de 1993.

Segundo. Esta sentencia tendrá efectos hacia el futuro. Es decir, aquellos pensionados que resulten beneficiados, en abstracto, con la declaración de inexequibilidad, podrán solicitar que se les aplique el beneficio que establece el parágrafo del artículo 35 de la ley 100 de 1993, a partir de la notificación de esta sentencia, y el derecho al reajuste sólo se causará desde el día en que se presente la solicitud correspondiente.” La mencionada sentencia dijo en uno de sus considerandos:

“ 5o. El legislador podía establecer válidamente que los pensionados a quienes se les reconociera la pensión en determinada época, no quedarían sujetos al límite de los quince (15) salarios mínimos que establecía el artículo 2o. de la ley 71 de 1988, variando en su favor una situación ya consolidada. No existe ninguna razón de orden constitucional que le impida al legislador variar la situación jurídica de los destinatarios de una norma, siempre que esa decisión no implique el desconocimiento de derechos adquiridos (artículo 58 de la Constitución).” Por consiguiente, sobre el tope de la mesada, la misma sentencia C-089/97 dice:

“ Sin embargo, ha de entenderse que el límite que establece la ley 100 de 1993, será el límite máximo al que podrán aspirar los pensionados que se benefician con la prerrogativa que señala el parágrafo del artículo 35, es decir, los veinte (20) salarios mínimos, salvo si el régimen pensional al que están sometidos establece un límite mayor a éste .

Una interpretación diferente, conduciría a la existencia de un grupo de pensionados privilegiados, excluídos de los límites máximos que la ley ha previsto para el reconocimiento y valor de las pensiones.

Es síntesis, los pensionados de los regímenes especiales cuyo sistema pensional fije un límite máximo, superior al que consagra la ley 100 de 1993, no estarán sujetos a éste, pues la ley 100 no se les puede aplicar. Por el contrario, si esos límites son inferiores, tienen derecho a solicitar la aplicación de la ley de seguridad social, por ser más favorable a sus intereses.

Así las cosas, para evitar interpretaciones que desconozcan los derechos de los pensionados de los regímenes especiales, a los que se refiere el aparte acusado, la Corte declarará su inexequibilidad.

De todo lo anterior se colige que para la liquidación de la mesada, después de la ley 100 de 1993, se tendrá en cuenta el régimen especial y el principio de favorabilidad, en todos sus aspectos.

23. Si quien liquida una pensión no toma el porcentaje de la base reguladora que figura en un régimen especial, se incurre en vía de hecho y se viola el debido proceso y además los derechos a la vida digna, el trabajo, la seguridad social y la garantía a los derechos adquiridos Se incurre en vía de hecho cuando la actuación de una autoridad pública carece de fundamento objetivo, obedece a motivaciones internas y tiene como consecuencia la violación de derechos fundamentales, especialmente el del debido proceso. Una conducta de éstas desconoce la primacía de los derechos

inalienables de la persona (artículo 5), la prevalencia del derecho sustancial (artículo 228) y por consiguiente, el juez de tutela debe proceder a la defensa de los derechos fundamentales vulnerados (T-79/93).

Las entidades encargadas del reconocimiento de una pensión de jubilación o vejez, se encuentran obligadas constitucionalmente a garantizar en el trámite y reconocimiento de las pensiones, los derechos mínimos de los trabajadores consagrados en el artículo 53 de la Constitución, los cuales, como lo ha establecido esta Corte, son inalienables, irrenunciables, no pueden ser disminuidos, ni se puede transigir sobre ellos "y se imponen inclusive al legislador y desde luego a los jueces y a los funcionarios administrativos".

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

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

La misma situación ocurre si se afectan derechos fundamentales por aplicaciones recortadas de dicho régimen especial. Pero no solamente se viola el derecho fundamental al debido proceso cuando por una inaplicación del régimen especial se hace una liquidación equivocada de la mesada pensional.

En la T-189/01 [42] , se concedió la tutela porque el peticionario tenía derecho al régimen especial de los funcionarios de la rama jurisdiccional y el ministerio público ya que " trabajó mas de diez años al servicio de la rama jurisdiccional".

Se ordenó que se liquidara según el decreto 546/71. El fallo cita las siguientes sentencias del Consejo de Estado en este aspecto de la correcta liquidación: 2 de noviembre de 1977, 28 de octubre de 1993, 10 de abril de 1993, 2 de octubre de 1996, 8 de mayo de 1997. Dentro de la argumentación del citado fallo T-189/01 se resalta lo siguiente:

"Así las cosas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1º, 6º y 8º del Decreto ley 546 de 19717, la mesada pensional del actor debió liquidarse sobre la asignación mensual más elevada, devengada durante el último año de servicios y ser equivalente al 75% de dicha asignación, porque él trabajó durante más de 10 años al servicio de la Rama Judicial y tal era la previsión legal cuando reunió los requisitos de tiempo y edad que lo hicieron acreedor al derecho.

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

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

Asimismo, cuando en materia laboral se requiere una aplicación analógica, de conformidad con lo ordenado por el artículo 53 de la Constitución Política, debe acudirse a en auxilio de disposiciones favorables al trabajador, que para el caso serían las Leyes 332 de 1996 y 476 de 1997, en cuanto disponen tener en cuenta la prima especial como factor de liquidación pensional, y no elegir aquellas que desmejoran su situación. Sin embargo, como los artículos 1º y 6º del Decreto ley 546 de 1971, disponen que los funcionarios y empleados de la "rama jurisdiccional y del Ministerio Público"

tendrán derecho a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación, i) “al llegar a los 55 años de edad si son hombres (..)” “y cumplir veinte (20) años de servicio continuos o discontinuos anteriores o posteriores a la vigencia de este decreto de los cuales por lo menos diez lo hayan sido exclusivamente en la rama jurisdiccional o al Ministerio Público, o a ambas actividades” ii) “equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas.” Y el artículo 8°-también aplicable al actor, porque debió forzosamente retirarse del servicio por la edad alcanzada- no solo repite el porcentaje de liquidación y la suma sobre la cual debe aplicarse, sino que aclara que la suma a liquidar no estará sujeta a límite de cuantía, tal aplicación analógica no es procedente por innecesaria.” Significa lo anterior que una incorrecta liquidación de una pensión puede violar los derechos al debido proceso, al trabajo, a la seguridad social, a la vida digna y la garantía a los derechos adquiridos.

V. EL MINIMO VITAL Y EL DERECHO AL DESCANSO Para instaurar la tutela no se requiere necesariamente que se afecte el mínimo vital. Pero como en el presente caso los fallos de instancia se refieren al mínimo vital, se torna indispensable hacer un análisis respecto a si un empleado, cuando está en ejercicio de su cargo puede solicitar la pensión, y acudir a la tutela si decretada aquella se ha violado en la Resolución un derecho fundamental.

La sentencia T-1284/01 [43] dijo: En el presente caso, a pesar de que el actor continúa trabajando, procede la tutela para la protección de su derecho a la seguridad social, por conexidad con el mínimo vital, pues resultaría absurdo que para efectos de la protección del derecho a la seguridad social ante omisiones de la administración a través de la acción de tutela, tuviera el actor que desvincularse, sustraerse de toda fuente económica para garantizar su subsistencia y la de su familia, y entonces si, solicitar el amparo constitucional. Si bien no es clara una vulneración de estos derechos en las circunstancias del caso, si lo es la existencia de una amenaza directa y presente.

El actor en este caso ya no quiere (desde febrero de 2000 solicitó su pensión de vejez [44]) y, además, no tiene que seguir trabajando. Sin embargo, ha seguido laborando para suplir las deficiencias en el sistema de información del Instituto de Seguros Sociales.

Dice, además, la T-1284/01: “En el caso presente, si bien es cierto que el actor no argumentó la afectación del mínimo vital, esta Sala estima que, por tratarse de un hombre que supera la edad para pensionarse, se presume que el derecho de pensión guarda conexidad con el derecho al mínimo vital, para efectos de admitir la procedibilidad de la tutela como el mecanismo para la protección de los derechos del actor.

En este orden de ideas, debe ser claro entonces que el Estado no puede trasladar al actor las consecuencias de la ineficiencia de las entidades. Así, independientemente del tipo de problema que haya obstaculizado el reconocimiento a la pensión del señor Flórez Páez, “el cumplimiento de los compromisos laborales y pensionales por parte de entidades estatales...debe regirse por los principios de eficacia y eficiencia consagrados en el artículo 209 de la Carta. (Ya que) la función pública debe ajustarse al cumplimiento de estos dos principios, los cuales son, a la vez, pautas de comportamiento de la administración dentro del Estado Social de Derecho y mecanismos para desarrollar los fines esenciales del Estado.

[45] ” Reiterando lo dicho en la sentencia anterior, en la T-055 de 2002 se dijo: “En lo referente al mínimo vital del Señor Villamizar Pavón, advierte la Sala que el caso presente es similar al que dio origen a la Sentencia T-1284/01 [46] . En ambos casos, el actor no argumenta la afectación del mínimo vital y, en contravía de su voluntad, continua trabajando para asegurar su subsistencia a pesar de padecer dolencias físicas. Al respecto la Corte expresó:

(…) por una parte, (...) la Corte presume que se afecta el mínimo vital -cuando se incumple el pago de pensión respecto de una persona de la tercera edad. Y por otra , significa que se entiende que la pensión -en el caso de quienes tienen edad para jubilarse - es el reemplazo del salario que se devengaba para vivir cuando se tenía la fuerza, la edad y la capacidad

laboral. En el presente caso, a pesar de que el actor continúa trabajando, procede la tutela para la protección de su derecho a la seguridad social por conexidad con el mínimo vital, pues resultaría absurdo que para efectos de la protección del derecho a la seguridad social ante omisiones de la administración a través de la acción de tutela, tuviera el actor que desvincularse, sustraerse de toda fuente económica para garantizar su subsistencia y la de su familia, y entonces sí, solicitar el amparo constitucional .” En el caso que se analizó en la T-055/02 se concluyó diciendo que se protegía la seguridad social en conexidad con el derecho a la vida. Se dio esta explicación:

“Al subsumir el presente caso, la Sala observa que el actor, con sus requisitos cumplidos y estando en edad de pensionarse, ha continuado trabajando a pesar del deterioro de sus condiciones físicas, y su voluntad de jubilarse. En efecto, desde el momento en que solicitó su pensión, hasta el momento en que presentó la tutela, han transcurrido 23 meses en los que el actor ha continuado trabajando para subsistir cuando pudiere estar jubilado.” En la sentencia T-140/00 sobre mínimo vital se indicó:

“ c) El concepto de mínimo vital o “mínimo de condiciones decorosas de vida” [47] deriva del principio de dignidad humana y de los derechos al trabajo y a la igualdad de los trabajadores y de los pensionados. Sentencias T-011 de 1998, T-072 de 1998, T-384 de 1998 y T-365 de 1999, entre muchas otras.

d) La valoración del mínimo vital del pensionado no es una calificación objetiva, sino que depende de las situaciones concretas del accionante. Por consiguiente, el concepto de mínimo vital no se identifica con el monto de las sumas adeudadas o a “una valoración numérica de las necesidades biológicas mínimas por satisfacer para subsistir, sino con la apreciación material del valor de su trabajo” [48] De ahí pues que la jurisprudencia ha considerado que son factores importantes, pero no exclusivos, para su análisis, la edad del pensionado y la dependencia económica de la mesada pensional. Sentencias SU-995 de 1999 y T-011 de 1998.” La disminución de lo justo, en la liquidación de una pensión, afecta la calidad de vida del aspirante a pensionado, acostumbrado en su actividad laboral a recibir un salario que le ha permitido fijarse determinadas metas y compromisos. La sentencia T-439/00 indicó que el mínimo vital tiene una dimensión cualitativa y no cuantitativa.

Además, disminuir arbitrariamente el monto de una pensión es obligar a la persona a no retirarse del trabajo porque los ingresos salariales no tendrían la legal correspondencia con el ingreso pensional y esto afecta el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad del aspirante a jubilado y el derecho al descanso [49] .

Si un trabajador desea descansar y piensa que la jubilación a la cual tiene derecho le otorga el merecido reposo, no se puede obligarlo a que continúe laborando hasta la edad de retiro forzoso.

CASO CONCRETO 1. Planteamiento del problema El señor Hernando Duarte Chinchilla tiene derecho a su pensión. Como el 1° de abril de 1964 tenía mas de cuarenta años y además ha superado al servicio de la Rama Judicial los diez años exigidos por el artículo 6° del decreto 546 de 1971, se ha admitido hasta por la entidad demandada que el peticionario está favorecido por el régimen de transición y en tal condición se aplica para su caso particular el régimen especial indicado en el citado decreto.

No obstante lo dicho anteriormente, la Caja Nacional de Previsión no le aplica lo estipulado en el decreto 546 de 1971 en lo referente al sueldo base de liquidación (base regulatoria). Para la Caja, el punto de referencia es el promedio del sueldo devengado desde el 1° de abril de 1994 hasta el 30 de mayo de 2000.

De dónde sale que para liquidar una pensión de un funcionario de la Rama Jurisdiccional se tienen en cuenta seis años dos meses, como ha ocurrido en el caso del señor Duarte Chinchilla? No existe norma alguna que indique lo anterior. Por eso, esta última determinación es la que motiva la presente tutela y plantea el interrogante de si tal proceder viola derechos fundamentales y da lugar al amparo.

Los jueces de instancia, no analizaron el problema de fondo. Se limitaron a examinar la procedibilidad de la acción de tutela. Según ellos no hay perjuicio irremediable que justifique la prosperidad de la tutela como mecanismo transitorio porque el peticionario desempeña aún el cargo de Magistrado del Tribunal Contencioso Administrativo del Atlántico. En el presente fallo se definirá no solo lo referente a si es procedente o no la tutela, sino el tema principal: si se violaron o no derechos fundamentales con el proceder de la Caja Nacional de Previsión.

2. Análisis de la argumentación de las sentencias que se revisan Esta Sala de Revisión reitera la ya mencionada jurisprudencia de la Corte según la cual para que se afecte el mínimo vital no tiene que haberse renunciado previamente al cargo. Se puede alegar la afectación al mínimo vital cuando existe la amenaza de afectación y esto acontece al pasar de trabajador activo a pasivo. Por consiguiente, no es argumento válido decir que el mínimo vital solo se vulnera cuando el peticionario se quede sin trabajo.

Tampoco es argumento el de excluir a los Magistrados de Tribunal como personas que pueden invocar la violación al mínimo vital, como se afirma en sentencia de instancia. El peticionario no reclama para que su salario se le aumente, sino todo lo contrario, porque al dejar de recibirlo en su remplazo la pensión no corresponde al porcentaje sobre el salario. Por ello, se reitera en el presente fallo la jurisprudencia T-439/00, según la cual la calificación del mínimo vital es cualitativa y no cuantitativa. Actualmente, como trabajador activo, el señor Hernando Duarte Chinchilla tiene congrua subsistencia, pero cuando deje de trabajar la situación amenaza ser completamente distinta, si se mantiene la mesada que se le ha fijado.

En el presente caso hay pruebas de que evidentemente el peticionario requiere de una mesada pensional en correspondencia legal con su salario, para que su calidad de vida no se afecte. Debe sostener a sus hijos en la universidad, pagar hipoteca, los servicios públicos y el sostenimiento propios del estrato social de un magistrado de la República. Hoy, el salario de un magistrado es de $7’961.261 y al peticionario se le reconoce como mesada pensional la suma de $ 3’574.637,76, es decir, el 45%, cuando la norma legal ordena el 75% . Es palpable la afectación al mínimo vital.

Además, un error fáctico de esta categoría es una indudable vía de hecho que afecta el debido proceso que es un derecho fundamental y para su prosperidad no se requiere que quien lo invoque tenga que demostrar que se vulnera su mínimo vital, por cuanto basta con la demostración de que se violó el derecho fundamental consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política.

3. Violación de derechos fundamentales del accionante Se ha indicado en los razonamientos consignados en el presente fallo que existe un régimen especial para la Rama Judicial, en materia pensional. Se ha hecho referencia en esta sentencia a la normatividad que permite su vigencia, a la jurisprudencia constitucional y del Consejo de Estado que respalda la aplicación de dicho régimen en el caso de que el aspirante a pensionado también esté ubicado dentro del régimen de transición. Es mas, la propia Caja Nacional de Previsión no pone en tela de juicio la existencia de dicho régimen especial y, en el caso que ha dado lugar a la presente tutela, expresamente reconoce que el peticionario goza del régimen de transición y del régimen especial para la Rama Judicial y el Ministerio Público.

Entonces, por qué la entidad demandada aplica de manera incompleta el régimen especial, si el artículo 6° del decreto 546 de 1971 no admite la menor duda de que la base regulatoria es el sueldo mayor mensual percibido durante el último año de servicios del funcionario de la Rama Jurisdiccional? La Caja Nacional de Previsión, en escrito de folios 119 a 125 del cuaderno principal, explica que ello se debe a un “ oficio suscrito por la doctora Liliana Sarmiento Martínez, Superintendente Delegado para Entidades Administradoras de Pensiones y Cesantías, de fecha 19 de enero de 1998, en respuesta a la consulta formulada por el Jefe de la Oficina Jurídica de Cajanal de fecha 15 de agosto de 1997”.

Dicha profesional opina sobre el régimen de transición de los funcionarios de la rama jurisdiccional y del ministerio público: “ Como se puede apreciar la disposición transcrita (se refiere al artículo 6° del decreto 546 de 1971) contiene los siguientes elementos: a) la edad para acceder a la pensión de jubilación (50 o 55 años, según se trate de una mujer o de un hombre), b) el tiempo de servicio (20 años continuos o discontinuos, con la calificación específica señalada en la norma), c) el monto de la pensión (75%) y d) el ingreso que servía de base para liquidar la pensión (la asignación mas elevada que hubiere devengado en el último año de servicio como funcionario de la rama jurisdiccional o del ministerio publico). De los citados elementos, como se ha venido exponiendo, únicamente los tres primeros constituyen beneficios del régimen de transición. En consecuencia, si bien el monto de la pensión de los funcionarios de la rama jurisdiccional y del ministerio público se mantiene en el 75%, el ingreso base de liquidación se determinará en la forma indicada en la ley 100 de 1993, artículo 36, inciso tercero, y no tomando ‘la asignación mensual mas elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas’ como se menciona que lo ha venido haciendo esa Caja”.

El anterior concepto es la explicación que la Coordinadora del Grupo de Prestaciones Económicas y el Jefe de la Oficina Jurídica dan al juez de tutela, en el presente caso (oficio OJ-0112 de 22 de enero de 2002).

Se aprecia que la Caja venía reconociendo a los funcionarios de la Rama judicial, cobijados por el régimen de transición, el beneficio del régimen especial en todo su contenido. Pero, al parecer, debido al referido concepto, cambió de conducta la Caja Nacional de Previsión y dejando de lado las normas jurídicas y las jurisprudencias, acató la opinión de una funcionaria de la Superintendencia Bancaria.

Para resolver se analizará si este proceder viola los derechos fundamentales del tutelante. a. Es indudable que el artículo 6° del decreto 546 de 1971 no ha sido derogado ni en todo ni en parte, luego es inexplicable que la parte final del mismo se inaplique. El Consejo de Estado no ha declarado nula la mencionada disposición. El propio Consejo de Estado la ha aplicado en casos similares. El Consejo Superior de la Judicatura también ha considera que está vigente y llama la atención a la Caja Nacional de Previsión por este comportamiento. Expresamente se dice en la sentencia del 13 de agosto de 2001:

“ El criterio inmediatamente traído a este caso era suficiente para que los funcionarios encargados del trámite pensional de los servidores judiciales, tomaran la verdadera vía en el manejo y tratamiento a aplicar hacia el futuro, sin embargo no han sido suficientes los antecedentes que se han expresado mediante los fallos de tutela a cargo de esta Corporación y vemos como la accionada continúa empecinada en su equivocado criterio, en un ejercicio mental obcecado e inconcebible que para el mas desprevenido solo suscita decepción e incredulidad. En pocas palabras, no se ve a simple vista sino un acto de desobediencia, de inocultable autoritarismo o soberbia, irreconciliables con la madurez, la seriedad y la imparcialidad que deben estar presentes en las decisiones de los servidores públicos. .... Siendo un poco severo en el análisis, la actitud de la Caja Nacional de Previsión brinda la impresión de que sus manejadores se han ubicado en la creencia de estar administrando algo propio...

” Si está vigente la norma, constituye una omisión aplicar solamente una parte del artículo 6° del decreto 546/71, desconociendo el régimen de transición, el régimen especial, los principios sobre seguridad social y la constitucionalización de ésta . Este comportamiento implica una violación al debido proceso, al derecho al trabajo, a la seguridad social, a una vida digna y a los derechos adquiridos.

b. Confundir el monto de la pensión con la base constituye un error jurídico. El monto de la pensión o mesada es el efecto; la base reguladora y el porcentaje son el procedimiento o causas para fijar dicho monto. El porcentaje no puede existir sin una base reguladora que permita sacar el tanto por ciento. Esto no es solamente lógico, sino que hace parte de la teoría de la seguridad social y la norma expresamente fijó para los funcionarios de la Rama Jurisdiccional la base reguladora (el salario mensual mas alto percibido durante el último año) y el porcentaje: 75%. Por tanto, es ostensible la

vía de hecho cometida en el presente caso por la entidad demandada. Esta actuación obedece a " su sola voluntad o capricho y tiene como consecuencia la violación de los derechos fundamentales de la persona" (T- 079/93; en el mismo sentido hay jurisprudencia abundante, entre otras la T-368/93, la T-204/98, SU-1300/01).

c. No se atiende el sentido claro del artículo 6° del decreto 546/71 cuando se invoca el inciso 3° del artículo 36 de la ley 100 de 1993 para fijar la base reguladora. Se debe considerar lo siguiente:

1ª. El mencionado inciso indica: " El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello...".

Ya se dijo que la parte final del inciso segundo de dicho artículo 36 (que era el que le daba fundamento al inciso 3°) ya no aparece en el decreto 2527 de 2000; y que, de todas maneras, no es aplicable si existe norma especial que señala cual es la base reguladora;

pero, en gracia de discusión, ocurre que en el presente caso el señor Hernando Duarte Chinchilla principió a trabajar al servicio de la rama judicial desde el 4 de septiembre de 1965, de manera contínua hasta ahora, luego el 1° de abril de 1994 llevaba 29 años de trabajo en la Rama Judicial, entonces, no le faltaba ni un día para los veinte años de servicios, por el contrario, le sobraba tiempo, por consiguiente no es aceptable jurídicamente que se le aplique el inciso 3° del artículo 36 de la ley 100 de 1993 como lo hizo la Caja Nacional de Previsión.

2ª. No se tuvo en cuenta el principio de favorabilidad y esto también significa violación al debido proceso. La violación es mas grave si se tiene en cuenta que en las Resoluciones que le hacen la incorrecta liquidación al peticionario, la Caja Nacional de Previsión invoca la sentencia C-168/95 y ocurre que dicha sentencia precisamente habla del respeto al principio de favorabilidad para sustentar la exequibilidad de parte del artículo 36 de la ley 100/93. En el texto de la presente sentencia se citó y resaltó algo que dijo la C-168/95:

"La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones;

la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad , ya que no le esta permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador".

(Resaltado fuera de texto). Luego la sentencia de constitucionalidad mencionada en vez de perjudicar favorece al peticionario, ya que implica la aplicación integral de la norma que establece el régimen especial (artículo 6° del decreto 546/71).

Surge de todo lo anterior que materialmente se le violaron al peticionario los derechos fundamentales que se han analizado en el texto de este fallo.

4. La tutela como mecanismo transitorio La jurisprudencia de esta Corte, en ocasiones (por ejemplo, cuando se viola el debido proceso) concede la tutela de manera definitiva (t-470/02). Pero, es el mismo peticionario Eduardo Duarte Chinchilla quien la instaura como mecanismo transitorio.

En una situación parecida, T-189/01, (también se trataba de liquidar correctamente una pensión de funcionario judicial) la determinación de amparo se dio como mecanismo transitorio. En el presente caso ser adoptará idéntica decisión, habida cuenta que se le ha ocasionado un perjuicio irremediable al peticionario al liquidársele la pensión en contra de sus derechos y por una cuantía del 45% de su actual sueldo, lo cual le ha impedido entrar a disfrutar del merecido descanso al cual tiene derecho alguien que ya va a completar 37 años de servicio a la judicatura nacional.

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

Primero. REVOCAR la sentencia dictada el 14 de marzo de 2002 por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, mediante la cual se confirmó la decisión del a-quo que declaró improcedente la acción instaurada por HERNANDO DUARTE CHINCHILLA contra la Caja Nacional de Previsión Social.

Segundo. CONCEDER, como mecanismo transitorio, la tutela interpuesta, para la protección de los derechos fundamentales del peticionario a una vida digna, trabajo, seguridad social, a un debido proceso y a la garantía de su derecho adquirido. En consecuencia, ordenar a la Caja Nacional de Previsión Social que, desde la fecha en que se le notifique esta decisión y hasta cuando la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo lo decida en forma definitiva, reconozca al actor una mesada pensional equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que le corresponde durante el último año de servicios, aplicando en su integridad el artículo 6° del decreto 546 de 1971 y de acuerdo a las consideraciones hechas en el presente fallo.

Tercero. Advertir a las partes que esta 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, y PREVENIR al actor, si es que no lo ha hecho, para que a mas tardar en cuatro meses instaure y luego impulse la correspondiente acción ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Cuarto. Por el juez de primera instancia, LÍBRESE la comunicación prevista por el artículo 36 del decreto 2591 de 1991. Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MARCO GERARDO MONROY CABRA Magistrado EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT Magistrado ALVARO TAFUR GALVIS Magistrado MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ Secretaria Auto 212/02 Referencia:

Solicitud de aclaración sentencia T-631/02 Demandante: Hernando Duarte Chinchilla Demandado: CAJANAL Magistrado Ponente: Dr. MARCO GERARDO MONROY AUTO Bogotá, D.C., once (11) de septiembre de dos mil dos (2002) La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, CONSIDERANDO 1.Que existió un error de carácter mecanográfico en el cuerpo de la sentencia de la referencia que si bien no altera el fondo de la sentencia, sí hace amerita su corrección para que pueda darse la ejecución de la misma.

2.Que tal error consiste en la errada citación del nombre del accionante dentro de la sentencia de tutela puesto que se le denomina como Eduardo, siendo su verdadero nombre Hernando, en los siguientes apartes:

" Referencia: expediente T- 587434 Peticionario: Eduardo Duarte Chinchilla (...) 11. El señor Eduardo Duarte Chinchilla, funcionario de la Rama Judicial, reunió los requisitos exigidos para acceder a su pensión de vejez y por lo tanto solicitó el reconocimiento de la prestación.

(...) 17.La apelación fue resuelta por el Jefe de la Oficina Jurídica de la Caja Nacional de Previsión Social el 15 de noviembre de 2001, mediante Resolución 5412. Confirmó lo apelado. Sin embargo, se reconoce en la Resolución que “efectivamente el señor Eduardo Duarte Chinchilla se encontraba cobijado por un régimen especial el cual es el correspondiente a la Rama Jurisdiccional y Ministerio Público, regulado por los decretos leyes 902 y 903 de 1969, 546 de 1971, 1231 de 1973, 717 y 2726 de 1978, y los decretos reglamentarios 1726 de 1973 y 1660 de 1978..”, pero considera que los factores base de liquidación y la forma de liquidar la misma son los señalados en los decretos reglamentarios de la ley 100 de 1993. Además, dice la Resolución algo contradictorio: “y en el presente caso como ya se indicó es aplicable el 75% de la asignación mensual mas elevada percibida en el último año de servicio, donde el período reliquidable de la pensión del recurrente es el comprendido entre el 01 de abril de 1994 y el 30 de mayo de 2001”.

(...) 4. La tutela como mecanismo transitorio La jurisprudencia de esta Corte, en ocasiones (por ejemplo, cuando se viola el debido proceso) concede la tutela de manera definitiva (t-470/02). Pero, es el mismo peticionario Eduardo Duarte Chinchilla quien la instaura como mecanismo transitorio.

" Que, al ser el nombre del accionante Hernando Duarte Chinchilla, como se dijo en el resto del cuerpo de la providencia, la sentencia debe decir:

" Referencia: expediente T- 587434 Peticionario: Hernando Duarte Chinchilla (...) 11. El señor Hernando Duarte Chinchilla, funcionario de la Rama Judicial, reunió los requisitos exigidos para acceder a su pensión de vejez y por lo tanto solicitó el reconocimiento de la prestación.

(...) 17.La apelación fue resuelta por el Jefe de la Oficina Jurídica de la Caja Nacional de Previsión Social el 15 de noviembre de 2001, mediante Resolución 5412. Confirmó lo apelado. Sin embargo, se reconoce en la Resolución que "efectivamente el señor Hernando Duarte Chinchilla se encontraba cobijado por un régimen especial el cual es el correspondiente a la Rama Jurisdiccional y Ministerio Público, regulado por los decretos leyes 902 y 903 de 1969, 546 de 1971, 1231 de 1973, 717 y 2726 de 1978, y los decretos reglamentarios 1726 de 1973 y 1660 de 1978..", pero considera que los factores base de liquidación y la forma de liquidar la misma son los señalados en los decretos reglamentarios de la ley 100 de 1993. Además, dice la Resolución algo contradictorio: "y en el presente caso como ya se indicó es aplicable el 75% de la asignación mensual mas elevada percibida en el último año de servicio, donde el período reliquidable de la pensión del recurrente es el comprendido entre el 01 de abril de 1994 y el 30 de mayo de 2001".

(...) 4. La tutela como mecanismo transitorio La jurisprudencia de esta Corte, en ocasiones (por ejemplo, cuando se viola el debido proceso) concede la tutela de manera definitiva (t-470/02). Pero, es el mismo peticionario Hernando Duarte Chinchilla quien la instaura como mecanismo transitorio.

" 4. Que los errores indicados, a pesar de no cambiar la decisión finalmente adoptada, deben ser corregidos para que no existan textos incongruentes al interior del cuerpo de la sentencia.

5. Que esta Corporación ha señalado que cuando en la transcripción del texto de una sentencia se producen errores, es aplicable el artículo 310 del CPC a fin de proceder a la corrección [50] .

En mérito de lo expuesto esta Sala de Revisión RESUELVE PRIMERO. CORREGIR el texto de las páginas uno, dos y treinta y ocho de la Sentencia T-631/02, y, en consecuencia, en los apartes de la providencia que dicen Eduardo Duarte Chinchilla debe leerse Hernando Duarte Chinchilla. Por tanto, los siguientes apartes de la providencia:

" Referencia: expediente T- 587434 Peticionario: Eduardo Duarte Chinchilla (...) 11. El señor Eduardo Duarte Chinchilla, funcionario de la Rama Judicial, reunió los requisitos exigidos para acceder a su pensión de vejez y por lo tanto solicitó el reconocimiento de la prestación.

(...) 17.La apelación fue resuelta por el Jefe de la Oficina Jurídica de la Caja Nacional de Previsión Social el 15 de noviembre de 2001, mediante Resolución 5412. Confirmó lo apelado. Sin embargo, se reconoce en la Resolución que "efectivamente el señor Eduardo Duarte Chinchilla se encontraba cobijado por un régimen especial el cual es el correspondiente a la Rama Jurisdiccional y Ministerio Público, regulado por los decretos leyes 902 y 903 de 1969, 546 de 1971, 1231 de 1973, 717 y 2726 de 1978, y los decretos reglamentarios 1726 de 1973 y 1660 de 1978..", pero considera que los factores base de liquidación y la forma de liquidar la misma son los señalados en los decretos reglamentarios de la ley 100 de 1993. Además, dice la Resolución algo contradictorio: "y en el presente caso como ya se indicó es aplicable el 75% de la asignación mensual mas elevada percibida en el último año de servicio, donde el período reliquidable de la pensión del recurrente es el comprendido entre el 01 de abril de 1994 y el 30 de mayo de 2001".

(...) 4. La tutela como mecanismo transitorio La jurisprudencia de esta Corte, en ocasiones (por ejemplo, cuando se viola el debido proceso) concede la tutela de manera definitiva (t-470/02). Pero, es el mismo peticionario Eduardo Duarte Chinchilla quien la instaura como mecanismo transitorio.

" Deben corregirse por los siguientes: " Referencia: expediente T- 587434 Peticionario: Hernando Duarte Chinchilla (...) 11. El señor Hernando Duarte Chinchilla, funcionario de la Rama Judicial, reunió los requisitos exigidos para acceder a su pensión de vejez y por lo tanto solicitó el reconocimiento de la prestación.

(...) 17.La apelación fue resuelta por el Jefe de la Oficina Jurídica de la Caja Nacional de Previsión Social el 15 de noviembre de 2001, mediante Resolución 5412. Confirmó lo apelado. Sin embargo, se reconoce en la Resolución que “efectivamente el señor Hernando Duarte Chinchilla se encontraba cobijado por un régimen especial el cual es el correspondiente a la Rama Jurisdiccional y Ministerio Público, regulado por los decretos leyes 902 y 903 de 1969, 546 de 1971, 1231 de 1973, 717 y 2726 de 1978, y los decretos reglamentarios 1726 de 1973 y 1660 de 1978..”, pero considera que los factores base de liquidación y la forma de liquidar la misma son los señalados en los decretos reglamentarios de la ley 100 de 1993. Además, dice la Resolución algo contradictorio: “y en el presente caso como ya se indicó es aplicable el 75% de la asignación mensual mas elevada percibida en el último año de servicio, donde el período reliquidable de la pensión del recurrente es el comprendido entre el 01 de abril de 1994 y el 30 de mayo de 2001”.

(...) 4. La tutela como mecanismo transitorio La jurisprudencia de esta Corte, en ocasiones (por ejemplo, cuando se viola el debido proceso) concede la tutela de manera definitiva (t-470/02). Pero, es el mismo peticionario Hernando Duarte Chinchilla quien la instaura como mecanismo transitorio.

" En los anteriores términos queda corregida la sentencia T-631/02. Notifíquese y Cúmplase MARCO GERARDO MONROY CABRA Magistrado EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT Magistrado ALVARO TAFUR GALVIS Magistrado MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ Secretaria General [1] Este fallo del Consejo Superior de la Judicatura, sí entró a analizar el problema de fondo.

Contra él presentó salvamento de voto (por improcedibilidad) quien es el ponente de la sentencia que es objeto de revisión en el presente caso por la Corte Constitucional. El ponente que había concedido la tutela, doctor Campo Soto, no estuvo presente en la discusión del actual caso por estar con permiso.

[2] M. P. Manuel José Cepeda Espinosa [3] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz [4] M.P. Vladimiro Naranjo Mesa [5] El 28 de febrero de 1946 la Corte Suprema de Justicia le dio a la pensión la connotación de derecho adquirido y habló el status de jubilado que con mayor precisión se desarrolló en el fallo del 15 de marzo de 1968.

[6] M.P. Dra. Cristina Pardo [7] M.P. Alfredo Beltrán Sierra [8] La C-177/98 dijo: "El reconocimiento y pago de la pensión de vejez encuentra sustento constitucional en la protección especial que debe brindar el Estado al trabajo humano en todas sus modalidades (art. 25), pues se impone que el fruto del trabajo continuado durante largos años sea la base para disfrutar el descanso, en condiciones dignas, cuando la disminución de la producción laboral es evidente.” [9] Sentencias T-287/95, T-333/97,T-456/99, T130/99, T-441/99, T661/99, T-834/99, T-881/99, y T-931/99 entre otras.

[10] M.P. Jaime Sanin G. [11] Puede consultarse la T-426 de 1992 . [12] T-498/97, T-476/01, T-193/01, T-170/00, T-563/01 [13] M.P. Antonio Barrera Carbonell [14] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra [15] El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos afirma que las personas tienen derecho de propiedad sobre la seguridad social , luego no se trata solamente de proteger a quien ha adquirido el status de jubilado, sino que la teoría de la seguridad social también conserva los derechos en via de adquisición.

[16] Ver C-1064/01 [17] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra [18] Ver T-470/02, M.P. Alfredo Beltrán Sierra [19] Ver sentencia T-202/97, M.P. Fabio Morón Díaz (En esta ocasión el empleador de los accionantes no vinculaba a los

accionados al sistema de seguridad social en salud) [20] Ver sentencia T-264/01, M.P. Alfredo Beltrán Sierra (En este caso, el Seguro Social había suspendido el pago de una mesada de pensión de sobrevivientes a la accionante por haber cumplido los 18 años –basándose en una norma ya derogada-, no obstante que su educación dependía del dinero requerido. La Corte reiteró una vez más la irrenunciabilidad del derecho a pensión de sobrevivientes como manifestación de seguridad social) En el mismo sentido ver las sentencias T-283/00, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-196/00 y T-323/00 del mismo Magistrado .

[21] Sent. C-168/95 M.P. Carlos Gaviria Díaz [22] En España, la ley 26/1985 estableció un período de transición desde el 1 de agosto de 1985 hasta el 30 de julio de 1995.

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

[24] Los únicos que quedarían por fuera de este régimen de transición serían quienes voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad o quienes estando en éste se cambien al de prima media con prestación definida [25] M.P.

Jaime Córdoba Triviño [26] Ver Instituciones de la Seguridad Social, 17 Edición, año 2000, MANUEL ALONSO OLEA Y JOSE LUIS TORTUERO [27] Ver C-129 del 1 de abril de 1998. M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

[28] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz [29] Después se ampliaría a los funcionarios de la extinta instrucción criminal. [30] M.P. José Gregorio Hernández. Se declaró exequible la norma acusada. En uno de sus considerandos se dijo: “Para la Corte es claro que en la Ley Marco podía estipularse, a manera de pauta, obligatoria para el Gobierno, como en efecto se hizo, un determinado porcentaje de la asignación como base para liquidar las pensiones de los miembros del Congreso. Tanto para el caso de ellos como para los de los altos servidores públicos a los que se extiende su régimen, según la propia Ley 4 de 1992, es válido, con las salvedades expuestas en este Fallo, que se consagre un sistema de liquidación que se les aplica de modo diferente al previsto en las reglas generales sobre la materia y que, específicamente, se fije un porcentaje -en la norma, el 75% de su ingreso mensual promedio durante el último año-, con lo cual queda claro que quien haya desempeñado uno de tales cargos no está sujeto, en cuanto al monto de la pensión, a los límites máximos estatuidos en otras disposiciones sino directa y concretamente al aludido porcentaje.” [31] Artículo 28 del Decreto 104/94: “A los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado se les reconocerán las pensiones teniendo en cuenta los mismos pactores salariales y cuantías de los Senadores de la República y Representantes a la Cámara en los términos establecidos en las normas legales vigentes”.

[32] Se fortalece el régimen especial si se aprecia que en los textos normativos se exige el respeto a las “normas legales vigentes”. Así aparece, ENTRE OTROS, en el artículo 28 del decreto 104/94, transcrito en anterior pie de página. También aparece en el artículo 28 del decreto 47/95, que en su inciso 1° dice: “A los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, se les reconocerán las pensiones teniendo en cuenta los mismos factores salariales y cuantías de los Senadores de la República y Representantes a la Cámara en los términos establecidos en las normas legales vigentes. El artículo 28 del decreto 34/96, que reproduce sin cambio alguno el inciso 1° del artículo 28 del decreto 47/95, antes transcrito. El artículo 25 del decreto 65 de 1998, que amplió la extensión pero mantuvo “los términos establecidos en las normas legales vigentes”; dice este artículo: “A los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, al Procurador General de la Nación, Procuradurías Delegadas y al Director Ejecutivo de la Administración Judicial, se les reconocerán las pensiones teniendo en cuenta los mismos factores salariales y

cuantías de los Senadores y Representantes a la Cámara, en los términos establecidos en las normas vigentes". Y el artículo 25 del decreto 43 de 1999 y el artículo 25 del decreto 2739/2000 que hacen una referencia al desempeño en propiedad del cargo, a 1° de abril de 1994, condición que no es susceptible de aplicación ya que no figura en ninguna de las normas de transitoriedad, como se explica en el texto de este fallo.

[33] Ver, entre otras, las sentencias T-1354/200 T-1752/2000 [34] Ver T-1294/00, T-671/00 [35] M.P. Alfredo Beltrán Sierra [36] M.P. Carlos Orjuela [37] M.P.

Flavio Rodríguez [38] M.P. Alejandro Ordoñez [39] Según el decreto 1158/94 el salario mensual, base de cotización, está integrado por los siguientes factores: la asignación básica mensual, los gastos de representación, la prima técnica cuando sea factor de salario, las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario, la remuneración por trabajo dominical y festivo, la remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna, la bonificación por servicios prestados.

[40] M.P. Alejandro Martínez Caballero [41] La ley 1ª de 1932 fijó como tope máximo $100,oo. La ley 6ª de 1945 dijo que no podría exceder de $200,oo al mes. El decreto 3135 de 1968 hablo de $10.000,oo [41] .

La ley 4ª de 1976 señaló como tope máximo 22 veces el salario mínimo mensual mas alto [41] . Posteriormente se expidió la ley 71 de 1988 que habló de quince salarios mínimos. Sobre la vigencia de estas normas de la ley 4ª y la ley 71 dijo la Corte Constitucional, que no están vigentes:

"A esta conclusión se llega si se tiene en cuenta que el artículo 2º de la Ley 4a. de 1976 en virtud del cual se dispuso que las pensiones no pueden ser inferiores al salario mínimo legal más alto ni superior a 22 veces este mismo salario, fue derogado por el artículo 2º de la ley 71 de 1988; ello en razón a que no obstante haber conservado el límite mínimo pensional establecido en dicha norma, determinó que a partir de su vigencia las pensiones tendrían como mínimo un equivalente a quince (15) salarios mínimos legales, salvo lo previsto en convenciones colectivas, pactos colectivos y laudos arbitrales, pero de otra parte, estima la Corte, que el artículo 2º de la Ley 71 de 1988 fue derogado por el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, en cuanto al monto máximo de las pensiones para el caso de los trabajadores que se acojan o se mantengan en el régimen solidario de prima media con prestación definida.

[42] M.P. Alvaro Tafur Galvis [43] M.P. Manuel José Cepeda [44] Parece que el actor estaba cuidadosamente contando sus semanas para jubilarse porque a fecha de febrero de 2000, cuando solicita pensión de vejez al ISS, él habría cotizado, 1001 semanas así: las 841 semanas cotizadas al ISS respecto de empleador privado y cotizadas a la caja de previsión como guardián de la cárcel de Barranquilla y 160 semanas más cotizadas al ISS también como guardián de la cárcel Barranquilla y que venían siendo descontadas de su salario desde septiembre de 1996.

[45] Corte Constitucional, Sentencia T-684 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. [46] Corte Constitucional, Sentencia T-1284/01, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[47] Sentencia SU-995 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz [48] Sentencia SU-995 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz [49] El derecho al descanso lo cataloga como fundamental la sentencia C-710/96 (M.P.

Jorge Arango Mejía): "Uno de los derechos fundamentales del trabajador, es el derecho al descanso, el cual está definido por el Diccionario de la Real Academia como quietud o pausa en el trabajo o fatiga. El derecho de todo trabajador de cesar en su actividad por un período de tiempo, tiene como fines, entre otros, permitirle recuperar las energías gastadas en la actividad que desempeña, proteger su salud física y mental, el desarrollo de la labor con mayor eficiencia, y la posibilidad de atender otras tareas que permitan su desarrollo integral como persona. El descanso, así entendido, está consagrado como uno de los principios mínimos fundamentales que debe contener el estatuto del trabajo (artículo 53 de

la Constitución) y, por ende, debe entenderse como uno de los derechos fundamentales del trabajador.” [50] Ver auto de corrección de la sentencia T-029 de 2001 M.P.

Alejandro Martínez Caballero

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 18 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.