COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia T/948/09

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de tutela
Referencia	T/948/09
Expediente	—
Fecha	2005-10-27
Sala	Sala Administrativa
Magistrado ponente	Mauricio González Cuervo
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Accion De Tutela
- Accion De Tutela En Materia Pensional
- Sistema De Carrera Administrativa Y Judicial
- Carrera Administrativa
- Carrera Judicial
- Derecho Al Debido Proceso Administrativo

Resumen del caso (según la propia sentencia)

Administrativo que resuelve pensión sin dar aplicación al régimen especial para concreto ante perjuicio irremediable por reconocimiento de pensión de para el cálculo de una pensión no se ha tenido en cuenta el régimen de

Texto completo

T-948-09 Sentencia T-948/09 Sentencia T-948/09 (Diciembre 16; Bogotá D.C.) ACCION DE TUTELA -Subsidiariedad ACCION DE TUTELA -Procedencia excepcional para resolver conflictos relacionados con reconocimiento o reliquidación de prestaciones sociales ACCION DE TUTELA -Demostración de afectación del mínimo vital de persona de la tercera edad ACCION DE TUTELA EN MATERIA PENSIONAL -Procedencia cuando se evidencia perjuicio irremediable VIA DE HECHO -Acto administrativo que resuelve pensión sin dar aplicación al régimen especial para la Rama Judicial y el Ministerio Público ACCION DE TUTELA -Procedencia excepcional contra acto administrativo particular y concreto ante perjuicio irremediable por reconocimiento de pensión de jubilación por valor inferior al 50% del salario devengado ACCION DE TUTELA -Requisitos para procedencia excepcional de reliquidación de pensiones ACCION DE TUTELA -Procedencia por cuanto no se calculó la pensión de jubilación con base en el régimen de transición VIA DE HECHO -Cuando para el cálculo de una pensión no se ha tenido en cuenta el régimen de transición del servidor público, ni el salario base sobre el cual se debe calcular la pensión SISTEMA DE CARRERA ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL -Mérito como elemento esencial CARRERA ADMINISTRATIVA -Mérito como criterio fundamental para el ingreso, ascenso y retiro CARRERA ADMINISTRATIVA -Finalidad CARRERA JUDICIAL -Causales de retiro según artículo 149 de la Ley 270 de 1996 CARRERA JUDICIAL -Causal de retiro por derecho a la pensión de jubilación solamente cuando el trabajador ha decidido voluntariamente su retiro por haber llegado a una edad o a unas condiciones laborales que ameriten su reemplazo Con relación a la causal de retiro con derecho a la pensión de

jubilación del numeral 6º, es evidente que ella permite el acceso al cargo de otras personas que deseen ingresar a la carrera judicial en condiciones de igualdad, a la par que garantiza el derecho del ex funcionario a disfrutar de su pensión. No obstante, la Corte Constitucional en ejercicio del control previo que despliega sobre los proyectos de ley estatutaria, en la revisión de la Ley 270 de 1996, condicionó la exequibilidad del numeral 6° que establece la causal de "retiro con derecho a pensión de jubilación" del artículo 149, a que dicha causal sea aplicable: (i) habiéndose cumplido con los requisitos legales para obtener la pensión de jubilación y a partir de la inclusión del funcionario en la nómina de pensionados de la entidad de previsión, con el propósito de asegurar en todo momento la efectividad de los derechos del pensionado y (ii) cuando ese retiro sea voluntario o ante condiciones laborales que ameriten el reemplazo del funcionario. En efecto, la Corte precisó en la sentencia C-037 de 1996, que no basta con el cumplimiento de los requisitos para obtener la pensión para dar por terminada la relación laboral, sino que es necesario que el trabajador manifieste su voluntad en tal sentido. De lo contrario tendría derecho a seguir laborando no obstante reunir los requisitos para obtener la pensión, hasta que decida retirarse voluntariamente u ocurra otra causal de retiro definitivo del servicio.

ACCION DE TUTELA -Procedencia frente a acto administrativo de retiro del servicio por cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, sin el consentimiento del empleado de la Rama Judicial DEBIDO PROCESO -Reglas son aplicables a toda clase de actuación judicial y administrativa DERECHO AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO -Naturaleza ACCION DE TUTELA -Procedencia excepcional por vía de hecho judicial/ VIA DE HECHO -Clases de defectos en la actuación LIQUIDACION DE PENSIONES -Monto y base son componentes inseparables PENSION DE SERVIDOR PUBLICO -Ingreso base de liquidación hace parte del régimen de transición REGIMEN DE TRANSICION EN PENSIONES DE EMPLEADOS DE LA RAMA JUDICIAL Y MINISTERIO PUBLICO -Desconocimiento vulnera el derecho a la seguridad social en conexidad con el derecho fundamental al debido proceso y con los derechos adquiridos/ REGIMEN DE TRANSICION EN PENSIONES DE EMPLEADOS DE LA RAMA JUDICIAL Y MINISTERIO PUBLICO -Reiteración jurisprudencial ACCION DE TUTELA -Procedencia frente a acto administrativo de retiro del servicio sin el consentimiento del empleado de la Rama Judicial por cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de jubilación ACCION DE TUTELA -Derecho a seguir laborando como funcionaria judicial no obstante reunir los requisitos para obtener la pensión de jubilación, hasta que decida retirarse voluntariamente o acaezca otra causal de retiro definitivo del servicio ACCION DE TUTELA -Reliquidación de la mesada pensional según lo dispuesto en el Decreto 546 de 1971 Referencia:

Expedientes T-1.979.614. Accionante: Edda del Pilar Estrada Álvarez . Accionados: Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y Cajanal.

Derechos presuntamente vulnerados: debido proceso, seguridad social, igualdad, protección de las personas de la tercera edad y vida en condiciones dignas.

Vulneración invocada: decisión de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura de desvincular a la accionante del cargo de Magistrada del Tribunal Administrativo de Antioquia, y la negativa de Cajanal de reliquidar la pensión de jubilación de la accionante en debida forma.

Pretensión : inaplicar la resolución del Consejo Superior de la Judicatura que retira del servicio a la tutelante, así como la resolución de Cajanal que le reconoció una pensión de jubilación en cuantía inferior a lo que le corresponde por ley. Se solicita reliquidación pensional.

Fallo objeto de Revisión: Sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, del 17 de junio de 2008, que revocó la decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín, del 23 de abril de 2008, que concedió el amparo.

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

Mauricio González Cuervo. I. ANTECEDENTES. 1. Pretensiones de la accionante. La señora Edda del Pilar Estrada Álvarez , en su condición de Magistrada del Tribunal Administrativo de Antioquia, presenta acción de tutela con el propósito de obtener la garantía de sus derechos fundamentales al debido proceso, seguridad social, igualdad, protección de las personas de la tercera edad y vida en condiciones dignas, teniendo en cuenta que según afirma, sus derechos se encuentran amenazados por la expedición de un acto administrativo de desvinculación de la carrera judicial proferido por el Consejo Superior de la Judicatura y por el desconocimiento por parte de la Caja Nacional de Previsión Social -Cajanal-, de su solicitud de reliquidación pensional en los términos de ley.

En efecto, afirma que mediante la Resolución No.047702 del 23 de noviembre del 2005, le fue reconocida por Cajanal su pensión de vejez en una cuantía de $5.562.749.27 mensuales; cifra que en su opinión desconoce el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993. Esa mesada pensional desconoció su derecho al debido proceso, pues rebajó abruptamente su salario actual, que para el 2008 era de catorce millones quinientos mil pesos ($14.500.000) a cinco millones quinientos mil pesos ($5.5000.000), suma que constituye el 33% de su salario y no el 75% al que tiene derecho [1] .

Por ende, al haber prestado sus servicios durante mas de 20 años y tener la edad exigida, tenía derecho a optar por el régimen especial contenido en los Decretos 546 de 1971, 717 y 911 de 1978, conforme con los cuales la pensión equivale al 75% del salario mensual más elevado devengado en el último año de servicios, incrementado con las doceavas partes de la primas de navidad, de servicios y de vacaciones. Así, teniendo en cuenta el último certificado de sueldos, su pensión debería equivaler a la suma de $12.110.613 pesos mensuales y no a lo reconocido por Cajanal.

Por estas razones, el 11 de mayo de 2006 solicitó la reliquidación de la pensión señalada [2] , recibiendo respuesta negativa del Jefe de la Oficina Asesora de esa entidad, quien mediante la Resolución No. 33952 del 14 de julio de 2006 confirmó la resolución inicial [3] .

El 17 de agosto de 2006, la tutelante interpuso recurso de reposición [4] contra el acto administrativo anterior, y hasta la fecha de la presentación de la acción de tutela no había recibido respuesta alguna sobre el particular.

No obstante lo anterior, estando en trámite la solicitud de reliquidación pensional indicada, Cajanal le certificó al Consejo Superior de la Judicatura que la Resolución No 047702 del 11 de noviembre de 2005 se encontraba en firme, desconociendo con dicha afirmación, “el trámite que introduj[o] posteriormente (…) manifestando [su] desacuerdo con la liquidación contenida en dicha resolución”.

El Consejo Superior de la Judicatura, por medio de la Resolución No. PSARO7-603 del 19 de diciembre de 2007 [5] , decidió entonces retirar del servicio a la peticionaria e incluirla en la nómina de pensionados a partir del 1° de marzo de 2008, con fundamento en la constancia expedida por Cajanal, entidad que además certificó en favor de la tutelante una pensión de $5.562.749.27 mensuales.

Estos hechos significan para la señora Edda del Pilar Estrada de un lado, una jubilación arbitraria por decisión del Consejo Superior de la Judicatura en la que se desconoció su voluntad, y del otro, que aún sigue siendo funcionaria judicial ya que no ha sido retirada del cargo por su real nominador, que es el Consejo de Estado. La peticionaria resume su situación así:

“[e]stoy Jubilada por el Consejo Superior de la Judicatura y en ejercicio de funciones porque, el Honorable Consejo de Estado no me ha retirado del servicio; no tiene siquiera idea de la medida proferida por el Consejo Superior de la judicatura”.

Para concluir destaca que con esta situación se le están afectando sus derechos al mínimo vital, a la vida digna, a la igualdad y al debido proceso por parte de las entidades accionadas, dado que con fundamento en un acto ilegal e irregular emitido por Cajanal -un reconocimiento pensional que le reduce indebidamente su asignación mensual de $14.700.000 a $5.500.000, que además está en debate y es una vía de hecho-, fue incluida en nomina de pensionados, siendo ese un acto proferido por funcionario incompetente -el Consejo Superior de la Judicatura-, ya que se le arrebataron funciones a su nominador, que no es otro que el Consejo de Estado. Además la Directora Seccional de Administración Judicial la está constriñendo irregularmente al delito de abandono del cargo, indicándole que "desde el pasado viernes debía hacerle entrega del cargo a ella misma, por haber sido yo jubilada a partir del 1° de marzo de 2008" .

Por todas estas razones considera que se le están "vulnera[ndo] severamente sus derechos fundamentales al desmejorar[le] los ingresos mensuales (…) colocándo[la] en una situación menesterosa, dado que es [una persona] asalariada y no pose[e] bienes de fortuna para sostener[se] dos años y cuatro meses que dura la tramitación de un proceso ordinario laboral (…)" .

Adicionalmente afirma que posee innumerables compromisos que obedecen al status que ostenta, por lo que "no est[á] en condiciones de aceptar la precaria mesada pensional que se [le] ha asignado, por que ello viola [sus] derechos fundamentales".

En consecuencia, solicita que (a) mientras se tramita la tutela, se ordene la suspensión provisional de la resolución del Consejo Superior que la desvinculó de la Rama Judicial. (b) Que en forma permanente y definitiva, se inaplique la Resolución No. PSAR07-603 de 2007, proferida por el Presidente del Consejo Superior de la Judicatura que la retira del servicio. Sostiene que el acto administrativo por el cual se produjo su retiro aún no se encuentra en firme, toda vez que el 29 de febrero de 2008 interpuso recurso de reposición contra esta decisión [6] , que se encuentra pendiente de resolución. (c) Solicita además ser incluida en la nómina de servidores públicos de la Rama Judicial en calidad de Magistrada Grado 21 del Tribunal Administrativo de Antioquia, ordenándose el pago de sus salarios a partir del 1° de marzo de 2008, fecha en la cual fue retirada de la nómina. (d) Que sea retirada de la nomina de jubilados en la que fue incluida a partir del 1° de marzo de 2008. (e) Que no se de aplicación a la Resolución No.

047702, del 23 de noviembre de 2005, por medio de la cual Cajanal le reconoció una pensión de jubilación en cuantía de $5.562.749.27, ni la número 33952, del 14 de julio de 2006, que negó la reliquidación solicitada respecto de la liquidación inicial y, finalmente, (f) que se le conceda la tutela como mecanismo principal y de forma definitiva, para que se proceda a realizar una nueva liquidación en la forma indicada por el artículo 6° del Decreto 546 de 1971 [7] , a fin de que posteriormente sea incluida en nomina de pensionados sin que exista solución de continuidad entre el momento de la dejación del cargo y aquel en el que se le pague la primera mesada pensional.

2. Respuesta de las entidades accionadas. 2.1. Consejo Superior de la Judicatura. El Consejo Superior de la Judicatura [8] dio respuesta a la acción de tutela presentada por la peticionaria y solicitó negar el amparo constitucional, con base en los siguientes argumentos:

De conformidad con los Acuerdos 1911 de 2003 y 4043 de 2007, la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial desde el año 2003, levanta, actualiza y consolida en colaboración con las Seccionales, un censo de los servidores judiciales que cumplen los requisitos de pensión y adelanta las gestiones de que trata el artículo 3° del Acuerdo PSAA -3360 de 2006 (plan de retiro).

Cuando los servidores no han adelantado actuación alguna en materia pensional, esa Dirección solicita al servidor judicial que inicie los tramites para el reconocimiento de la pensión, advirtiéndole que de acuerdo con el parágrafo 3° del

artículo 9° de la Ley 797 de 2003, si en el plazo señalado en la norma no se hace la solicitud correspondiente, la Sala Administrativa, a través de la Dirección Ejecutiva, puede pedir el reconocimiento de la pensión a su nombre.

En el caso de los servidores que solicitaron la pensión ante la entidad de seguridad social, la Dirección pide la agilización del trámite y suministra la documentación adicional que se requiera. Una vez reconocida la pensión y estando en firme el acto correspondiente, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura ejerce la facultad de retiro del funcionario, en cumplimiento de los requisitos que se requieran para tener derecho a la pensión de vejez, expidiendo el acto que así lo ordene y comunicando el hecho a la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial, quien debe gestionar la inclusión de la persona en la nomina de pensionados.

El Consejo, con la expedición de los actos de retiro, completa el procedimiento previo de los acuerdos proferidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y las condiciones previstas por la Corte Constitucional en la sentencia C-1037 del 05 de noviembre de 2003 relacionada con la Ley 797 de 2003, así como las directrices señaladas por el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia del 27 de octubre de 2005. Es decir, que para que se consolide la causal de retiro, debe anteceder el reconocimiento de la pensión, y para que operé ésta, debe haberse producido la inclusión en nomina del servidor judicial.

Destaca, en consecuencia, que en el presente caso no se ha vulnerado derecho alguno de la peticionaria. En relación con el debido proceso, afirma que en la expedición de los actos de retiro se ha respetado a plenitud el procedimiento previsto en los Acuerdos expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y la ley, teniendo en cuenta que el acto administrativo que reconoció la pensión estaba ejecutoriado y la facultad discrecional ejercida, opera a partir de la inclusión en nómina de los pensionados. Una vez esto ocurre, se notifica al interesado, brindándole la oportunidad de agotar la vía gubernativa. A la accionante además -según afirma el Consejo, se le decidió el recurso de reposición interpuesto contra la resolución que dispuso su retiro.

Asimismo, tampoco es cierto que se le hayan violado los derechos al mínimo vital y a la igualdad, por cuanto en lo que atañe al monto de la pensión, ese es un tema que compete exclusivamente a Cajanal y que esa misma entidad afirmó que se trató de un acto que adquirió firmeza. Además resalta que la accionante reconoce expresamente que ya se le ha reliquidado su mesada pensional y que interpuso los recursos procedentes contra ésta.

Sostiene el Consejo, por lo tanto, que ni la Ley 797 de 2003 ni los Acuerdos de la Sala Administrativa exigen como requisito de procedencia para el retiro, la ejecutoria de todas las reliquidaciones que pueda solicitar el servidor judicial, pues una interpretación semejante conduciría a la imposibilidad absoluta de cumplir la ley o los reglamentos, teniendo en cuenta que la solicitud de reliquidación del monto de la pensión se puede dar en todo momento. La causal de retiro prevista en el artículo 9º parágrafo 3º de la Ley 797 de 2003 fue estatuida como facultad discrecional, que no requiere de la voluntad del servidor judicial y por ello su ejercicio no puede acusarse de sorpresivo y violatorio de la dignidad humana, pues la ley atiende objetivos propios y generales en los que se inspiró el legislador, como es la renovación generacional y el derecho al acceso a un empleo en igualdad de condiciones para los demás asociados [9] .

En el caso objeto de estudio, además, la acción de tutela busca lograr la inaplicación o anulación de actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto como son los Acuerdos a los que se ha hecho mención, así como atacar la Ley 797 de 2003, lo que hace improcedente esa acción constitucional. Además, la Sala Administrativa está en el deber legal de expedir el acto administrativo que aquí se ataca con fundamento en tales disposiciones. Asimismo, el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado de 23 de marzo de 2006 que apoya las consideraciones de la tutelante, no es obligatorio, menos aún cuando la Sección Segunda del Consejo de Estado ya se pronunció sobre las causales de retiro indicadas en la sentencia del 27 de octubre de 2005 y confirmó la validez de los acuerdos del Consejo Superior de la Judicatura en la materia.

En ese sentido, estima la entidad accionada que la causal de retiro consagrada en el artículo 9º parágrafo 3º de la Ley 797 de 2003, es una nueva modalidad de retiro del servicio, que no contraviene lo previsto en el numeral 6º del artículo 149 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, como tampoco corresponde a cualquier otro de los supuestos de dicho artículo, tales como el retiro forzoso motivado por la edad. Esta causal obviamente es aplicable a los servidores judiciales que se encuentren cobijados por el régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, quienes fueron incorporados al Sistema General de Pensiones a partir del 1º de abril de 1994. El Consejo de Estado según indica el ente accionado, manifestó que el artículo 125 inciso 2º de la Constitución, no consagra el derecho de que los trabajadores gocen de manera permanente de un puesto de trabajo, sino que prevé la posibilidad de retiro del servicio por las causales que prevé la ley.

Así, " la circunstancia de que los destinatarios de la norma se encuentren en carrera judicial y aún no hayan cumplido la edad de retiro forzoso no puede considerarse como argumento válido para estimar infringido el artículo 25 de la Carta, toda vez que el derecho al trabajo puede ser razonablemente limitado siempre que ello no constituya una restricción desproporcionada a los intereses de la persona afectada ".

En el mismo sentido, los actos por medio de los cuales la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura reglamentó y desarrolló el retiro de los servidores judiciales que ostentaban el derecho a la pensión de jubilación, fueron proferidos de conformidad con las normas constitucionales, legales y reglamentarias vigentes. Por lo que la accionante cuenta con otras vías de defensa judicial para lograr la inaplicación de la resolución que considera desfavorable. También puede acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa e instaurar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho correspondiente, logrando así mismo solicitar dentro de este trámite, la suspensión provisional del acto administrativo que no comparte. Lo anterior, por ser la tutela un mecanismo subsidiario, cuya procedencia depende de la existencia de un perjuicio irremediable, que no fue demostrado en este caso. El Consejo Superior solicita por lo tanto, que se niegue la acción de tutela de la referencia.

2.2. Caja Nacional de Previsión Social –CAJANAL-. Mediante Oficio No. 749 del 13 de marzo de 2008, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín comunicó al representante legal de la Caja Nacional de Previsión Social -Cajanal- la admisión de la acción de tutela instaurada por la señora Edda del Pilar Estrada Álvarez en contra de esa entidad y del Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, concediéndosele a la Caja accionada, el término de dos días para que ejerciera su defensa. El término procesal indicado, transcurrió en silencio.

3. Hechos relevantes y medios de prueba. De acuerdo con la información allegada por las partes al proceso, la Sala recoge los siguientes hechos y pruebas relevantes:

3.1 . La señora Edda del Pilar Estrada Álvarez [10] ha laborado en la Rama Judicial de Antioquia, desde el 1º de septiembre de 1973. Se encuentra inscrita en la carrera judicial y se desempeñaba al momento de la presentación de la tutela, como Magistrada del Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia.

[11] 3.2 . Mediante la Resolución No. 047702 del 23 de noviembre de 2005, la Caja Nacional de Previsión Social -Cajanal-, le reconoció la pensión mensual vitalicia de vejez a la accionante, por reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio conforme al Decreto-Ley 546 de 1971. El reconocimiento fue en la cuantía de $5.562.749.27, efectiva a partir del 1º de noviembre de 2005, debiendo la peticionaria demostrar su "retiro definitivo del servicio en los términos previstos en la Ley, para el disfrute de esta pensión" [12] .

3.3 . La accionante presentó solicitud de reliquidación de la pensión de vejez el 11 de mayo de 2006 [13] . Su solicitud fue resuelta de forma negativa por la Caja Nacional de Previsión Social -Cajanal-, mediante Resolución No. 33952 del 14 de julio de 2006 [14] .

3.4 . El 17 de agosto de 2006, la señora Estrada Álvarez interpuso recurso de reposición contra la decisión anterior, a fin de que fuera modificada la cuantía de la pensión [15] .

Ese recurso, al momento de la presentación de la tutela no había sido resuelto por esa entidad. 3.5 . De otro modo, el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, mediante la Resolución No. PSAR07-603 del 19 de diciembre de 2007 [16] , dispuso el retiro del servicio de la señora Edda del Pilar Estrada Álvarez [17] , a partir de la fecha de su inclusión en nomina de pensionados por parte de Cajanal. En la parte considerativa de la Resolución No. PSAR07-603 mencionada, se indicó que Cajanal, "a través de la Líder de Notificaciones, mediante certificación expedida el 23 de junio de 2006, manifestó que la anterior resolución de reconocimiento antes señalada (sic) se encuentra en firme" [18] .

La referencia se hizo con respecto a la resolución de reconocimiento pensional original, consideración que a juicio de la tutelante desconoce que ya existía en el momento de certificación, una solicitud de reliquidación presentada por ella, con recursos de la vía gubernativa pendientes por parte de esa entidad, al momento de la presentación de la tutela [19] .

3.6. Con todo, según constancia expedida por el Grupo de Nómina de la Caja Nacional de Previsión Social, la tutelante fue incluida en la Nómina General de Pensionados de Cajanal a partir del 1º de marzo del 2008 [20] .

3.7. El 29 de febrero de 2008, la señora Edda del Pilar Estrada Álvarez, interpuso Recurso de Reposición contra la Resolución No. PSAR07-603 del 19 de diciembre de 2007 del Consejo Superior de la Judicatura, por la que la accionante fue retirada del servicio.

Ese recurso al momento de presentación de la tutela no había sido resuelto por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura [21] .

3.8. En el mes de marzo del 2008, la accionante presentó la tutela de la referencia, alegando la vulneración de sus derechos al debido proceso, seguridad social, igualdad, vida digna y la protección de las personas de la tercera edad, por las razones expuestas, a fin de que se inaplique la Resolución PSAR07-603 del Consejo Superior de la Judicatura que la retira del servicio. Afirma además temer que la Directora Seccional de la Administración Judicial de Antioquia la despoje de su investidura, removiéndola por la vía de facto del cargo, impulsándola, sin tener competencia para ello porque su nominador es el Consejo de Estado, al abandono del mismo, ya que esa funcionaria le indicó que debía entregar el cargo desde el 1º de marzo de 2008 [22] .

3.9. Se adjunta al proceso, copia de una carta del Presidente del Consejo de Estado para la época, Dr. Gustavo Aponte, dirigida al Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, del 7 de marzo de 2008, en la que afirma lo siguiente:

"Cumplo con el deber de manifestarles que la decisión de retirar unilateralmente del servicio a varios Magistrados de Tribunales que tienen pensión de jubilación reconocida y que fueron incluidos en nómina de pensionados y sacados de la nómina de la Rama Judicial, está creando una serie de situaciones problemáticas tanto para ellos como para la Jurisdicción Contencioso Administrativa. (…) Los aspectos más controvertidos de la decisión comentada son:

1. Inaplicabilidad de la Ley 797 a funcionarios y empleados de la Rama cobijados por el Régimen de Transición, pues ellos están amparados por el artículo 149 numeral 6 de la Ley Estatutaria de la Justicia, que a juicio de la Corte Constitucional solamente obra por decisión voluntaria del servidor. Recuérdese que la Ley 797 es ordinaria.

2. La inclusión en nómina de pensionados con el monto liquidado hace varios años viola la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el concepto del mínimo vital.

3. Los Magistrados fueron retirados sin avisar previamente a esta Corporación para proveer sus reemplazos quedando acéfalos dichos despachos. Esto rompe el principio de continuidad de la función pública de administrar justicia.

Seguramente existirán más argumentos frente a esta decisión de la Sala Administrativa. Por ahora mi solicitud es que se clarifique con urgencia la situación y que se responda a los peticionarios sus quejas y a nosotros como Corporación las inquietudes planteadas" [23] .

4. Fallos objeto de revisión. 4.1. Primera instancia. Sentencia de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín. 4.1.1. En primer lugar, mediante auto del 12 de marzo de 2008, el Tribunal Superior de Medellín desestimó la medida provisional solicitada por la peticionaria y tendiente a suspender la Resolución No PSAR07-603 de 2007 del Consejo Superior de la Judicatura, por no estar dicha decisión en firme y no existir constancia de que el recurso de reposición presentado en contra de ese acto administrativo cuya suspensión se solicitaba, hubiese sido resuelto [24] .

4.1.2 . No obstante lo anterior, la tutelante presentó un nuevo requerimiento de suspensión provisional de la Resolución No PSAR07-603 de 2007, afirmando que aunque es cierto que los actos mencionados tanto del Consejo Superior de la Judicatura como el presentado ante Cajanal -el de solicitud de reliquidación pensional-, deberían no estar en firme porque frente a ellos la accionante presentó recursos de reposición que no se han resuelto, el problema es que el contenido de dichos actos ya se agotó y están siendo ejecutados en contravención a sus derechos fundamentales como si estuviesen en firme y por ello se le ha solicitado la entrega de su cargo. En consecuencia invoca la violación de su debido proceso y la amenaza a su mínimo vital así como la necesidad de suspensión provisional de los actos administrativos, teniendo en cuenta que:

"Con una mesada pensional contenida en un acto sin ejecutoriar, está jubilada; y con un acto administrativo recurrido en reposición, y por consiguiente sin ejecutoriar, proferido por autoridad incompetente como lo es el Consejo Superior de la Judicatura (Sala Administrativa) fui retirada del servicio. La consecuencia es diáfana: He sido blanco y objeto de una severa vía de hecho;

estoy discutiendo por vía administrativa mí mesada pensional, pero a la vez la tengo en firme. Y respecto a la naturaleza jurídica de mi relación laboral, ostento doble calidad: Estoy vinculada en ejercicio de funciones como Magistrada del Tribunal Administrativo Grado 21 y a la vez estoy jubilada con inclusión de nómina de jubilados por el Consejo Superior de la Judicatura. Si le atiendo al Consejo Superior de la Judicatura y me ausento de mi cargo, incurro en el delito de abandono del cargo, porque el que tiene la facultad legal para removerme del mismo es el Honorable Consejo de Estado, pero según el Honorable Consejo Superior de la Judicatura, en ejercicio de mi situación laboral actual, estoy incursa en el delito de usurpación de funciones" [25] .

Por las anteriores razones sostiene que: (a) ninguno de los dos recursos pendientes de resolver por vía administrativa constituye obstáculo para ejercer en cualquier tiempo la acción tutelar, como lo prescribe el artículo 9º del Decreto 2591 de 1991, porque el otro medio de defensa debe ser judicial y no administrativo.

(b) Solicita la protección tutelar a la seguridad social como derecho fundamental autónomo. (c) Afirma que el Acto Administrativo del Consejo Superior de la Judicatura es un acto administrativo oficioso, que debe esperar a estar en firme para ser ejecutoriado, especialmente si es en contra de la voluntad de la peticionaria. No obstante, ello no se hizo, porque a pesar de no haber sido resuelto el recurso de reposición, el acto se ejecutó con ese defecto; aún sin que transcurriera el término para interponer el recurso, que venció el 5 de marzo del 2008, y ella ya había sido incluida en la nómina de pensionados el 1º de marzo de ese mismo año. Tampoco se observó el artículo 28 del C.C.A., que indica que por tratarse de un proceso administrativo adelantado de oficio, se le debió comunicar su inicio y ello no se hizo, situación que viola sus derechos fundamentales. Asimismo, el Consejo Superior de la Judicatura vulneró según la tutelante el artículo 55 del C.C.A., en la medida en que los recursos se deben conceder en el efecto suspensivo, y en su caso, se ejecutó el acto de incluirla en la nómina, retirándola del servicio de manera arbitraria, mientras estaba en entredicho la definición de su mesada pensional en Cajanal [26] .

Por último, señaló que los acuerdos del Consejo Superior de la Judicatura no resisten un examen de constitucionalidad, porque: (a) el Consejo Superior, por medio de un acuerdo administrativo, modificó el artículo 149 de la Ley 270 de 1996, sin tener competencia para hacerlo, al introducir una nueva causal de retiro del servicio como es la del retiro forzoso. En efecto, conforme a la ley estatutaria, es causal de retiro forzoso llegar a los 65 años y el Consejo Superior de la Judicatura aplicó esa consideración a cualquier edad, desconociendo que la causal de jubilación está dispuesta para que el interesado se separe del cargo a su elección, salvo a la edad de 65 años, cuando el retiro ya no es voluntario sino forzado, por disposición estatutaria y no por ley ordinaria, acogiendo indebidamente la Ley 797 de 2003. La ley ordinaria, según indica, no puede modificar la estatutaria; menos en el caso de los Magistrados del Tribunal que se rigen por la Ley 270 de 1996 y no por la Ley 797 de 2003. Por tales razones, aduce su derecho a que se defina su situación, invocando expresamente que la tutela no la presentó como mecanismo transitorio sino como una solución definitiva de protección a su derecho al debido proceso y al derecho a obtener de manera permanente y definitiva la reliquidación pensional alegada. Finalmente, (b) aduce que requiere que la incluyan en la nómina de funcionarios judiciales en servicio, y hasta el momento, el Consejo Superior de la Judicatura no le ha respondido un derecho de petición que presentó en ese sentido, por lo que todos los hechos aducidos justifican su solicitud de suspensión provisional de los actos señalados y de definición final de su situación por vía constitucional [27] .

4.1.3 . El 26 de marzo de 2008, la accionante presentó ante el Tribunal, una nueva solicitud de suspensión provisional del acto administrativo que la desvinculó del cargo de Magistrada, afirmando no haber sido incluida en la nómina de ese mes y no figurar ya entre los Magistrados del Tribunal Administrativo de Antioquia [28] , por lo que la situación indefinida en que se encontraba, justificaba a su juicio la suspensión provisional requerida.

4.1.4. Mediante auto del 26 de marzo de 2008, el Tribunal Superior de Medellín, resaltando la situación ambivalente de la accionante, decidió:

(a) suspender provisionalmente los efectos de la Resolución No PSAR07-603 del 19 de diciembre de 2007 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y (b) suspender la inclusión de la funcionaria en la nómina de pensionados de Cajanal y en su lugar ordenar su reincorporación a la nómina de servidores activos de la Rama Judicial a partir del mes de marzo del 2008.

4.1.5 . Finalmente el organismo colegiado en decisión del dos (2) de abril de 2008, profirió el fallo de tutela de primera instancia, concediendo el amparo solicitado por la peticionaria [29] .

Sin embargo, el Presidente del Consejo Superior de la Judicatura manifestó la existencia de nulidad procesal en el trámite tutelar, por no haber sido notificado en debida forma del inicio de la acción de amparo constitucional [30] .

Así, el 9 de abril de 2008, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín, decretó " la nulidad de lo actuado en este proceso constitucional a partir de la actuación posterior al auto admisorio de la demanda del 12 de marzo de 2008" y ordenó provisionalmente la suspensión de los efectos "de la Resolución No. PSAR07-603 del 19 de diciembre de 2007 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, por la cual se dispuso el retiro del servicio de la doctora EDDA DEL PILAR ESTRADA ÁLVAREZ" y, la suspensión "de la inclusión en nomina de pensionados por parte de CAJANAL de la funcionaria judicial en mención, y en su lugar, que fuese reincorporada a la nomina de servidores activos a partir del mes de marzo del presente año, hasta que dentro de los términos legales sea decidida la presente acción" [31] .

4.1.6. Así, mediante sentencia del 23 de abril de 2008 [32] , ese cuerpo colegiado resolvió definitivamente en primera instancia la tutela y concedió el amparo al derecho de petición y al debido proceso de la accionante frente a Cajanal, ordenándole a dicha entidad, resolver de fondo dentro de las 48 horas siguientes, el Recurso de Reposición interpuesto por la señora Edda del Pilar Estrada Álvarez. Al Consejo Superior de la Judicatura, también en protección al derecho al

debido proceso de la tutelante, le ordenó dejar sin efectos la Resolución No. PSARO -603 del 19 de diciembre de 2007, e impartir las instrucciones correspondientes para que la accionante fuese incluida en nómina de servidores activos de la Rama Judicial, a partir del 1º de marzo.

Estas determinaciones se tomaron por el Tribunal Administrativo, al considerar que en efecto se estaba vulnerando "el debido proceso administrativo de la accionante, en la medida en que CAJANAL decide incluir su nombre en la nomina de pensionados y certifica, de manera inexacta, que su situación pensional se halla en firme, sin haberle resuelto el recurso de reposición [sobre reliquidación pensional]. Al tiempo que la SALA ADMINISTRATIVA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA toma la determinación de separarla del servicio valida de una situación que aún no se encuentra jurídicamente consolidada" [33] .

Para concluir, ese Tribunal reiteró sobre la solicitud de reliquidación pensional, que "mientras penda la decisión del recurso de reposición, no le es dado al juez de tutela anticipar la decisión de la autoridad, pues entraría a sustituirla en sus competencias, lo cual resulta inaceptable dentro de un estado de derecho. Distinto sería que ya la vía gubernativa estuviere agotada completamente y que el acto enjuiciado se encontrara en firme, evento en el cual podrá el juez ordinario, en principio, o bien el juez constitucional si se dan los presupuestos para ello, entrar a dirimir la controversia o a tutelar el derecho fundamental, según el caso" [34] , por lo que se denegó la tutela con respecto a la solicitud de reliquidación pensional.

4.2. Impugnación. 4.2.1. Mediante oficio DEAJ08-7173, presentado el 28 de abril de 2008, la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial impugnó la decisión adoptada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín [35] , con base en las siguientes consideraciones:

Sostuvo la entidad interviniente que no se le ha vulnerado el derecho al debido proceso a la tutelante, en razón a que los actos administrativos de retiro se profirieron "con fundamento en las reglas señaladas en la reglamentación vigente, la cual tal como se ha indicado en la contestación de la tutela se expidieron siguiendo los mandatos constitucionales y legales".

Agrega además que la resolución por medio de la cual la Caja le reconoció la pensión de jubilación a la accionante se encuentra en firme, como consta en el certificado de la misma entidad [36] , y no existe solución de continuidad entre el retiro y la inclusión en nómina, pues el retiro sólo opera a partir de esa inclusión como ya ocurrió en este caso. Además, en cuanto a la exclusión de la nómina de funcionarios activos, recuerda esa entidad que en virtud de lo establecido en el artículo 128 de la Carta, "nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro nacional". Así mismo sostiene que el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. PSARO7-603 del 19 de diciembre de 2007, fue resuelto mediante la Resolución No. PSARO8-58 del 25 de marzo de 2008, de manera tal que a juicio del Consejo Superior de la Judicatura, no procedía el amparo constitucional porque el objeto de la tutela ya se había agotado.

Por otra parte, también señala la entidad que le es imposible incluir a la accionante en la nómina de funcionarios activos como lo ordena el fallo, por cuanto la peticionaria nunca fue excluida finalmente de ella, en virtud del auto que dispuso la suspensión que la ejecución de la resolución de retiro.

Actualmente, se encuentra aún activa en dicha nómina. Con base en lo anterior, solicita que se revoquen los numerales 2 y 3 del fallo de primera instancia, tras considerar que no se "vulneró el derecho al debido proceso de la accionante, por haberse agotado el objeto de la tutela y por cuanto las ordenes impartidas en la sentencia resultan abiertamente contradictorias".

En su lugar requiere que se niegue "en su integridad la tutela por los derechos invocados" [37] . 4.3. Segunda instancia. Sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

La Corte Suprema de Justicia [38] mediante providencia del 17 de junio de 2008, revocó la sentencia proferida el 23 de abril de 2008 por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín y en su lugar negó el amparo solicitado por la señora Edda del Pilar Estrada Álvarez.

Resaltó el ad-quem para el efecto, en primer lugar, que la acción de tutela es subsidiaria y no es la vía para sustituir los cauces legales ordinarios, por lo que existiendo acciones judiciales para atacar los actos administrativos mencionados, lo procedente es que ellos sean demandados ante la jurisdicción contencioso administrativa.

En el mismo sentido, contrario a la conclusión del Tribunal, afirma la Corte Suprema de Justicia que "la resolución por medio de la cual se le reconoció la pensión de jubilación [39] a la actora […] le fue notificada personalmente [40] y […] contra ella no interpuso recurso alguno" .

De este modo, es cierto que tanto la resolución por medio de la cual se negó la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida a la accionante, como la resolución por medio de la cual fue retirada del servicio [41] se encuentran ejecutoriadas y en firme, por lo que no hay lugar a conceder la tutela. Destaca igualmente que tampoco puede darse un reconocimiento tutelar como mecanismo transitorio, en la medida en que no se encuentra demostrado el perjuicio irremediable generado por el desconocimiento de derechos fundamentales, pues no es suficiente la simple manifestación de su existencia para la prosperidad de la acción, sino que deben probarse los supuestos de hecho necesarios con base en los cuales pueda deducirse la existencia de un perjuicio irremediable que amerite la concesión. Por ende, el "incumplimiento de este requisito conlleva al fracaso de la petición, ya que el juzgador carece de uno de los soportes básicos que establece la ley para el reclamo del mismo, el cual no puede suplirse por suposiciones o conjeturas".

Con base en lo anterior, se concluye que la tutela es improcedente, por lo que se deniega el amparo y se ordena cancelar la medida provisional decretada en el auto del 9 de abril de 2008 " consistente en la suspensión de la aplicación de los efectos de la -Resolución No. PSARO7-603 del 19 de diciembre de 2007 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura".

II. CONSIDERACIONES y FUNDAMENTOS. 1. Competencia. Esta Sala es competente para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política; el Decreto 2591 de 1991, artículos 33 a 36 y el Auto del 1º de agosto de 2008 de la Sala de Selección de Tutela No. ocho de la Corte Constitucional, que fue comunicado el 12 de agosto del mismo año.

2. Consideraciones previas. Trámite y pruebas en sede de revisión. 2.1. Mediante auto del 31 de octubre de 2008, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional solicitó a Cajanal informar si había dado respuesta efectiva o no al recurso de reposición presentado el 17 de agosto de 2006 por la señora Edda del Pilar Estrada Álvarez, en contra de la Resolución No. 33952 del 17 de julio de 2006, ante su solicitud de reliquidación pensional. Se le solicitó además a dicha entidad, copia del mencionado acto administrativo si la respuesta era positiva [42] .

Por oficio GN-68507, recibido por el Despacho el 16 de diciembre de 2008, la Asesora contratista de la Subgerencia de Prestaciones Económicas, Grupo Nomina de la Caja Nacional de Previsión Social -Cajanal-, informó que mediante la Resolución No.37905 del 8 de agosto de 2008, se resolvió el recurso de reposición interpuesto por la accionante contra la Resolución No. 33952 del 17 de julio de 2006, por medio de la cual se negó la solicitud de reliquidación de la pensión vitalicia de vejez que le fue reconocida, resolución que fue notificada el 3 de septiembre de 2008 [43] . En la mencionada Resolución No 37905 de 2008, se resolvió lo siguiente:

"Artículo Primero: Revocar en todas y cada una de sus partes, la resolución No 33952 del 17 de julio de 2006, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

Artículo Segundo: Reliquidar por nuevos factores salariales la pensión vitalicia por vejez a favor de la señora Edda del Pilar Estrada Álvarez, ya identificada en cuantía de Nueve Millones Setecientos Cincuenta y Nueve Mil Setecientos Dos Pesos con 56/100 M/cte ($9.759.702) efectiva a partir del 4 de julio de 2008, condicionada a demostrar retiro definitivo del servicio para su disfrute (…)" [44] .

2.2 . Según el Oficio DEAJO8-23706 del 2 de diciembre de 2008, notificado el 10 de Diciembre del 2008, la Directora de la Unidad de Recursos Humanos de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, remitió a la señora Edda del Pilar Estrada Álvarez, Magistrada del Tribunal Administrativo de Antioquia, la constancia de inclusión en nomina de pensionados [45] expedida por Cajanal. En ella se le indica nuevamente que desde el mes de diciembre de 2008 se consignará la primera mesada pensional a la accionante, por un valor de $5.562.749 pesos [46] .

Frente a esa decisión la peticionaria presentó ante el Presidente del Consejo de Estado, solicitud de no retiro del cargo por estar pendientes fallos de tutela presentados por ella y por la Dra. Bertha Lucía González Zúñiga por los mismos hechos, en sede de revisión de la Corte Constitucional [47] .

A su vez, ante el Director Ejecutivo de Administración Judicial, presentó derecho de petición a fin de que se corrigiera la inclusión en la nómina de pensionados de manera correcta ya que a enero de 2009 ascendía a la suma de nueve millones setecientos cincuenta y nueve mil setecientos dos mil pesos con cincuenta centavos ($.9.759.702 pesos).

2.3 . Destaca la Corte Constitucional además, los siguientes escritos de la tutelante y de otros Magistrados de distintos Tribunales del país, dirigidos tanto a la Presidencia de esta Corporación, como al Magistrado Sustanciador y a otros miembros de la Sala Plena de la Corte Constitucional, en el que informan de otros actos del Consejo Superior de la Judicatura en materia del retiro del servicio de magistrados, que afirman como irregulares y contrarios a sus derechos así:

- Mediante escritos dirigidos al Presidente de la Corte Constitucional [48] y a Magistrados de esta Corporación, el 29 y 31 de julio de 2008, la señora Edda del Pilar Estrada Álvarez solicitó la revisión de esta acción de tutela, argumentando no sólo la presunta vulneración ocasionada por las entidades accionadas "a los derechos fundamentales de varios magistrados de TRIBUNALES en todo el país", sino también, "para evitar el perjuicio grave que están avocados a sufrir en todo el país, funcionarios judiciales aforados con el régimen especial de transición, con el plan de retiro por JUBILACIÓN FORZADA a cualquier edad que viene aplicando de manera incompetente el CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA (SALA ADMINISTRATIVA)" .

- Por fax del 22 de agosto de 2008, el señor Juan Guillermo Zuluaga Aramburo, Magistrado de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín, solicitó al Magistrado Ponente acumular la acción de tutela interpuesta por él contra la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a la acción interpuesta por la señora Edda del Pilar Estrada Álvarez, Magistrada del Tribunal Administrativo de Antioquia, por considerar que "la decisión que allí se tome será de vital importancia para la Rama Judicial, dado que con el proceder del Consejo Superior de la Judicatura (Sala Administrativa) contraria la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional en lo referente al régimen de transición, aplicable a funcionarios del a rama judicial aforados en este beneficio tal como aparece analizado en el capitulo III de la sentencia T-631/02" [49] .

- Mediante escrito del 3 de septiembre de 2008, los señores Armando Sumosa Narváez y Maritza Blanquicett López, Magistrados del Tribunal Contencioso Administrativo de Sucre, solicitaron al Magistrado Sustanciador proferir dentro del proceso objeto de revisión, sentencia con efectos "INTER COMUNIS" , tras señalar que ellos se encuentran en una situación similar a la de la actora en el expediente seleccionado, toda vez que fueron objeto del retiro de sus cargos por parte de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Resaltaron que cumplen con los requisitos que la Corte Constitucional ha contemplado para la extensión de los efectos de las sentencias de esta corporación a otros personas que no han acudido a esta acción, a saber "(i) que se trate de personas en la misma situación de hecho, (ii)

identidad de los derechos vulnerados; (iii) identidad del hecho que genera la vulneración, (iv) identidad del accionado, (v) existencia común del derecho a reconocer, y (vi) identidad de pretensión".

Con base en lo anterior, reiteran su petición y recalcan su objetivo de salvaguardar en forma efectiva, cierta y oportuna el derecho a la igualdad en las relaciones de trabajo.

[50] - Mediante escrito del 24 de octubre de 2008, la señora Edda del Pilar Estrada Álvarez, Magistrada del Tribunal Administrativo de Antioquia, el señor Juan Guillermo Zuluaga Aramburo, Magistrado de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín y la señora Bertha Lucia Luna Benítez, Magistrada del Tribunal administrativo del Valle del Cauca, afirman "haber sido afectados por la misma medida incompetente de retiro de jubilación y liquidación incorrecta de nuestra mesada pensional" y solicitan decidir en Sala Plena la presente acción. Sostienen que la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, tiene competencia para retirar por jubilación a cualquier edad sólo a funcionarios y empleados judiciales sometidos a las prescripciones de la Ley General de Pensiones 100 de 1993, modificada en este aspecto por el artículo 9º parágrafo 3º de la Ley 797 de 2003, pero no a los aforados hasta el 31 de julio de 2010 por el régimen especial de transición.

Destacan que la aplicación del artículo 9º parágrafo 3º, fue declarado condicionalmente exequible, "siempre y cuando además del reconocimiento de la pensión no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se notifique debidamente su inclusión en nomina de pensionados correspondiente".

De igual manera reiteran que la sentencia T-631 de 2002 "exige como presupuesto para el retiro por jubilación, la correcta liquidación de la mesada pensional ", requisito que no se cumple en sus casos.

Para concluir sostienen que fueron todos retirados de igual forma, con base un acto oculto que nunca se les notificó, por medio del cual fueron incluidos en la nómina de jubilados, y posteriormente se les informó sorpresivamente la fecha según la cual tendrían que entregar su cargo. Con base en lo anterior y con el fin de evitar decisiones contradictorias reiteran su petición de que haya un pronunciamiento general de la Sala Plena de esta Corporación.

[51] 2.4. Por auto del 3 de abril de 2009, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional solicitó a la Caja Nacional de Previsión Social -Cajanal-, informar a la fecha, cuál era la " situación actual de la señora Edda del Pilar Estrada Álvarez con relación a la pensión reconocida por esta entidad, si la reliquidación de la misma se encuentra en firme, o si por el contrario, la accionante manifestó su oposición a la mencionada reliquidación" y, con respecto a la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial del Consejo Superior de la Judicatura, que se señalara si se le había " dado respuesta o no al recurso de reposición presentado el 29 de febrero de 2008 por la señora Edda del Pilar Estrada Álvarez en contra de la Resolución No. PSARO7 -603 del 19 de diciembre de 2007, por medio de la cual se ordenó el retiro del servicio de la accionante y copia efectiva del mencionado acto administrativo " ya que se afirmaba su existencia, dicha copia no había sido allegada al expediente en forma alguna. Igualmente se le solicitó señalar si la señora Edda del Pilar Estrada Álvarez había sido retirada o no del servicio, y si se desempeñaba aún como Magistrada del Tribunal Administrativo de Antioquia a la fecha.

2.5 . Según constancia de la Secretaría General del 20 de abril de 2009, el término probatorio anterior venció en silencio [52] . No obstante, mediante comunicación del 27 de abril de 2009, el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, presentó un informe en el que adjuntó copia de la Resolución No PSAR08-58 de 2008 del 25 de marzo, por la cual se resuelve un recurso de reposición y en la que se confirma la Resolución No PSAR07-603 del 2007. También ratificó que la señora Estrada Álvarez, se encuentra actualmente desempeñando su cargo como Magistrada del Tribunal Administrativo de Antioquia.

3. Problemas Jurídicos. 3.1 . Corresponde a esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional resolver si existe perjuicio irremediable o ausencia de un remedio judicial efectivo en esta oportunidad, teniendo en cuenta que los argumentos

planteados por la segunda instancia apuntan a la improcedencia de la acción de tutela por razones de forma. Si se resuelve este interrogante de manera afirmativa, deberá la Sala responder subsiguientemente las siguientes inquietudes constitucionales de fondo:

· ¿Violó la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura los derechos fundamentales de la accionante al debido proceso administrativo, a la seguridad social en pensiones, a la igualdad, a la protección de las personas de la tercera edad y a la vida en condiciones dignas y justas, al haber separado a la peticionaria de su cargo en la carrera judicial como Magistrada del Tribunal Administrativo de Antioquia, -con una mesada pensional en controversia-, cuando esa entidad afirma haber proferido el acto administrativo de desvinculación en acatamiento de la Ley 797 de 2003, así como haber seguido el trámite señalado en los Acuerdos emitidos por esa entidad, cuya legalidad fue confirmada por el Consejo de Estado, y en cumplimiento de las exigencias de ese acto discrecional que sólo exige el reconocimiento pensional del funcionario judicial y su incorporación en la nómina de pensionados? · ¿Es cierto, que se le vulneró a la accionante el debido proceso administrativo por parte del Consejo Superior de la Judicatura, teniendo en cuenta que el acto administrativo de desvinculación proferido por esa entidad se profirió (a) sin informarle de la existencia del proceso administrativo en curso relacionado con su retiro del cargo;

(b) sin que estuviese en firme su mesada pensional; (c) haciéndole efectiva la desvinculación, a pesar de que en contra de esa decisión existía un recurso de reposición interpuesto y pendiente por la vía gubernativa;

(d) tomando esa determinación en desconocimiento del artículo 149 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia que autoriza esa desvinculación pero de manera voluntaria, (e) incurriendo entonces en una desvinculación por jubilación forzosa no autorizada por la ley y finalmente, (f) excluyendo de la decisión al órgano nominador competente que es el Consejo de Estado? · En lo que respecta a Cajanal, ¿violó esa entidad los derechos al debido proceso administrativo, a la seguridad social, a la igualdad, a la protección de las personas de la tercera edad y a la vida en condiciones dignas y justas de la peticionaria, al certificar la existencia de una mesada pensional en firme para efectos de la desvinculación de la accionante, desconociendo paralelamente que existía un debate entre la demandante y el ente accionado sobre el monto concreto de la mesada y en particular, un recurso de reposición presentado desde 2006 contra el auto que denegó la reliquidación pensional, aún no resuelto? ¿Incurrió esa entidad además, en una violación de los derechos fundamentales indicados al no reliquidarle la mesada pensional en los términos que exige el Decreto 546 de 1971? 3.2 . Para dar respuesta a estas inquietudes, la Sala de Revisión estudiará las exigencias de procedibilidad de la acción de tutela frente a actos administrativos y solicitudes de reliquidación de la mesada pensional, de manera preliminar. Analizada la procedencia o no del amparo constitucional, en el caso de que ello sea conducente estudiará la Corte, lo siguiente: (i) las normas generales y la jurisprudencia relacionada con el retiro efectivo del servicio de los funcionarios de carrera judicial por la causal invocada; (ii) las exigencias de reliquidación pensional en los términos del Decreto 546 de 1971 para los funcionarios judiciales y (iii) finalmente, el caso de la referencia.

4. Consideraciones generales sobre la procedencia de la acción de tutela y su carácter excepcional, en circunstancias relacionadas con la expedición de actos administrativos y decisiones que omiten injustificadamente la aplicación del régimen pensional especial de la Rama Judicial.

4.1 . El artículo 86 de la Carta establece que la acción de tutela sólo procederá cuando el afectado no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo que el amparo se promueva como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. De este modo, la acción de tutela por su propia naturaleza, es un mecanismo de defensa judicial residual y subsidiario [53] .

Ello no significa sin embargo, que la simple existencia del otro medio de defensa judicial implique prima facie la improcedencia del amparo constitucional. Si el otro mecanismo propuesto es ineficaz en la situación propuesta, o existe

un medio judicial apto para la solución de las controversias, pero del contexto se desprende un perjuicio irremediable frente a los derechos fundamentales involucrados, será viable entonces la acción constitucional como criterio preferente de protección.

4.2 . Así las cosas, en el caso de la vulneración o amenaza de derechos fundamentales con ocasión de la expedición de actos administrativos, la jurisprudencia de esta Corporación, siguiendo la precisión anterior, ha considerado de manera genérica que la regla aplicable es la improcedencia de la acción tutelar, teniendo en cuenta que normalmente existen otros medios ordinarios de defensa judicial para asegurar la protección de los derechos alegados, como son las acciones contenciosas de diferente orden. En tales circunstancias se ha resaltado en principio, que la tutela no es el medio judicial pertinente para desvirtuar la validez de un acto administrativo, ni tampoco el medio para revisar la desvinculación u obtener el reintegro de servidores públicos a los cargos de los que han sido separados [54] .

En el mismo sentido se ha considerado también excepcional, la procedencia de la acción de tutela para resolver controversias relacionadas con el reconocimiento o reliquidación de prestaciones sociales, particularmente en materia pensional.

En efecto, la jurisprudencia constitucional [55] ha señalado que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para darle solución a debates jurídicos de ese orden, ya que al tratarse de derechos litigiosos de naturaleza legal, la competencia prevalente para resolver este tipo de conflictos ha sido asignada por el ordenamiento en principio, a la justicia laboral o contenciosa administrativa según las circunstancias objeto de análisis [56] .

4.3 . Sin embargo, tanto en el caso de la acción de tutela contra actos administrativos, como en lo que respecta a solicitudes de reliquidación pensional, la regla general descrita también ha implicado excepciones que han autorizado la pertinencia de esta acción como mecanismo transitorio o principal según la situación, en especial frente a actuaciones administrativas que han involucrado para las personas afectadas, un perjuicio irremediable concreto. Ello ha ocurrido particularmente en aquellas oportunidades en las que la acción de tutela ha sido el medio oportuno de protección para evitar el perjuicio irremediable reseñado o ante la insuficiencia del medio ordinario de defensa, dada la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales objetivamente perturbados [57] .

La procedencia de la acción constitucional en tales casos, en cuanto a su alcance frente a actos administrativos, ha sido avalada no sólo en consideración al artículo 86 de la Carta que así lo autoriza, sino también en atención a lo precisado por los artículos 6 [58] , 7 [59] y 8 [60] del Decreto 2591 de 1991 que permiten el amparo constitucional contra tales actos. En efecto, ha dicho el legislador que de configurarse el perjuicio irremediable, “ el juez de tutela pued[e] suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo ” [61] .

4.4. En cuanto al reconocimiento o reliquidación de pensiones, se ha considerado a su vez que es procedente la acción tutelar, cuando los titulares de esos derechos son personas de la tercera edad o cuando se trata de individuos que por su condición económica, física o mental se encuentran en condición de debilidad manifiesta, lo que permite otorgarles un tratamiento especial y diferencial más digno y proteccionista que el reconocido a los demás miembros de la comunidad [62] . En tales circunstancias, por ejemplo, se ha considerado que la tardanza o demora en la definición de los conflictos relativos al reconocimiento y reliquidación de la pensión a través de los mecanismos ordinarios de defensa, puede llegar a afectar los derechos de las personas de la tercera edad al mínimo vital, a la salud, e incluso a su propia subsistencia, situaciones que según el caso, justificarían el desplazamiento excepcional del medio ordinario de defensa y la intervención plena del juez constitucional, por ser la acción de tutela preferentemente en tales situaciones, al ser un procedimiento judicial breve y sumario de protección de los derechos fundamentales invocados.

El criterio de interpretación acogido por la jurisprudencia constitucional en esas oportunidades, ha tenido como fundamento los artículos 13 y 46 de la Carta, los que le imponen al Estado el deber de brindar una protección especial “a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta”, y la obligación de concurrir, con la colaboración de la sociedad y la familia, a “la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad”.

De este modo si bien en materia de reliquidación de pensiones la acción de tutela es excepcional, puede proceder: “[C]uando se encuentran comprometidos los derechos fundamentales de las personas de la tercera edad, a quienes se les dificulta acceder al mercado laboral para procurarse sus necesidades básicas, siendo la mesada pensional su única posibilidad de sustento.

[63] En estas situaciones, esta Corporación ha considerado que (…) la discusión legal se extiende hacia el ámbito constitucional, debido a las especiales características de los accionantes, quienes al ser de la tercera edad, su mínimo vital y vida digna se encuentran estrechamente ligado a la pronta solución de su situación pensional” [64] .

Por ende, el juez de tutela está obligado en tales casos a conocer de fondo la solicitud y a tomar las medidas necesarias para la protección del derecho vulnerado o amenazado.

[65] Sin embargo, recuerda la Sala que la simple condición de persona de la tercera edad en sí misma considerada, no es una razón única y suficiente para definir la procedencia de la acción de tutela sin mayor análisis. Así, si bien la situación de ser adulto mayor significa un reconocimiento evidente de un deber de protección reforzada constitucional, en la sentencia T-463 de 2003, se precisó que en el caso especifico de las personas que no superan los 71 años de edad:

“[P]ara que el no pago de las mesadas pensionales - o su reajuste - constituya una vulneración directa de derechos fundamentales , aquel debe afectar de manera grave la posibilidad fáctica de subsistencia del accionante, es decir, el perjuicio que ocasiona la omisión de un deber legal debe redundar en un menoscabo desproporcionado de los derechos fundamentales de la persona . Se sigue de lo anterior que si el actor no acredita, al menos sumariamente, la grave afectación de su mínimo vital o de su derecho a la vida digna como consecuencia del no pago - o no reconocimiento- del reajuste pensional, la tutela no será la vía adecuada para demandar el cumplimiento de sus pretensiones.” [66] (Subrayas fuera del original).

4.5. La excepcionalidad de la tutela frente a actos administrativos o con respecto a asuntos relacionados con la reliquidación de derechos pensionales, exige entonces que se acredite un perjuicio irremediable o la ineficacia del otro mecanismo judicial para su procedencia. En cuanto al perjuicio irremediable, la jurisprudencia constitucional exige que éste sea (1) inminente, es decir que “ amenaza o está por suceder prontamente” [67] ;

(2) que las medidas necesarias para impedir el perjuicio, resulten urgentes ; esto es, que la respuesta a la situación invocada exija una pronta y precisa ejecución o remedio para evitar tal conclusión, a fin de que no se de “ la consumación de un daño antijurídico irreparable” [68] ;

y (3) que el perjuicio sea grave, es decir, que afecte bienes jurídicos que son “ de gran significación para la persona, objetivamente ”, [69] lo que implica que sean relevantes en el orden jurídico, material y moral [70] , y que la gravedad de su perturbación sea determinada o determinable.

En el caso particular de la reliquidación o reconocimiento pensional, la Corte en la sentencia SU-975 de 2003, hizo expresa referencia a los criterios de ponderación en materia de reconocimiento de los derechos pensionales por vía de amparo constitucional, a fin de establecer una valoración del perjuicio irremediable, teniendo en cuenta los siguientes elementos: “ (i) La edad para ser considerado sujeto especial de protección;

(ii) La condición física, económica o mental; (iii) El grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital; (iv) La existencia previa del derecho y la acreditación por parte del interesado de la presunta afectación;

(v) El despliegue de cierta actividad administrativa y procesal tendiente a obtener la protección de sus derechos" [71] . Estas circunstancias hacen evidente que en cada caso concreto deberá la Corte verificar los requerimientos antes relacionados, a fin de declarar la procedencia o improcedencia del amparo constitucional como mecanismo transitorio o definitivo para conjurar la presunta vulneración [72] a los derechos fundamentales invocados.

4.6. Ahora bien, aunado a las consideraciones anteriores, esta Corporación ha definido reglas de procedencia de la acción de tutela contra actuaciones administrativas que niegan injustificadamente el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a los servidores de la Rama Judicial y del Ministerio Público, cuando son beneficiarios del régimen de transición e igualmente titulares del régimen pensional regulado por el Decreto 546 de 1971. En estos casos, la Corte ha estimado que dada la posible existencia de una vía de hecho de carácter administrativo derivada de una violación o afectación al debido proceso por inaplicación de las normas legales pertinentes, "el recurso de amparo sólo será procedente, (…) cuando la vulneración de las etapas y garantías que informan los procedimientos administrativos haya sido de tal magnitud, que los derechos fundamentales de los asociados no cuenten con otro medio de defensa efectivo ." [73] .

4.7. Las reglas jurisprudenciales anteriores indican que la Sala debe resolver si la situación que invoca la accionante ofrece algún mecanismo alternativo de defensa judicial idóneo o si, existiendo tal mecanismo, está demostrado el perjuicio irremediable que habilite la procedencia de la acción constitucional [74] .

Para la Sala, lo primero es señalar que existe efectivamente otro medio de defensa judicial ante la jurisdicción contencioso administrativa -como es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos proferidos-, ya que ese medio judicial de protección permite someter al análisis legal tanto el asunto relacionado con la desvinculación de la carrera judicial de la accionante por el Consejo Superior de la Judicatura, como el referente al monto de la mesada pensional reconocida por Cajanal.

Con todo, la violación al debido proceso que la señora Edda del Pilar Álvarez invocó en un primer momento, partió de la aparente ejecución indebida de los actos administrativos descritos, que no estaban en firme al momento de presentación de la acción constitucional y que habían sido recurridos por la demandante oportunamente, tanto, para el caso del Consejo Superior de la Judicatura [75] como para el de Cajanal, sin existir para la fecha un pronunciamiento definitivo al momento de la acción constitucional que habilitara su ejecutoria [76] .

Para la demandante, en consecuencia, se le dio a tales actos administrativos en controversia efectos jurídicos plenos, sin estar en firme, con la virtualidad de un inminente requerimiento del cargo por parte del Consejo Superior de la Judicatura. Esa circunstancia, hacía claramente ineficaces los medios de defensa judiciales contencioso administrativos para ese momento, por tratarse de providencias frente a las que no se había agotado la vía gubernativa aún, existiendo una posible afectación del derecho al debido proceso en su expedición.

4.8. Adicionalmente, la Corte Constitucional en la sentencia T-1092 de 2008 estimó que las acciones propias de la jurisdicción de lo contencioso administrativa para estos casos, no ofrecían una protección inmediata y eficaz a la presunta afectación a los derechos fundamentales al mínimo vital y al trabajo . En efecto, en esa sentencia, que constituye un precedente previo para el caso sujeto a revisión, la demandante también fue desvinculada del cargo de Magistrada de Tribunal en las mismas condiciones reseñadas para la tutelante en esta ocasión, con un reconocimiento pensional inferior al 50% del salario que devengaba. En la providencia que se menciona, la Corte Constitucional consideró que ello significaba una amenaza cierta a que la ejecutoria del acto administrativo del Consejo Superior de la

Judicatura implicara finalmente una afectación definitiva a su mínimo vital, ya que el reconocimiento pensional autorizado, era significativamente inferior a lo devengado hasta el momento por la tutelante, por lo que se consideró procedente la tutela.

Igualmente se dijo en esa providencia, que si al término del proceso contencioso administrativo -de ser ese el mecanismo utilizado -, se encontraba que el acto administrativo de retiro del servicio era nulo, probablemente el restablecimiento del derecho cuya protección solicitaba la demandante por vía de tutela, no podría traducirse en la reincorporación de la actora al cargo del cual había sido desvinculada, teniendo en cuenta que para esa época la demandante podría haber alcanzado ya la edad de retiro forzoso. De suerte que la Corte consideró en la sentencia enunciada, que el perjuicio sobre los derechos al trabajo y al debido proceso de la peticionaria sí era irreparable, por lo que esta Corporación asumió de fondo el análisis de la tutela.

Tales reflexiones son como se ve, aplicables plenamente a la situación de la referencia, por lo que en atención al precedente jurisprudencial descrito en este caso, también es pertinente la procedencia de la acción constitucional de la referencia, especialmente porque la accionante cuenta en la actualidad con 62 años, circunstancia que confirma las razones invocadas por la sentencia previamente descrita sobre el perjuicio irremediable consumado, de someterse a un proceso contencioso administrativo.

Por consiguiente, revisará de fondo esta Corte el asunto de la referencia. 4.9. En el mismo sentido, las anteriores reflexiones aplican para el tema relacionado con la solicitud de reliquidación de las mesadas pensionales, teniendo en cuenta que en concurrencia a los requisitos de procedibilidad de la tutela tradicionalmente reservados para estos casos [77] , la circunstancia que aquí se invoca involucra también una aparente vía de hecho en cuanto a la inaplicación por parte de Cajanal de las normas relacionadas con el régimen especial de los funcionarios de la Rama Judicial. Por ende, si bien al momento de presentación de la tutela no se había agotado aún la vía gubernativa y ahora sí, -lo que habilitaba también la acción constitucional en ese momento-, sigue no obstante siendo procedente la tutela bajo el supuesto de una amenaza al mínimo vital y al debido proceso de la accionante, con fundamento en la aplicación inminente de la decisión de desvinculación proferida por el Consejo Superior de la Judicatura.

En efecto, desde las sentencias T-631 de 2002 y T-169 de 2003 es posible afirmar que puede haber una presunta vía de hecho en una decisión de tal naturaleza, cuando para el calculo de una pensión no se ha tenido en cuenta el régimen de transición del servidor público, ni el salario base sobre el cual se debe calcular la pensión [78] .

4.10 . Por lo tanto, con fundamento en el precedente constitucional descrito y las observaciones anteriores, la Sala revisará a continuación la normatividad y jurisprudencia relacionada con el retiro de los servidores de la carrera judicial.

5. Del retiro de los servidores vinculados al régimen de carrera judicial y la causal relacionada con el reconocimiento de la pensión de jubilación.

5.1 . La Constitución Política en su artículo 125 [79] , estableció como regla general para el acceso a los cargos públicos, el sistema de carrera administrativa. Aunado a ello, determinó que el retiro de los servidores públicos ligados a ese régimen especial debía hacerse por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

La Carta reconoció entonces que el mérito es un criterio determinante en la selección y ascenso de quienes han de ocupar los cargos al servicio del Estado; criterio que rige para todos los órganos y entidades que realicen funciones públicas y que es una regla de observancia general cuyo desconocimiento implica la vulneración de preceptos constitucionales [80] .

El acceso a tales empleos bajo la égida del mérito, debe realizarse entonces por medio de un concurso público -que por definición debe ser objetivo y reglado-siendo el legislador quien debe fijar los requisitos y condiciones para establecer las exigencias en cuanto a las calidades de los aspirantes y las causales de permanencia y retiro de la carrera conforme a la ley [81] .

Los cargos de carrera administrativa han sido creados entonces para el servicio del Estado y de la comunidad (Art. 2, 123 y 125 C.P.), de forma tal que sólo razones de interés general [82] pueden justificar la desvinculación de una persona de un empleo de estas características. Así, todos los empleos de los órganos y entidades del Estado son de carrera, con excepción de los cargos de elección popular, libre nombramiento y remoción y los de trabajadores oficiales vinculados a la administración pública mediante contrato laboral.

Las reglas de carrera que se describen, tiene como propósito asegurar el interés general y el adecuado ejercicio de la función publica, en la medida en que promueven la realización de los principios de eficiencia, eficacia, celeridad, imparcialidad, moralidad y publicidad en el ejercicio de las actividades estatales. Además aseguran el derecho fundamental de todo ciudadano a participar en condiciones de igualdad en el desempeño de funciones y empleos públicos (C.P. Art. 40-7);

promueven la dotación de una planta de personal idónea que preste sus servicios conforme a los requerimientos del interés general y aseguran la estabilidad laboral de los servidores, a partir de la obtención de resultados positivos en la cumplida ejecución de los fines institucionales [83] .

5.2 . En lo que respecta a la carrera judici al [84] , que es una de las carreras administrativas especiales de origen constitucional, los cargos de Magistrados de los Tribunales, los de las Salas de los Consejos Seccionales de la Judicatura, así como los de los Fiscales, jueces y empleados que por disposición expresa de la ley no sean de libre nombramiento y remoción, son de carrera según la Ley 270 de 1996 (Art.

158) [85] . La provisión de cargos para tales funcionarios se realiza a través de las siguientes etapas: concursos de méritos, conformación del Registro Nacional de Elegibles, elaboración de listas de candidatos, nombramiento y confirmación. Para los empleados, se debe cumplir con un concurso de méritos, la conformación del Registro Seccional de Elegibles, la remisión de listas de elegibles y el nombramiento (art. 162 de la Ley 270 de 1996) [86] .

Quienes nominan a los jueces y magistrados según la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, son en general, las respectivas Corporaciones o Salas. No obstante en el caso de los Magistrados de Tribunal, es la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado según el caso. Para los cargos de Jueces de la República, el respectivo Tribunal (Art. 131 Ley 270 de 1996). La designación se puede hacer en propiedad, en provisionalidad o incluso por encargo, hasta por dos meses, atendiendo los términos del artículo 132 de la Ley 270 de 1996 [87] . De tal forma que una vez que se produzca una vacante, el nominador solicitará a la Sala Administrativa del Consejo Superior o Seccional de la Judicatura según sea el caso, el envío de la correspondiente lista de elegibles para hacer la designación.

De acuerdo con la Ley Estatutaria descrita, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura tiene el deber de realizar " procesos de selección permanentes con el fin de garantizar en todo momento disponibilidad para la provisión de las vacantes que se presenten en cualquier especialidad y nivel dentro de la Rama Judicial " (artículo 163 de la Ley 270 de 1996).

5.3 . Ahora bien, en lo que respecta al retiro de funcionarios vinculados al régimen de carrera, la Carta en general le ha reconocido una amplia potestad al legislador para fijar los requisitos y condiciones que se deben observar cuando sea necesario determinar el mérito y las calidades de los aspirantes para el ingreso y el ascenso, como también para señalar las excepciones al sistema y para establecer causales de retiro de la carrera distintas al régimen disciplinario o al sistema de evaluación del desempeño.

En armonía con lo anterior, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, Ley 270 de 1996, que regula el tema de la carrera administrativa para los funcionarios judiciales, en su artículo 149, señala algunos de los eventos en los que se produce la cesación definitiva de tales funciones a saber:

“1. Renuncia aceptada. 2. Supresión del Despacho Judicial o del cargo. 3. Invalidez absoluta declarada por autoridad competente. 4. Retiro forzoso motivado por edad.

5. Vencimiento del período para el cual fue elegido. 6. Retiro con derecho a pensión de jubilación. 7. Abandono del cargo. 8. Revocatoria del nombramiento.

9. Declaración de insubsistencia. 10. Destitución. 11. Muerte del funcionario o empleado.” [88] Con relación a la causal de retiro con derecho a la pensión de jubilación del numeral 6º, es evidente que ella permite el acceso al cargo de otras personas que deseen ingresar a la carrera judicial en condiciones de igualdad, a la par que garantiza el derecho del ex funcionario a disfrutar de su pensión.

No obstante, la Corte Constitucional en ejercicio del control previo que despliega sobre los proyectos de ley estatutaria, en la revisión de la Ley 270 de 1996 [89] , condicionó la exequibilidad del numeral 6° que establece la causal de “ retiro con derecho a pensión de jubilación” del artículo 149, a que dicha causal sea aplicable:

(i) habiéndose cumplido con los requisitos legales para obtener la pensión de jubilación y a partir de la inclusión del funcionario en la nómina de pensionados de la entidad de previsión, con el propósito de asegurar en todo momento la efectividad de los derechos del pensionado y (ii) cuando ese retiro sea voluntario o ante condiciones laborales que ameriten el reemplazo del funcionario. En efecto, la Corte precisó en la sentencia C-037 de 1996, que no basta con el cumplimiento de los requisitos para obtener la pensión para dar por terminada la relación laboral, sino que es necesario que el trabajador manifieste su voluntad en tal sentido. De lo contrario tendría derecho a seguir laborando no obstante reunir los requisitos para obtener la pensión, hasta que decida retirarse voluntariamente u ocurra otra causal de retiro definitivo del servicio. El condicionamiento aludido, de hecho, fue establecido por esta Corporación en los siguientes términos:

“De acuerdo con los artículos 124, 125 y 150-23 de la Carta Política, el legislador está facultado para definir el régimen aplicable a los servidores públicos que hagan parte de la rama judicial, dentro del cual se incluyen también las causales de retiro del servicio. Así, para la Corte, la enumeración que contempla el artículo bajo examen se ajusta a los postulados constitucionales, sin perjuicio de las siguientes aclaraciones.

(…) Respecto del numeral 6o., debe entenderse que la disposición se refiere únicamente a aquellos eventos en que el trabajador, habiendo cumplido con los requisitos legales para obtener su pensión de jubilación, ha decidido voluntariamente su retiro por haber llegado a una edad o a unas condiciones laborales que ameriten su reemplazo ” [90] .

5.4. De otro modo, con la Ley 797 de 2003 [91] artículo 9º, el Legislador estableció como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria , “que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones ” [92] . Del mismo modo, dicha ley señaló que transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumplieran con los requisitos establecidos en ese artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicitaba, el empleador podría solicitar el reconocimiento de la misma a nombre de aquel.

El citado parágrafo del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, fue declarado exequible de manera condicionada por la Corte Constitucional en la sentencia C-1037 del 5 de noviembre de 2003, en la que se resaltó que el retiro por razón de la

pensión en estos casos podía producirse, “siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión, no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente ” [93] .

Así, en lo pertinente, señaló esta Corporación lo siguiente: “(…) La desmejora en los ingresos del trabajador al cambiar su status de trabajador activo al de pensionado, dado que en el mejor de los casos recibirá lo equivalente al 75% de su salario, no puede traducirse tampoco en que no reciba la mesada pensional durante ese intervalo de tiempo, puesto que dicha situación cercenaría, también, la primacía que la Carta reconoce a los derechos inalienables de la persona, en este evento del trabajador.

Esta circunstancia permite a la Corte concluir que no puede existir solución de continuidad entre la terminación de la relación laboral y la iniciación del pago efectivo de la mesada pensional , precisamente para asegurar al trabajador y a su familia los ingresos mínimos vitales, así como la efectividad y primacía de sus derechos (C.P., arts. 2° y 5°). Por lo tanto, la única posibilidad de que el precepto acusado devenga constitucional es mediante una sentencia aditiva para que el trabajador particular o servidor público sea retirado sólo cuando se le garantice el pago de su mesada pensional, con la inclusión en la correspondiente nómina, una vez se haya reconocido su pensión.

La Corte constata que con este condicionamiento no se incurre en la prohibición constitucional conforme a la cual no se pueden recibir dos asignaciones que provengan del tesoro público (C.P., art.128), en relación con los pensionados del sector público, pues una vez se incluye en la nómina correspondiente el pago de la mesada pensional respectiva debe cesar la vinculación laboral.” [94] (Subraya fuera del original).

Como puede verse, la causal de la Ley 797 de 2003 a la que se hace referencia, no puede entenderse configurada para el trabajador sólo con el reconocimiento de su pensión, sino que se requiere que éste haya sido incluido en la nómina de pensionados correspondiente y que dicha inclusión le ha sido legalmente notificada para que ésta pueda hacerse efectiva.

5.5. Ahora bien, según lo indica la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, ésta expidió el Acuerdo 1911 del 16 de junio de 2003 [95] , a través del cual se reglamentó la aplicación del artículo 9° parágrafo 3° de la Ley 797 de 2003 para la carrera judicial, el cuál en su artículo 3°, estableció lo siguiente:

“La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura ejercerá la facultad de ordenar el retiro de los servidores judiciales que se encuentren incursos en la causal contemplada por el artículo 9º, parágrafo 3º de la Ley 797 de 2003”.

Con base en lo anterior, el Consejo Superior de la Judicatura acordó: (i) levantar un censo general de los servidores en carrera que tuvieran reconocida la pensión de jubilación o que hubieran cumplido los requisitos para tal efecto [96] ;

(ii) comunicar a los servidores judiciales su situación administrativa [97] , y (iii) ejercer la facultad de ordenar el retiro de los servidores judiciales que se encuentren incursos en la causal referida, de acuerdo con el plan de desvinculación que se establezca [98] .

Mediante el Acuerdo PSAA-3360 del 15 de marzo de 2006 [99] , además, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, adoptó el programa de retiro de los servidores judiciales vinculados por el régimen de carrera que cumplen los requisitos para obtener su pensión de vejez. Este fue modificado por el Acuerdo -PSAA07-4043 de mayo 24 de 2007 [100] -, que indica en su artículo primero, que es la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, la autoridad competente para expedir el acto administrativo que dispone el retiro de los servidores de carrera judicial, así:

“ Autoridades competentes para expedir el acto de retiro. De conformidad con la facultad conferida en el parágrafo 3° del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, corresponde a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, expedir el acto administrativo que dispone el retiro de los servidores vinculados por el régimen de carrera judicial, por cumplimiento de los requisitos para tener derecho a la pensión de vejez de los Magistrados de Tribunales Superiores,

Administrativos y Consejos Seccionales de la Judicatura; de los empleados que prestan sus servicios en la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura y la Dirección Ejecutiva y Seccionales de Administración Judicial.” 5.6 . Ahora bien, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, conoció de una acción de nulidad presentada en contra el Acuerdo No 1911 del 16 de julio de 2003 del Consejo Superior. El Acuerdo que se describe fue acusado de violación de los artículos 15 (intimidad personal), 25 (derecho al trabajo) y 29 (debido proceso) de la Carta, así como de controvertir lo previsto en el artículo 149 de la Ley 270 de 1996 en materia de ley estatutaria y de autonomía de los funcionarios judiciales. El Consejo de Estado mediante sentencia de octubre 27 de 2005, Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante, denegó la pretensión de nulidad en contra de esa disposición, con base en las siguientes consideraciones: (i) el Acuerdo acusado persigue propósitos de interés general constitucionalmente legítimos, como son los relacionados con el mantenimiento de un adecuado servicio de justicia mediante el arribo de nuevos funcionarios y empleados, y la búsqueda simultánea de la satisfacción de los requisitos relativos a la preservación de los derechos pensionales de quienes han cumplido con ellos. Por ende, se consideró que no se violaba el derecho a la intimidad, puesto que existía una justificación constitucionalmente válida para la restricción de ese derecho, con fundamento en razones de interés general previamente indicadas. En lo concerniente al derecho al trabajo, la providencia que se cita expresó que el artículo 25 de la Carta no consagra un derecho a que los empleados gocen de manera permanente de un puesto de trabajo. Por lo tanto, quienes se encuentren en carrera judicial y aún no han cumplido la edad de retiro forzoso, no pueden considerar infringido el artículo 25 superior con el Acuerdo, dado que “ el derecho al trabajo puede ser razonablemente limitado siempre que ello no constituya una restricción desproporcionada a los límites de la persona afectada” . Así, a juicio del Consejo de Estado, la limitación a la autonomía de la voluntad propuesta por el acuerdo no es inconstitucional, teniendo en cuenta que dicha causal “constituye un desarrollo directo de lo prescrito por la norma legal que erige como nueva causal de retiro del servicio, la voluntad de la administración, cuando se cumplan los requistos para la pensión de jubilación ”.

[101] El Consejo de Estado por último, señaló con relación a los cargos formulados contra el Acuerdo 1911 de 2003 consistentes en que éste viola el artículo 149 de la Ley 270 de 1996, que no obstante el condicionamiento establecido por parte de la Corte Constitucional frente a esta norma, el legislador claramente puede establecer “ una nueva causal de retiro o de cesación definitiva de las funciones” , como “ el retiro del servicio por voluntad de la administración cuando el servidor público cumple los requisitos para obtener la pensión de vejez ”. Considerando entonces que la causal de la Ley 797 de 2003 se trata de una causal nueva y diferente a la consagrada en la ley estatutaria de la administración de justicia, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo señaló que:

“Efectivamente, en el sentido indicado por la actora, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del artículo 149, numeral 6, de la Ley 270 de 1996.

Sin embargo el hecho de que el legislador hubiese consagrado una modalidad determinada de retiro del servicio, la de “Retiro con derecho a pensión de jubilación” que, según la sentencia de constitucionalidad de la Corte [102] , debe respetar el elemento de voluntariedad, no inhibe su facultad para establecer una nueva causal de retiro o de cesación definitiva de las funciones, el retiro del servicio por voluntad de la administración cuando el servidor público cumple los requisitos de pensión de jubilación.

En consecuencia, el Acuerdo 1911 del 16 de julio de 2003 no contraviene lo dispuesto por el artículo 149, numeral 6, de la Ley 270 de 1996 pues mientras de las causales establecidas en el artículo 149, se sigue lógicamente la cesación definitiva de las funciones, en el evento de la ocurrencia de la causal prevista por la Ley 797, artículo 9, parágrafo 3, que fue desarrollada por el acuerdo 1911 de 2003, no sobreviene necesariamente la cesación definitiva de funciones sino el surgimiento de una facultad, que puede ser ejercida o no, en cabeza de la administración, para retirar del servicio a determinados empleados y funcionarios de la Rama Judicial. Como al Consejo Superior de la Judicatura, Sala

Administrativa, se le confió la administración de la carrera y la reglamentación de la misma, la aplicación, vía reglamento, de la causal de retiro de la carrera establecida en la ley 797, artículo 9, parágrafo 3, no contraviene la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia" [103] .

El máximo Tribunal de lo contencioso administrativo en la providencia referida, estimó entonces que la causal de retiro del servicio consagrada en el parágrafo 3° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, podía ser aplicable plenamente a los funcionarios judiciales por voluntad del legislador [104] . En otras palabras, que las disposiciones aludidas no resultaban incompatibles, como quiera que en la Ley 270 de 1996 se definió una causal de la que "se sigue lógicamente la cesación definitiva de las funciones" , mientras que la Ley 797 de 2003 contempló una "facultad, que puede ser ejercida o no, en cabeza de la administración, para retirar del servicio a determinados empleados y funcionarios de la Rama Judicial" .

5.7 . La Corte Constitucional sin embargo, en un precedente reciente establecido en la sentencia T-1092 de 2008, revisó una situación similar a la que aquí se presenta, en el caso de una Magistrada del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca contra la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, quien alegó la violación de los derechos al trabajo, mínimo vital, debido proceso, igualdad y honra. En efecto, por Resolución de diciembre de 2007, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura la retiró igualmente del servicio de la carrera judicial del cargo de Magistrada, y dispuso que dicho retiro operaría a partir de la fecha de inclusión en nómina de pensionados, con fundamento en los mismos hechos que hoy se discute por la aquí accionante, estando pendiente también una solicitud de reliquidación pensional.

En esa sentencia, esta Corporación consideró que conforme con el artículo 152 superior, existe reserva de ley estatutaria para los asuntos relacionados con la administración de justicia que afecten la estructura general de la Rama, que establezcan o garanticen la efectividad de los principios que le son inherentes o que desarrollen sus aspectos sustanciales, como varias veces lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional [105] y lo asegura la Carta.

De esa interpretación se concluyó entonces, que evidentemente el legislador conserva competencia para regular libremente los asuntos que no guarden relación estrecha con los principios o estructura antes mencionados, en virtud de la cláusula general de competencia legislativa a través de leyes ordinarias si es del caso. No obstante, en lo que respecta a la carrera judicial, la Corte precisó que de acuerdo con las sentencias C-037 de 1996 y C-658 de 2000, el legislador ordinario sólo puede especificar mediante leyes ordinarias, aspectos " que no fueron regulados en la ley estatutaria de la administración de justicia, sin que aquella pueda tener el alcance de modificar, adicionar, reemplazar o derogar las normas contenidas en la ley especial, en atención al régimen jerárquico que las vincula " [106] . Así, en la sentencia C-037 de 1996 que precisamente revisó dicha ley, se afirmó sobre tal posibilidad lo siguiente:

"(…) Significa lo expuesto, entonces, que para esta Corporación el Congreso de la República sí puede expedir una ley ordinaria sobre carrera judicial que se ocupe de los aspectos que no fueron regulados en la ley estatutaria sobre administración de justicia, aunque, atendiendo el régimen jerárquico de las leyes, las disposiciones ordinarias que se expidan no podrán modificar, adicionar, reemplazar o derogar las normas contenidas en esta ley estatutaria, pues para ello deberá someterse la respectiva ley al trámite previsto en los artículos 152 y 153 de la Carta Política ".

En mérito de lo anterior, la Corte Constitucional consideró pertinente aclarar en la providencia a la que se hace referencia, cuál es el alcance que para los funcionarios de la Rama Judicial tiene el parágrafo 3º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, tomando en consideración la existencia del numeral 6º del artículo 149 de la Ley 270 de 1996 y el carácter estatutario de este último.

De esta forma, la sentencia que se cita se llegó a la conclusión de que existía identidad material entre las disposiciones contrastadas de la Ley 797 de 2003 (art. 9) y la Ley 270 de 1996 (art. 149), por tratarse de una misma causal, de forma

tal que el problema de aplicación de los preceptos descritos para el caso de la carrera judicial debía resolverse tomando en consideración la jerarquía normativa diversa entre las normas invocadas. Para la Corte Constitucional, el Consejo de Estado confundió el mecanismo para hacer efectivo el retiro del servicio en tales casos, con la causal en sí misma considerada que se refiere a obtención de la pensión de jubilación sobre la base del cumplimiento de los requerimientos para tener derecho a la pensión de vejez, a la que se refieren ambas disposiciones como razón para el retiro. Por lo tanto, a juicio de esta Corporación, si bien " el mecanismo por el cual se hace efectivo el retiro del servicio (…) en el caso de la ley estatutaria de administración de justicia requiere de la voluntad del trabajador según el condicionamiento introducido por la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996, y en la ley 797 de 2003, está sujeto a la voluntad del empleador ", ello no implica que se trate de una causal diferente de retiro del servicio en sí misma considerada.

Para la Corte no es válida entonces la interpretación realizada por el Consejo de Estado en el sentido de concluir que se trata de situaciones jurídicas diferentes, toda vez que al referirse a una misma causal de retiro del servicio con diverso mecanismo de ejecución, estas normas, para el caso de los funcionarios de la rama judicial, resultan ser incompatibles jurídicamente entre sí al momento de su adopción y de la interpretación normativa. Por lo tanto, la imposibilidad de que una ley ordinaria derogue otra de raigambre estatutaria, obligó a la Corte Constitucional a concluir que para que opere el retiro del servicio de un servidor judicial con derecho a pensión, deberá mediar necesariamente el consentimiento del funcionario tal y como fue establecido por la Corte Constitucional en la Sentencia C-037 de 1996. En palabras de esta Corporación:

"[P]ara el caso de los funcionarios de la rama judicial, no es posible aplicar la causal de retiro del servicio por el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión, consagrada en el Régimen General de Seguridad Social porque, dado que hace parte de una ley ordinaria, no tiene el alcance de modificar aquélla consagrada en una ley estatutaria" [107] .

En consecuencia, esta Corporación sostuvo en el precedente que se cita, que la Ley 797 de 2003 es aplicable a todos los trabajadores públicos y privados, a menos que exista una disposición especial de aplicación prevalente, como ocurre en el caso de los funcionarios de la Rama Judicial cuyo régimen especial de carrera ha regulado esa causal por ley estatutaria, de forma tal que no es posible la modificación, adición, reemplazo o derogación por una ley que no sea de la misma naturaleza.

5.8 . En consideración a lo anterior revisado el tema del retiro de los funcionarios de la rama con fundamento en la causal invocada, revisará la Sala a continuación las reglas constitucionales en lo concerniente al reconocimiento pensional y reliquidación en los términos del Decreto Ley 546 de 1971.

6. Del reconocimiento y reliquidación pensional y las consideraciones jurisprudenciales sobre la posible existencia de una vía de hecho administrativa por inaplicación del régimen especial de la Rama Judicial. Reiteración de Jurisprudencia.

6.1 . El artículo 29 de la Carta, garantiza el debido proceso en todas las actuaciones judiciales como en las administrativas. El debido proceso en este sentido, no sólo es un derecho fundamental sino también es un principio rector de la actuación administrativa del Estado, que se constituye en una garantía para los administrados en la medida en que asegura que todo acto que se profiera con la venia de las autoridades, se someterá a las disposiciones de ley, y que la imposición de cargas, sanciones o incluso la modificación de las situaciones jurídicas que se realicen, se ajustará a los procedimientos y reglas establecidos por el legislador.

El derecho al debido proceso administrativo en consecuencia, consolida esa garantía, y exige la aplicación de las normas procesales y el respeto de los principios que informan el ejercicio de la función pública [108] . Así, los actos de la administración deben [109] (i) realizarse sin dilaciones injustificadas;

(ii) bajo el procedimiento previamente definido en las normas; (iii) por autoridad competente; (iv) de acuerdo a las formas propias de la actuación administrativa previstas en el ordenamiento jurídico y con total respeto de las disposiciones normativas sobre las que se basa ;

(v) en acatamiento del principio de presunción de inocencia; (vi) respetando el derecho de defensa y (vii) reconociendo el derecho a impugnar las decisiones que en contra se profieran, al igual que la oportunidad de presentar y a controvertir pruebas y a solicitar la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso.

[110] Es por esto que a los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones les está vedado actuar por fuera de las funciones atribuidas por la Constitución o la ley, ya que el Estado Social de Derecho (C.P.

Art. 1), sus fines y el principio de igualdad ante la ley (C.P. art. 13) son el marco jurídico sobre el cual se deben ceñir sus actuaciones [111] .

6.2 . La jurisprudencia constitucional ha reconocido entonces, que la actuación administrativa que incurra en abierta contradicción con las normas Constitucionales o legales y viole derechos fundamentales, resulta ser una actuación de hecho [112] susceptible de protección constitucional. En este sentido, todo acto de la administración que se aparte de las normas aplicables para realizar la propia voluntad del funcionario administrativo, a despecho de las normas legales, implica una violación del derecho al debido proceso [113] administrativo.

En la sentencia T-418 de 2003, se dijo que existe indudablemente una vía de hecho administrativa, susceptible de la acción de tutela como mecanismo transitorio, o, excepcionalmente, en forma definitiva, cuando según las circunstancias del caso concreto y en atención a un perjuicio irremediable existente, se deba conjurar la afectación de derecho fundamental al debido proceso. En caso de que se incurra en tales actuaciones, la jurisprudencia de la Corte ha reconocido cuatro modalidades de defectos en las decisiones administrativas:

“1) [cuando se] presente un grave defecto sustantivo, es decir, cuando [una decisión] 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 [funcionario] 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 [funcionario] se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite a determinadas cuestiones.” [114] .

6.3. En el caso de los funcionarios vinculados al régimen especial de jubilación de la Rama Judicial, ha precisado la Corte Constitucional en diferentes ocasiones, cuál es el alcance del amparo tutelar contra actuaciones administrativas que niegan injustificadamente el reconocimiento, pago o reliquidación de su pensión de jubilación en los términos de ley, en situaciones en las que de acuerdo con las reglas previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 son beneficiarios del régimen de transición y por ende titulares del régimen especial de la Rama Judicial y el Ministerio Público, regulado por el Decreto 546 de 1971 [115] .

Así, en la sentencia T-631 de 2002, la Corte estudió a profundidad si el derecho al régimen de transición y a un régimen especial como el de la Rama Judicial, en sí mismo considerado, incluía en cuanto a su contenido, la correcta liquidación de la mesada pensional. Igualmente revisó si podía llegar a ser procedente una tutela en materia de reliquidación pensional por desconocimiento de ese régimen especial, cuando el aspirante a jubilado aún no se había retirado de su trabajo y recibía aún su salario, al momento de la presentación de la tutela [116] .

En cuanto al primer aspecto, esta Corporación llegó a las siguientes conclusiones generales, que son relevantes en la medida en que señalan la línea que ha sostenido la Corte Constitucional en estas materias, como sigue a continuación:

(a) La persona que adquiere el status de jubilado, tiene un derecho adquirido conforme al artículo 58 de la Carta al reconocimiento pleno y oportuno de su pensión dentro del marco normativo correspondiente, preferenciándose el derecho sustancial. En materia de seguridad social en pensiones, el derecho se adquiere no sólo con base en la normatividad de la Ley 100 de 1993 y demás leyes, sino tomando en consideración también otros regímenes pensionales anteriores, -como ocurre para quienes están bajo el régimen de transición-, siempre que se den las circunstancias que establece la ley para el efecto.

(b) La seguridad social en pensiones adquiere el carácter de derecho fundamental conforme a los artículos 11, 13, 16, 46 y 48 de la Carta en el caso de las personas de la tercera edad , teniendo en cuenta que se trata de sujetos de especial protección constitucional que ante la ausencia de un adecuado reconocimiento de sus garantías pensionales pueden verse afectadas o amenazados en sus derechos a la vida, igualdad, petición, debido proceso, dignidad humana, integridad o mínimo vital, entre otros. El reconocimiento correcto de una pensión tiene según esta providencia, el carácter de fundamental para las personas de la tercera edad, de acuerdo con los artículos 23, 29 y 48 de la Constitución.

(c) La sentencia que se cita también recordó que varios principios constitucionales son útiles en el análisis de la normatividad sobre reconocimiento pensional y reliquidación. Por ello precisó esa providencia que:

(i) la eficiencia en tales casos, significa no obstaculizar el derecho del jubilado a acceder efectivamente a su pensión de jubilación conforme al reconocimiento y los términos fijados en la ley. (ii) La irrenunciabilidad, por su parte, incluye la irrenunciabilidad a los elementos integrantes del derecho, lo que denota la potestad del pensionado a reclamar lo que es debido en cada caso. Y en lo que respecta a la favorabilidad , (iii) se recalcó que ésta no opera sólo ante conflictos normativos, sino que al escogerse una norma entre las de posible aplicación, ésta debe ser empleada en su integridad, ya que no le es permitido al administrador que debe reconocer o reliquidar una pensión, elegir de cada norma lo más ventajoso o lo menos, desechando los otros aspectos regulados en ella, pues actuando de esa forma desconoce el deber de aplicación normativa y se convierte en legislador. Por ende, aseveró la providencia a la que se hace referencia, que en el caso pensional no es posible excluir los beneficios propios de los regímenes pensionales especiales y incluir otros a la hora de su aplicación.

(d) La sentencia a la que se hace referencia, entonces, concluyó que desconocer injustificadamente un régimen especial en materia pensional significa violar el derecho a la seguridad social en conexidad con el derecho fundamental al debido proceso y los derechos adquiridos de los ciudadanos afectados.

De esta forma, un acto administrativo que resuelve sobre una pensión de jubilación puede incurrir en una vía de hecho que comprometa el debido proceso en materia administrativa, cuando no se da aplicación al régimen especial de la Rama Judicial y del Ministerio Público, al forzar arbitrariamente el ordenamiento jurídico, desconociendo con ello derechos irrenunciables de carácter pensional, ignorando la favorabilidad laboral y los derechos adquiridos de las personas, y afectando así la seguridad social de sujetos de especial protección constitucional. Una actuación de esta naturaleza es una vía de hecho, en la medida en que la actuación de la autoridad pública respectiva desatiende el régimen especial aplicable en materia pensional debiendo aplicarlo, carece de fundamento objetivo, obedece a motivaciones internas y actúa en contradicción con el deber de protección de los derechos fundamentales de los asociados, especialmente el derecho al debido proceso [117] en materia pensional.

(e) En cuanto al régimen especial de la Rama Judicial y del Ministerio Público y sus características particulares, se recordó que la Ley 100 de 1993, al establecer el régimen de transición del artículo 36, mantuvo entonces los regímenes especiales y concretamente lo establecido en el Decreto 546 de 1971, que en su artículo 6º regula dicho aspecto pensional [118] .

De esta forma, se especificó que un elemento de ese régimen especial de los funcionarios de la rama judicial, es el monto de la mesada pensional. Y se concluyó que tanto la base de cotización como el porcentaje correspondiente de reconocimiento pensional, resultan ser dos componentes inseparables que determinan el importe pensional final. Por lo tanto, según la providencia a la que se hace referencia, se incurre en una vía de hecho y se viola así el debido proceso y los demás derechos como la vida digna, el trabajo, la seguridad social y los derechos adquiridos de las personas cobijadas bajo el régimen descrito, si se desconoce que (i) la base de cotización está en relación directa con el salario que se devengue en el periodo determinado por el régimen especial y (ii) si quien liquida una pensión no toma en consideración el porcentaje de la base reguladora que figura en el régimen especial, (f) Por otra parte, y en lo concerniente a la segunda inquietud propuesta en esa sentencia con relación a si se vulneraba o no el mínimo vital de una persona que solicitaba la reliquidación pensional por vía de tutela ocupando todavía su posición laboral en la Rama Judicial, esta Corporación -tomando en consideración la sentencia T-1284 de 2001, consideró que:

“[R]esultaría absurdo que para efectos de 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” [119] .

Por lo tanto, se estimó procedente la tutela también en ese caso, ya que se recordó que el mínimo vital no es una calificación objetiva, sino que depende de las situaciones concretas de cada accionante, de forma tal que la tutela puede ser procedente ante su afectación o su amenaza. Se dijo igualmente que disminuir arbitrariamente el monto de una pensión, es obligar a la persona a no retirarse del trabajo. Por ende, en ese caso se consideró que la afectación del mínimo vital al ser cualitativa y no cuantitativa, -esto es, que no se funda en el monto en sí mismo sino en las características propias del caso para cada quien-, era una amenaza cierta a las condiciones mínimas de sostenimiento de esa persona con ocasión del desconocimiento al debido proceso administrativo.

6.3. La jurisprudencia de esta Corporación -como se dijo anteriormente- ha reiterado en varias oportunidades las diferentes consideraciones ofrecidas en el fallo anterior. Podría estimarse entonces que la Corte ha llegado a la conclusión de que existe una violación al debido proceso administrativo y por lo tanto una vía de hecho que atenta directamente contra el artículo 29 de la Carta Política, cuando se incurre en una liquidación impropia de una pensión de jubilación en estos casos, dado que los funcionarios administrativos no pueden soslayar la aplicación debida de las normas jurídicas, vulnerando con ello derechos fundamentales de las personas y desconociendo la favorabilidad interpretativa [120] en materia laboral.

Al respecto pueden citarse algunas providencias que han reiterado las apreciaciones anteriores sobre el alcance de estos derechos [121] . En la sentencia T-169 de 2003 se manifestó expresamente que cuando un acto administrativo que resuelve sobre una pensión de jubilación no da aplicación a las normas referentes a un régimen especial como ocurre para el caso de los funcionarios de la Rama Judicial y del Ministerio Público, se puede incurrir en una vía de hecho de esta naturaleza , dado que el funcionario en forma arbitraria y con fundamento en su sola voluntad, actúa franca y absolutamente en desconexión con la voluntad del ordenamiento jurídico [122] .

En la sentencia T-651 de 2004 [123] se recordó además que si un funcionario judicial reúne los requisitos para gozar del régimen especial en materia pensional, se le deben aplicar integralmente y no parcialmente las normas correspondientes, ya que hacer “ lo contrario, afecta la inescindibilidad de la norma jurídica” y resulta ajeno a la debida interpretación normativa y al debido proceso.

En la sentencia T-158 de 2006 la Corte precisó que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no podía ser interpretado en desconocimiento del régimen especial para los servidores públicos en cuanto al ingreso base para liquidar la pensión. Al respecto, esa providencia expresó lo siguiente:

“[E]n primer lugar, la jurisprudencia ha establecido que los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, deben entenderse de tal manera que el ingreso base para liquidar la pensión del que habla el inciso tercero, forma parte de la noción de monto de la pensión de que habla el inciso segundo. En dicho sentido, como el monto incluye el ingreso base, entonces uno y otro se determinan por un solo régimen y la excepción del inciso tercero resulta inocua.

Dicha excepción sería aplicable únicamente cuando el régimen especial no estipula explícitamente el ingreso base para liquidar la pensión. Así, en el caso de los beneficiarios del régimen de transición, ambos (el ingreso base y el monto de la pensión) deben ser determinados por el régimen especial y la excepción no aplica, salvo que el régimen especial no determine la formula para calcular el ingreso base.

En segundo lugar, ha agregado la Corte, que interpretarlo de manera distinta implica que el acto que reconoce o reliquida una pensión ha desconocido el derecho a acceder a la misma, con la garantía de la protección de los derechos adquiridos y vulnerando el principio de favorabilidad, por lo que puede configurar una causal de procedibilidad de la acción de tutela” En la sentencia T-806 de 2004 [124] se reiteró en adición a lo ya expuesto, que la denegación del reconocimiento de la pensión de jubilación a partir de la inaplicación injustificada de las normas que regulan el régimen pensional especial de la Rama Judicial desconocía además, en detrimento d el debido proceso administrativo, el deber de las autoridades públicas de (i) garantizar el ejercicio de los derechos de defensa y contradicción frente a las distintas decisiones de la administración; (ii) la obligación de fundar todas las actuaciones que conforman el trámite administrativo en la aplicación de las normas legales correspondientes, como presupuesto tanto de la seguridad jurídica y de la validez misma de esas actuaciones; y (iii) el deber de ejercer las facultades constitucionales y legales de que son titulares, de forma tal que no resulten incompatibles con la protección efectiva de los derechos fundamentales.

Recientemente, en la sentencia T-180 de 2008 [125] , la Corte consideró en un caso de un funcionario del Ministerio Público a quien se le liquidó indebidamente su pensión de jubilación atendiendo el promedio salarial de los últimos 10 años de servicio y no el del último año de servicios, que:

“En las mentadas providencias, la Corte estableció que, pese a contar con los mecanismos ordinarios de defensa para impugnar el acto administrativo controvertido, la acción de tutela procede transitoriamente para obtener la adecuada liquidación de la pensión de los funcionarios y empleados de la rama judicial, cuando para el cálculo de la misma se han dejado de tener en cuenta los criterios señalados por el legislador.

En aquella oportunidad la Corte Constitucional consideró que la resolución administrativa por la cual se liquida una pensión en desconocimiento del régimen pensional a cuyo acogimiento tiene derecho el pensionado constituye una vía de hecho impugnable por vía de tutela. Así, en las citadas providencias, la Corte reconoció que la violación al debido proceso por liquidación impropia de la pensión constituye una vía de hecho que atenta directamente contra el artículo 29 de la Carta Política . En consecuencia, para casos como el expuesto, en donde la entidad encargada de reconocer y liquidar la pensión solicitada, no aplica de manera integral la normatividad correspondiente al régimen de transición del cual es beneficiario el actor, hace procedente la acción de tutela en procura de amparar el derecho fundamental al debido proceso del accionante .

Por ello, en atención a las anteriores consideraciones, esta Sala concluye que, en el caso bajo estudio, resulta procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio por tratarse de una tutela interpuesta contra un acto administrativo que incurre en vía de hecho, debido a que la Caja Nacional de Previsión Social, si bien reconoció que el accionante tiene derecho a ser beneficiario del régimen de transición de los servidores públicos pertenecientes a la Rama Judicial y al Ministerio Público, al momento de hacer el calculo para determinar el monto de la pensión, lo hace con fundamento en un régimen distinto al que por virtud de la transición tiene derecho el accionante . La irregularidad alegada por el actor, referente a que la entidad accionada no aplica en su integridad las normas contentivas del régimen de transición que lo

cobijan, configuran una violación flagrante y manifiesta de sus derechos fundamentales. Lo anterior, teniendo en cuenta que la actuación administrativa adelantada por CAJANAL tiene un impacto material significativo en los derechos fundamentales del actor; así las cosas, procede la tutela como mecanismo transitorio." (Resaltados fuera del texto original).

6.4 . Así, con base en lo propuesto originalmente tanto en las sentencias T-169 de 2003, como en la T-631 de 2002, previamente citadas, lo cierto es que en aquellos eventos en que la entidad administradora de pensiones deje de aplicar, sin mediar razones suficientes, las disposiciones del Decreto 546 de 1971 para el caso de los trabajadores beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, incurre en vía de hecho administrativa susceptible de amparo constitucional, por desconocimiento del debido proceso correspondiente.

En la sentencia T-806 de 2004 la Corte resaltó, que a pese al carácter transitorio de la acción de tutela que en estos casos permite una protección hasta una definición en sede administrativa, existen eventos excepcionales en los que la protección constitucional ha sido concedida como mecanismo definitivo a favor de personas que por su situación particular requieren una decisión en tal sentido. En esa providencia se trajeron a colación a título de ejemplo, las decisiones adoptadas en las sentencias T-470 de 2002 [126] y T-571 de 2002 [127] , en las que esta Corporación ordenó que la administradora de pensiones profiriera el acto administrativo que diera cumplimiento a lo prescrito en el Decreto 546 de 1971.

7. Examen del caso concreto. 7.1 . La señora Edda del Pilar Estrada Álvarez solicitó por vía de tutela la protección de sus derechos al debido proceso, seguridad social, igualdad, protección de las personas de la tercera edad y vida en condiciones dignas y justas, a consecuencia de la expedición de la Resolución No. PSARO7-603 del 19 de diciembre de 2007 [128] del Consejo Superior de la Judicatura, que la separó de su cargo como Magistrada de Tribunal, a partir del 1° de marzo de 2008, fecha de su inclusión en la nómina de pensionados de esa entidad de previsión.

Para la accionante, la decisión proferida por el Consejo Superior de la Judicatura desconoció que no estaba en firme en ese momento el monto de su mesada pensional ante Cajanal, pues estaba pendiente la respuesta a un recurso de reposición interpuesto por la tutelante contra la negativa de solicitud de reliquidación pensional de la misma. Además, el acto administrativo en mención según afirma, desconoció también el artículo 149 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, ya que esa norma sólo autoriza la desvinculación de la Rama Judicial a quienes se les ha reconocido la pensión de jubilación, cuando su retiro se da de manera voluntaria. Finalmente afirmó encontrarse en peligro inminente de ser desvinculada por vías de hecho de su posición como Magistrada del Tribunal, no obstante no estar en firme el acto administrativo mencionado -contra él presentó recurso de reposición que no había sido resuelto-, porque el Consejo Seccional le había exigido su plaza de manera arbitraria, ya que el Consejo Superior de la Judicatura no es el nominador de los Magistrados, sino lo es el Consejo de Estado, especialmente cuando no se había ejecutoriado aún el acto administrativo que ordenaba su retiro del servicio.

En cuanto a Cajanal, la peticionaria afirma que esta entidad también vulneró los derechos previamente invocados, ya que existe una amenaza cierta contra su derecho al mínimo vital y una afectación al debido proceso, teniendo en cuenta que dicha entidad emitió una certificación anunciando que el acto administrativo original de reconocimiento pensional estaba en firme, desconociendo la existencia de una respuesta pendiente de esa entidad con relación a su solicitud de reliquidación de la mesada pensional. Afirma además, que se le reconoció originalmente en el 2005, una pensión de vejez en una cuantía de $5.562.749.27 mensuales, omitiéndose el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 y el régimen especial contenido en los Decretos 546 de 1971, 717 y 911 de 1978 al que tiene derecho. Por ello presentó una solicitud la reliquidación de la pensión señalada y luego recurso de reposición contra el acto administrativo que denegó dicha solicitud de reliquidación, sin haber recibido respuesta alguna sobre el particular. Por lo que solicita una decisión definitiva de carácter constitucional.

7.2 . Del acervo probatorio que reposa en el expediente, encuentra la Sala que al momento de esta decisión, la demandante sigue ocupando su cargo como Magistrada del Tribunal de Antioquia. Además, se encuentran en firme los actos administrativos proferidos originalmente, tanto por el Consejo Superior de la Judicatura como por Cajanal.

En el primer caso, la Resolución No. PSARO7-603 del 19 de diciembre de 2007 [129] del Consejo Superior de la Judicatura, fue efectivamente confirmada mediante la Resolución No. PSAR08-58 de 2008 del 25 de marzo de 2008, que resolvió el recurso de reposición presentado por la peticionaria. En cuanto a Cajanal, esa entidad de Previsión Social mediante la Resolución No.37905 del 8 de agosto de 2008, resolvió el recurso de reposición interpuesto por la accionante contra la Resolución No. 33952 del 17 de julio de 2006, por medio de la cual se negó la solicitud de reliquidación de la pensión vitalicia de vejez que le fue reconocida [130] . En la Resolución No.

37905 de 2008, se resolvió revocar la Resolución No. 33952 del 17 de julio de 2006 y reliquidar por nuevos factores salariales la pensión vitalicia por vejez a favor de la señora Edda del Pilar Estrada Álvarez, en cuantía de Nueve Millones Setecientos Cincuenta y Nueve Mil Setecientos, condicionada a demostrar retiro definitivo del servicio [131] . El acto administrativo que se describe, fue proferido en virtud de la decisión del Tribunal Superior de Medellín de conceder la tutela en este caso y en él se dijo lo siguiente en sus consideraciones principales:

“[E]l ingreso base de liquidación para quienes se les aplica el régimen de transición tiene regulación concreta en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, determinando que si le faltan no menos de 10 años para adquirir el status de pensionado a la vigencia del sistema, es el promedio de lo cotizado en el tiempo que le hiciere falta, por el contrario si a la misma fecha de vigencia del sistema le faltan más de 10 años, el ingreso base de liquidación es el contenido en el artículo 21 de la misma ley 100 de 1993. // Este criterio fue ratificado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en comunicación de fecha 26 de octubre de 2004 dirigida al señor Procurador General de la Nación.

(…) Al referirse al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 manifiesta: “En esa medida existe una norma que expresamente señala para las personas en régimen de transición cómo se determina el ingreso base de liquidación, por lo cual no son aplicables las disposiciones anteriores a la ley 100 de 1993. Esta disposición es aplicable a todos aquellos servidores públicos que fueron incorporados al régimen de transición, y por ello las entidades administrativas a las que me he referido han procedido a tomar las decisiones que les corresponden aplicando dicha norma en su integridad, pues de no hacerlo consideran violarían un claro precepto legal”.

[…] Que en cuanto a los factores a tener en cuenta el Decreto 1158 de 1994 [132] dispone en su artículo 1º lo siguiente: “Art. 1. El artículo 6º del Decreto 691 de 1994 quedará así: Base de cotización.

El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

a. asignación básica mensual. b. Los gastos de representación. c. La prima técnica. Cuando sea factor de salario. d. Las primas de antigüedad ascensional y de capacitación cuando sean factor salario.

e. La remuneración por trabajo dominical o festivo. f. La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras realizado en jornada nocturna.

g. Bonificación por servicios prestados. Para el caso concreto de la interesada, esta entidad mediante resolución No 47702 del 20 de diciembre de 2005 reconoció y ordenó el pago de una pensión de vejez a favor de la señora Edda del Pilar Estrada Álvarez, en cuantía de $5.562.749 pesos, efectiva a partir del 01 de noviembre de 2003, condicionada a demostrar el retiro definitivo del servicio para su disfrute.

Confrontadas las normas transcritas con los antecedentes que obran en el plenario, esta Despacho establece que la liquidación efectuada se profirió de conformidad con los factores taxativamente señalados en el artículo 1º del Decreto

1158 de 1994, el cual no contempla como factores a liquidar las primas de navidad, vacaciones y servicios.

Sin embargo, observa este despacho que con ocasión del recurso de reposición interpuesto fueron aportados al plenario los certificados de factores salariales hasta el 03 de julio de 2008, motivo suficiente para que proceda a efectuar una nueva liquidación de la pensión, como quiera que entre el 01 de abril de 1994 y el 20 de octubre de 2002 (fecha en que la peticionaria adquiere el status jurídico de pensionada) hay 08 años, 06 meses y 20 días, este Despacho procede a efectuar la reliquidación teniendo en cuenta el 75% del promedio de lo cotizado en los últimos 08 años, 06 meses y 20 días , es decir el periodo comprendido entre el 13 de diciembre de 1999 y el 03 de julio de 2008 (fecha hasta la cual aportó los certificados salariales)". (Resaltado fuera del original).

7.4. Tomando en consideración los hechos anteriormente expuestos, para la Sala de Revisión es evidente que el acto administrativo por medio del cual se llevó a cabo el retiro del servicio de la señora Edda del Pilar Estrada Álvarez por parte del Consejo Superior de la Judicatura en una primera oportunidad , es un acto contrario a la Constitución Política en la medida en que está fundado en la aplicación indebida de una norma de carácter general en desconocimiento del régimen especial que cobija a los funcionarios de la Rama Judicial. Además, es un acto que se trató de hacer efectivo no obstante existir en su contra un recurso de reposición debidamente interpuesto, lo que claramente contribuyó a una afectación adicional del derecho al debido proceso administrativo de la peticionaria, al intentarse su ejecutoria existiendo un recurso de reposición pendiente ante el Consejo Superior de la Judicatura, que operaba en el efecto suspensivo conforme a la ley (art. 55 C.C.A).

Así las cosas, siguiendo el precedente establecido en la sentencia T-1092 de 2008 [133] debe concluirse que dado que la ley ordinaria no puede modificar el alcance de la disposiciones estatutarias relacionadas con la carrera judicial en lo ya definido por la Ley 270 de 1996, la decisión del Consejo Superior de retirar del servicio a la demandante, lesionó ciertamente los derechos al trabajo y al debido proceso de la afectada.

En su calidad de Magistrada del Tribunal Administrativo de Antioquia, la accionante se encuentra sometida a lo dispuesto en el artículo 149 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, por lo que según lo referido en la Sentencia C-037 de 1996, para que proceda la cesación definitiva de sus funciones en desarrollo de la causal de retiro por derecho a la pensión, debe mediar su consentimiento o que se afecte de manera efectiva y eficiente su trabajo.

Así las cosas, como la Resolución No. PSAR08-58 de 2008 del 25 de marzo de 2008 confirmó posteriormente la decisión original de desvinculación y permite que se sostenga en el tiempo esa afectación al debido proceso, esta Sala considera que la ejecutoria del acto administrativo de retiro del servicio de la accionante, amenaza sus derechos fundamentales al trabajo y al mínimo vital, afectación que se traduce en (i) la imposibilidad de ejercer el derecho al trabajo que legítimamente ha desempeñado conforme a los requisitos para el ingreso y la permanencia propios de la carrera judicial y en la (ii) intromisión en un asunto inherente a su esfera personal, cual es la decisión de continuar laborando no obstante tener cumplidos los requisitos para acceder a la pensión de vejez; alternativa de que dispone a merced del condicionamiento introducido por la Corte Constitucional a la exequibilidad del numeral 6º del artículo 149 de la Ley 270 de 1996.

En consecuencia y con base en los argumentos esgrimidos, la Sala amparará los derechos constitucionales fundamentales vulnerados de la actora, y dejará sin valor ni efecto alguno las Resoluciones No. PSAR07-603 del 19 de diciembre de 2007 y PSAR08-58 de 2008 del 25 de marzo de 2008 que confirmó la primera, proferidas por el Consejo Superior de la Judicatura, y en su lugar declarará que la accionante tiene derecho a seguir laborando como Magistrada del Tribunal Administrativo de Antioquia no obstante reunir los requisitos para obtener la pensión, hasta que decida retirarse voluntariamente o acaezca otra causal de retiro definitivo del servicio.

7.5 . Con relación a la pretensión de la accionante de que no se de aplicación a la Resolución No. 047702 del 23 de noviembre de 2005 [134] , por medio de la cual Cajanal le reconoció una pensión de jubilación en cuantía de $5.562.749.27., ni a la número 33952 del 14 de julio de 2006 que negó la reliquidación solicitada respecto de la liquidación inicial, y en ese orden, se conceda la tutela como mecanismo principal y de forma definitiva para que se proceda a realizar una nueva liquidación en la forma indicada por el artículo 6° del Decreto 546 de 1971 [135] , recuerda la Corte lo siguiente:

En consideración a los cargos presentados por la accionante en contra de estas determinaciones de Cajanal por afectación al debido proceso, estima la Sala en primer lugar, que la Resolución No. 47702 del 30 de diciembre de 2005 emitida por esa entidad de Previsión Social, sí era un acto administrativo que en sentido estricto se encontraba en firme conforme a la certificación proferida por el ente accionado, teniendo en cuenta que la demandante no atacó esa específica resolución administrativa por la vía gubernativa o judicial en su momento (Art. 62 C.C.A). No obstante, teniendo en cuenta que el debido proceso tiene el propósito siempre de asegurar la efectividad del derecho sustancial y que compete a las autoridades administrativas materializar ese propósito, cierto es que la existencia de un recurso de reposición pendiente en contra de la denegación de la reliquidación pensional solicitada por la peticionaria -sobre la base del reconocimiento indebido de la mesada pensional original-, era una información revelante que debió ser presentada en la certificación tendiente a materializar el retiro del cargo de la peticionaria. La información no era nimia, particularmente porque de esa exigencia administrativa se derivaba asegurar en favor de la tutelante, no sólo el reconocimiento pensional, sino su monto, a fin de garantizar la efectividad de su mínimo vital.

Por lo tanto, la omisión de Cajanal de dar esa específica información en cuanto al estado actual del debate entre esa entidad de previsión y la peticionaria, sí supuso un impacto cierto en la determinación del Consejo Superior de la Judicatura en la toma de una decisión administrativa de desvinculación. Así, esa omisión administrativa implicó injustificadamente la ejecución de una decisión sobre la base de una situación indefinida por Cajanal y una amenaza cierta al mínimo vital de la peticionaria, ya que simbolizó en la práctica el desconocimiento total de una discusión en vía gubernativa entre la peticionaria y Cajanal sobre el monto de su mesada pensional. En consecuencia, no hay duda de que ello implicó una violación de las normas de procedimiento administrativo que aseguran que los recursos en general tienen efecto suspensivo y un desconocimiento indebido a la confianza de la peticionaria de ver resuelto su requerimiento en materia del monto de la mesada pensional, antes de la ejecución de la primera decisión de la administración en materia pensional, sin haber sido resuelta su solicitud.

Ahora bien, en cuanto a la afectación del debido proceso sobre la base de un indebido reconocimiento pensional y ausencia de reliquidación, la Corte debe recordar que recientemente Cajanal revocó la Resolución No. 33952 que negó la solicitud de reliquidación pensional original para el caso de la accionante y reliquidó su pensión de jubilación, atendiendo nuevos factores salariales. A juicio de la accionante, no obstante, por haber prestado sus servicios durante mas de 20 años, y tener la edad exigida, tiene derecho a optar por el régimen especial contenidos en los Decretos 546 de 1971, 717 y 911 de 1978, conforme con los cuales la pensión equivale al 75% del salario mensual más elevado devengado en el último año de servicios, incrementado con las doceavas partes de la primas de navidad, de servicios y de vacaciones.

Así, en las primeras oportunidades, con las Resoluciones 47702 del 30 de diciembre de 2005 que concedió la pensión de jubilación y la 33952 de julio 17 de 2006 que denegó la reliquidación pensional -frente a la que no se dio carencia de inmediatez porque estaba pendiente la resolución del recurso de reposición para la fecha de presentación de la tutela-, se reconoció la aplicación en el caso de la peticionaria del régimen de transición de la ley 100 de 1993 y del Decreto 546 de 1971. No obstante en ambas oportunidades, la liquidación del monto pensional se hizo con el 75% del promedio de lo devengado sobre el salario promedio de 9 años y 7 meses conforme a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de

1993, esto es sin tomar en consideración el régimen del Decreto 546 de 1971 en su totalidad. Esa consideración significó el reconocimiento de una mesada pensional inferior al 50% de lo devengado por la actora como salario mensual para la fecha, con la consiguiente afectación al derecho al mínimo vital ya considerado en el precedente de la sentencia T-1092 de 2008 anteriormente enunciado.

Con todo, el monto actual de la pensión reconocida a la peticionaria, es de más de nueve millones de pesos ($9.759.702.56), aunque ese reconocimiento se hizo principalmente con fundamento en la sentencia de tutela de primera instancia y se observa en él que las razones esgrimidas por Cajanal para el efecto son las mismas ya reseñadas en las determinaciones anteriores y ajenas a la aplicación plena del régimen de transición descrito.

Esta Corporación, reconoce entonces, siguiendo la línea jurisprudencial ya enunciada, que la insistencia de Cajanal de no aplicar plenamente el régimen de transición de la Ley 100 en cuanto a tomar en consideración el 75% de la asignación mensual más elevada del último año de servicios, desconoce el debido proceso en favor de la accionante, conforme a las consideraciones ya explicadas sobre el monto pensional y su protección constitucional. Por ende, se concederá el amparo a la peticionaria por violación de ese derecho fundamental de manera definitiva, dado que ante la expectativa de que en los próximos tres años la accionante cumpla la edad de retiro forzoso, un proceso contencioso administrativo supone un riesgo a una indefinición de sus derechos pensionales para la fecha de su retiro, existiendo la posibilidad en aras de la eficiencia constitucional de una posibilidad de definición de su situación. En consecuencia, se ordenará reliquidar la mesada pensional, atendiendo lo dispuesto plenamente en el artículo 6º del Decreto 541 de 1976 incluyendo el 75% de lo devengado en el último año de servicios.

Por las razones expuestas en la presente sentencia, esta Sala de Revisión revocará el fallo de segunda instancia, que denegó el amparo solicitado.

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

RESUELVE: Primero.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada en el proceso de la referencia. Segundo.- REVOCAR el fallo de tutela proferido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, del 17 de junio de 2008, que revocó la decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín, del 23 de abril de 2008, dentro de la acción de tutela promovida por Edda del Pilar Estrada Álvarez contra la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y, en su lugar, TUTELAR los derechos al trabajo, al mínimo vital y al debido proceso de la accionante, por las razones expuestas en esta providencia.

Tercero.- DECLARAR SIN VALOR NI EFECTO ALGUNO la Resolución No. No. PSAR07-603 del 19 de diciembre de 2007 “Por medio de la cual se retira del servicio a un servidor vinculado por el régimen de carrera judicial” y la PSAR08-58 de 2008 del 25 de marzo de 2008 que confirmó la primera, proferidas por el Consejo Superior de la Judicatura.

Cuarto.- DECLARAR que la accionante tiene derecho a seguir laborando como Magistrada del Tribunal Administrativo de Antioquia, no obstante reunir los requisitos para obtener la pensión, hasta que decida retirarse voluntariamente o acaezca otra causal de retiro definitivo del servicio.

Quinto- CONCEDER la solicitud de amparo en la acción de tutela presentada por Edda del Pilar Estrada Álvarez contra la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL y en consecuencia ordenarle a esa entidad, proferir un nuevo acto administrativo de reconocimiento pensional en los términos del Decreto 546 de 1971 artículo 6º Sexto.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO Magistrado Ponente JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB Magistrado NILSON PINILLA PINILLA Magistrado MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ Secretaria General [1] Decreto 546 de 1971 artículo 6°.

[2] Ver folios 18 a 21, 59 a 62 y 100 a 103 del cuaderno No 1. [3] Ver folios 22 a 25, 67 a 70 y 104 a 107 del cuaderno No 1. [4] Ver folios 26 a 29, 67 a 70 y 108 a 111 del cuaderno No 1.

[5] Ver folios 273 a 276 del cuaderno principal, y folios 37 a 40, 78 a 81 y 115 a 118 del cuaderno No 1. [6] Ver recurso de reposición del 29 de febrero de 2008 y adición del recurso del 5 de marzo de 2008 folios 399 a 403 y 404 a 408 del cuaderno No 1.

[7] Es decir, con el salario más alto devengado durante el último año de servicio, con la inclusión de todos los factores salariales. [8] Esta contestación del Consejo Superior de la Judicatura fue presentada luego de que se decretara la nulidad del fallo de primera instancia por notificación indebida a la entidad accionada.

[9] Cfr. Sentencia C-1037 del 5 de noviembre de 2003. [10] Quien nació el 30 de julio de 1947, contando para la fecha con 62 años de edad. Ver fotocopia de la cedula de ciudadanía de la accionante, folios 30, 71 y 112 del cuaderno No 1.

[11] Ver certificado expedido por la Jefa de la Unidad de Presupuesto de la Rama Judicial del Poder Público, Consejo Superior de la Judicatura –Sala Administrativa, Dirección Seccional Administración Judicial Medellín –Antioquia. Folios 41, 82, 123 y 409 del cuaderno No 1 y Resolución No. PSAR07-603 “Por medio de la cual se retira del servicio a un servidor vinculado por el régimen de la carrera judicial”, folios 33 a 36, 74 a 77 y 115 a 118 del cuaderno No 1 .

[12] Copia de la Resolución indicada, folios 14 a 17, 55 a 58 y 96 a 99 del cuaderno No 1. [13] Copia de la solicitud, folios 18 a 21, 59 a 62 y 100 a 103 del cuaderno No. 1.

[14] Copia de la resolución folios 22 a 25, 63 a 66 y 104 a 107 del cuaderno No 1. [15] Bajo el siguiente supuesto: “teniendo en cuenta el equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiera devengado en el último año de servicio”.

Folios 26 a 29, 67 a 70 y 108 a 111 del cuaderno No 1. [16] Ver Resolución por “medio de la cual se retira del servicio a un servidos vinculado por el régimen de la carrera judicial”, con base en el parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003 según el cual el “empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria , cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones”, folios 33 a 36, 74 a 77 y 115 a 118 del cuaderno No 1.

[17] Resolución que le fue notificada personalmente a la accionante el 27 de febrero de 2008, ver folio 31, 72 y 113 del cuaderno No 1. [18] Ver Resolución “Por medio de la cual se retira del servicio a un servidos vinculado por el régimen de la carrera judicial”, folios 33 a 36, 74 a 77 y 115 a 118 del cuaderno No 1. En la misma resolución y acta de notificación personal de la accionante se le informó a ésta el derecho que le asistía de interponer el recurso de reposición, del cual como ella misma lo adujo, hizo uso efectivamente dentro del término legal, ver folio 31, 72 y 113 del Cuaderno No 1.

[19] Acción de tutela presentada por la demandante el 4 de marzo de 2008. Folio 49, cuaderno No 1. [20] Ver constancia expedida el 22 de febrero de 2008, por el Grupo de Nómina de la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, folios 32, 73 y 114 del cuaderno No 1.

[21] Folios 399 a 408 del cuaderno No 1. [22] Acción de tutela, folio 49, cuaderno No 1. [23] Folio 410 a 411, cuaderno No 1. [24] Folio 132, cuaderno No 1.

[25] Folio 155, cuaderno No 1. [26] Folio 155, cuaderno No 1. [27] Escrito de la demandante presentado al Tribunal. Folio 139 a 160, cuaderno No 1 y derecho de petición presentado ante el Consejo Superior de la Judicatura, folio 161 a 164, cuaderno No 1.

[28] Folios 217 a 223 cuaderno No 1. [29] Folio 235, cuaderno No 1. [30] Solicitud de nulidad procesal. Folio 248 a 250, cuaderno No 1. [31] Ver folios 311 a 314 del cuaderno No 1.

[32] Folios 412 a 421, cuaderno No 1. [33] Decisión del Tribunal. Primera Instancia Folio 421, cuaderno No 1. [34] La señora Edda del Pilar Estrada mediante escrito del 30 de abril de 2008, solicitó al Tribunal Superior de Medellín, la adición de la sentencia proferida por esa Corporación, en el sentido de que se reliquide su pensión sobre el 75% del sueldo básico incluyendo los demás factores que constituyan salario. El 2 de mayo de 2008, ese Tribunal denegó la solicitud de adición invocada, afirmando que el asunto solicitado por la accionada fue debidamente delimitado en el fallo que se describe. Folios 444 a 447, cuaderno No 1.

[35] Ver folios 412 a 421 del cuaderno No 1. [36] Del 27 de mayo de 2006. [37] Folios 429 a 435 del cuaderno No 1. [38] Folios 3 a 24 del cuaderno No 2.

[39] Resolución No. 047702 del 30 de diciembre de 2005. [40] El 3 de marzo de 2006. [41] Con base en el informe de la accionada (folio 336) mediante Resolución No. PSARO8-58 del 25 de marzo de 2008 se pronunció, encontrándose en firme.

[42] El 24 de noviembre de 2008, la Secretaria General de esta Corporación informó a este despacho que el auto del 31 de octubre de 2008, “ fue comunicado mediante el oficio OPTB-3545 de fecha 4 de noviembre del año en curso. Durante el referido término no se recibió comunicación alguna”.

Ver Auto folios 59 y 60 del cuaderno principal. Mediante esta decisión, la Corte Constitucional suspendió los términos del caso de la referencia hasta nueva orden.

[43] Ver folios 104 del cuaderno principal. [44] Folio 84, cuaderno principal. Mediante Oficio OAJ-GRVG- del 20 de agosto de 2008, - allegado a la Corte Constitucional sólo a finales de noviembre de 2008-, el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Caja Nacional de Previsión Social había remitido a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín copia de la Resolución No.37905 del 8 de agosto de 2008, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por la accionante contra la Resolución No.33952 del 17 de julio de 2006 por medio de la cual negó la solicitud de reliquidación de la pensión vitalicia de vejez que le fue reconocida. En ese informe se destaca que Cajanal acató la orden que impartió el Tribunal de Primera Instancia y por lo tanto alega el efecto de la Teoría de Hecho Superado en cuanto al derecho de petición, solicitando “se proceda a declarar el cumplimiento del fallo de tutela y en consecuencia se ordene el archivo del Incidente de desacato”.

Ver folios 84, 85 a 91, 158 a 164, 201 a 207, 228 a 234, 298 a 304 y 330 a336 del cuaderno principal. [45] Con fecha del 28 de noviembre de 2008.

[46] Ver folios 116 a 118, 122 a 124, 148 a 150, 168 a 170, 190 a 192, 211 a 213, 238 a 240, 290 a 292, 312 a 314, 340 a 342, 353 a 355 el cuaderno principal.

[47] Folio 362 cuaderno principal. [48] Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. [49] Ver folio 57 del cuaderno principal. La tutela que afirma haber presentado el señor Zuluaga Aramburu, no aparece remitida por ningún despacho judicial a esta Corporación, ni dentro del Sistema de la Corte.

[50] Escrito con fecha del 2 de septiembre de 2008, recibido por el despacho el 3 de septiembre. Ver folios 19 a 24 del cuaderno principal. [51] Folios 64 a 71, 73 a 80 y 94 a 101 del cuaderno principal.

[52] Folio 381,cuaderno principal. [53] Ver entre otras las sentencia T-827 de 2003; T-648 de 2005; T-1089 de 2005; T-691 de 2005 y T-015 de 2006.

[54] Ver sentencia T-070 de 2006. Dijo esa providencia, relacionada con la desvinculación por insubsistencia de una funcionaria embarazada: “ Como regla general, no procede ni el cuestionamiento de la validez de un acto administrativo de vinculación ni el reintegro a través de tutela de una persona desvinculada de la administración. El fundamento de dicha posición radica en la necesidad de mantener en orden las competencias jurisdiccionales y de evitar la intromisión del juez de tutela en la órbita de decisión del juez ordinario. Además de que la tutela no es, en términos generales, el medio judicial para anular la validez del acto administrativo de desvinculación, esta acción constitucional tampoco procede para obtener el reintegro del servidor del Estado desvinculado por un acto administrativo. En conclusión, es dable admitir que la tutela no es el mecanismo adecuado para impugnar la legalidad del acto administrativo de desvinculación ni para obtener el reintegro del funcionario público desvinculado, a menos que se logre comprobar que existe un perjuicio irremediable que deba ser inmediatamente precavido” . (Subraya fuera del original).

[55] Ver entre otras las sentencias T-607, T-562 y T-487 de 2005, T-245 T-812 y T-083 de 2004, T-463 de 2003, T-1042 y T- 634 de 2002, T-1316 y, T-977 de 2001, T-1116 y T-886 de 2000, T-612 de 2000, T-618 y T-325 de 1999, T-718 y T-116 de 1998, T-637 de 1997, T-371 de 1996, T-456 de 1994 y T-426 de 1992.

[56] Ver entre otras, las sentencias T-776 y T-245 de 2005, T-607 y T-562 de 2005, T- 692 y T-487 de 2005 y T- 692 de 2004. [57] Ello se ha presentado, por ejemplo, en casos en que se produce una discriminación en concursos públicos y en el acceso a cargos de esta naturaleza, que compromete seriamente la confianza de los particulares en el Estado (art. 83 C.P.); el derecho de acceder en igualdad de condiciones (art. 13 y 40 CP), el debido proceso (art. 29 C.P.) y el derecho al trabajo (art. 25 C.P.). La cuestión a resolver, en estos casos, es constitucional. De otra parte, el mecanismo ordinario que podría ser utilizado, no es plenamente idóneo para resarcir los eventuales daños. En consecuencia, la tutela se concede como mecanismo principal para evitar la lesión de los derechos fundamentales involucrados. Sobre este particular pueden revisarse las sentencias T-100 de 1994; T-256 de 1995; T-325 de 1995; T-398 de 1995; T-455 de 1996 y T-083 de 1997 y SU 133 de 1998. Un ejemplo, en materia de educación, es la sentencia T- 689 de 2005.

[58] Art. 6º Decreto 2591 de 1991. “ La acción de tutela no procederá: 1º Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable . La existencia de dichos mecanismos será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante .” (La subraya es fuera del original).

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

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

[61] Sentencia T-435 de 2005. Por otra parte, en la sentencia SU-039 de 1997, la Corte Constitucional afirmó: “es posible instaurar simultáneamente la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, sin que interese que se haya solicitado o no la suspensión provisional del acto administrativo, pues en parte alguna la norma del art. 8 (del Decreto 2591 de 1991) impone como limitante que no se haya solicitado al instaurar la acción contenciosa administrativa dicha suspensión. Además, dentro del proceso de tutela es posible, independientemente de

dicha suspensión, impetrar las medidas provisorias a que alude el art. 7 en referencia". Ver también las sentencias T-514 de 2003, T-596 de 2001, T-754 de 2001, T-873 de 2001, C-426 de 2002 y T-418 de 2003, entre otras, sobre estas consideraciones.

[62] Sentencia T-487 de 2005 y T-083 de 2004, entre otras. [63] Sentencias SU-1023 de 2001 y SU-090 de 2000. [64] Sentencia T-489 de 1999. [65] Sentencia T-076 de 2003.

[66] Ver las sentencias: T-1316 de 2001, T-482 de 2001, T-977 de 2001, T-690 de 2001, T-256 de 2001, T-189 de 2001, T-163 de 2001, T-1116 de 2000, T-886 de 2000, T-612 de 2000, T618 de 1999, T-325 de 1999, T-214 de 1999, T-718 de 1998, T-116 de 1998, T-009 de 1998, T.637 de 1997, T-456 de 1994 y T-426 de 1992 [67] Sentencia T-225 de 1993;

[68] Sentencia T-1316 de 2001, citada en la sentencia T-206 de 2004. [69] Cfr. Sentencia T-225 de 1993. [70] Cfr. Sentencia T-796 de 2003. [71] Cfr.

Sentencia T-1089 de 2005. [72] Sentencia T-159 de 2005. [73] Sentencia T-241 de 2004 y T-621 de 2006. [74] Cfr. Sentencia T-206 de 2004. [75] La tutela de la señora Edda del Pilar Estrada Álvarez fue presentada el 4 de marzo del 2008 (Folio 13, cuaderno No 1), fecha en que el aparente acto administrativo proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, que resolvió la reposición presentada por ella, no había sido proferido aún.

[76] En el caso de Cajanal, la circunstancia es similar, porque la reposición presentada en contra de la reliquidación pensional negada, no había sido resuelta aún al momento de la presentación de la tutela.

[77] Sentencia T-158 de 2006. Cfr. Al respecto la sentencia T-634 de 2002. Tales requisitos son los siguientes: "1) que la persona interesada haya adquirido el status de jubilado, o lo que es igual, que se le haya reconocido su pensión. 2) Que el jubilado haya actuado en sede administrativa; es decir, que haya interpuesto los recursos de vía gubernativa contra el acto que reconoció la pensión, haya presentado la solicitud de reliquidación ante el respectivo fondo de pensiones o, en igual medida, requerido a la respectiva entidad para que certifique su salario real y ésta se hubiere negado. 3) Que el jubilado haya acudido a las vías judiciales ordinarias para satisfacer sus pretensiones, se encuentre en tiempo de hacerlo o, en su defecto, demuestre que ello es imposible por razones ajenas a su voluntad. 4) Que el jubilado acredite las condiciones materiales que justifican la protección por vía de tutela, esto es, su condición de persona de la tercera edad, que la actuación resulta violatoria de sus derechos fundamentales como la dignidad humana, la subsistencia, el mínimo vital y la salud en conexidad con la vida u otras garantías superiores, y que el hecho de someterla al trámite de un proceso ordinario hace más gravosa su situación personal".

[78] Sentencia T-651 de 2004. [79] Artículo 125 de la Constitución Política reza lo siguiente: "Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. //De igual forma señala esta norma que el retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. //En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción." [80] Sentencia SU-086 de 1999.

[81] Cfr. Sentencia C-901 de 2008. [82] Ver sentencias T-951 de 2004 y SU-250 de 1998. [83] Cfr. Sentencia C-901 de 2008. [84] Según el artículo 11 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia , pertenecen a la Rama Judicial, los órganos que integran la Jurisdicción Ordinaria (Corte Suprema de Justicia, Tribunales Superiores de Distrito Judicial, Juzgados civiles, laborales, penales, agrarios, de familia, de ejecución de penas, y los demás especializados y promiscuos que se creen conforme a la ley); los que integran la jurisdicción de lo contencioso administrativo (Consejo de Estado;

tribunales Administrativos y Juzgados Administrativos); la Jurisdicción Constitucional (Corte Constitucional); la Jurisdicción de la Paz; la Jurisdicción de las Comunidades Indígenas, la Fiscalía General de la Nación y el Consejo Superior de la Judicatura.

[85] El artículo 130 de la Ley 270 de 1996 también sobre ese tema reza lo siguiente:“Son de libre nombramiento y remoción los cargos de Magistrado Auxiliar, Abogado Asistente y sus equivalentes; los cargos de los Despachos de Magistrados enunciados en los incisos anteriores, los adscritos a la Presidencia y Vicepresidencia de estas Corporaciones; los de los Secretarios de esas Corporaciones; los cargos de los Despachos de los Magistrados de los Tribunales; los cargos de Vicefiscal General de la Nación, Secretario General, Directores Nacionales; Directores Regionales y Seccionales, los empleados del Despacho de Fiscal General, del Vicefiscal y de la Secretaría General, y los de Fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia. Estos cargos no requieren confirmación”. //“ Son de Carrera los cargos de Magistrado de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y de los Tribunales Contencioso Administrativos y de las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura; de los Fiscales no previstos en los incisos anteriores; de Juez de la República, y los demás cargos de empleados de la Rama Judicial”. (Subraya fuera del original).

[86] El artículo 12 5 de la misma ley, sostiene que son funcionarios de la Rama, los Magistrados de las Corporaciones Judiciales, los Jueces de la República y los Fiscales. Y son empleados, las demás personas que ocupen cargos en las Corporaciones y Despachos Judiciales y en los órganos y entidades administrativas de la Rama Judicial.

[87] Artículo 132. Formas de Provisión de Cargos de la Rama Judicial . “La provisión de cargos en la Rama Judicial se podrá hacer de las siguientes maneras: //1. En propiedad. Para los empleos en vacancia definitiva, en cuanto se hayan superado todas las etapas del proceso de selección si el cargo es de Carrera, o se trate de traslado en los términos del artículo siguiente. //2. En provisionalidad. El nombramiento se hará en provisionalidad en caso de vacancia definitiva, hasta tanto se pueda hacer la designación por el sistema legalmente previsto, que no podrá exceder de seis meses, o en caso de vacancia temporal, cuando no se haga la designación en encargo, o la misma sea superior a un mes. //Cuando el cargo sea de Carrera, inmediatamente se produzca la vacante el nominador solicitará a la Sala Administrativa del Consejo Superior o Seccional de la Judicatura, según sea el caso, el envío de la correspondiente lista de candidatos, quienes deberán reunir los requisitos mínimos para el desempeño del cargo. //En caso de vacancia temporal en la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional o el Consejo Superior de la Judicatura o los Tribunales, la designación se hará directamente por la respectiva Corporación. //3. En encargo. El nominador, cuando las necesidades del servicio lo exijan, podrá designar en encargo hasta por un mes, prorrogable hasta por un período igual, a funcionario o empleado que se desempeñe en propiedad. Vencido este término procederá al nombramiento en propiedad o provisionalidad según sea el caso, de conformidad con las normas respectivas.//Parágrafo.

Cuando la autoridad que deba efectuar el nombramiento se encuentre en vacaciones, la Sala Administrativa del respectivo Consejo Seccional, designará un encargado mientras se provee la vacante por el competente, a quien dará aviso inmediato”.

[88] Resaltado fuera del original. [89] Sentencia C-037 de 1996. [90] Sentencia C-037 de 1996. [91] Parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, “por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales”.

[92] Las subrayas fuera del original. [93] Subrayas fuera del original. [94] Sentencia C-1023 de 2003. [95] En dicho Acuerdo, bajo la consideración de que la justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria regulada en la Ley 797 de 2003 desarrolla el artículo125 de la Constitución Política y los artículos 149 y 173 de la Ley 270 de 1996 y resulta aplicable a todos los servidores públicos, sean de carrera o de libre nombramiento y remoción, incluidos los funcionarios y empleados judiciales”.

[96] Artículo 1º del Acuerdo 1911 de 2003. [97] Artículo 2º del Acuerdo 1911 de 2003. [98] Artículo 3º del Acuerdo 1911 de 2003. [99] Por el cual se adopta el programa de retiro de los servidores judiciales vinculados por el régimen de carrera judicial que cumplen los requisitos para obtener su pensión de vejez.

[100] “Por medio del cual se adicionan y modifican los Acuerdos 1911 de 2003 y PSAA06-3360 de 2006”. [101] Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del veintisiete (27) de octubre de dos mil cinco (2005) con Radicación Número:

11001-03-25-000-2003-00393-01(4773-03), C.P. Jesús María Lemos Bustamante. [102] Sentencia C-037 de 1996 de la Corte Constitucional. [103] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del veintisiete (27) de octubre de dos mil cinco (2005) con Radicación Número: 11001-03-25-000-2003-00393-01(4773-03), C.P. Jesús María Lemos Bustamante.

[104] Resalta la Corte que la no aplicación del parágrafo 3º del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 a los servidores de la Rama Judicial, fue objeto de concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en un pronunciamiento del 29 de marzo de 2006. Consejero Ponente: Marcel Silva Romero en el que se señaló lo siguiente: “ Los funcionarios judiciales tienen derecho a permanecer en sus cargos hasta la edad de retiro forzoso y quien hace las veces de empleador puede desvincularlos desde que hayan sido incorporados a la nómina de pago de sus pensiones, siempre que esta decisión obedezca a fines tales como democratizar el acceso al empleo, mejorar la función judicial en cuanto a la eficacia y eficiencia, darles un merecido descanso a quienes estén en disminución de su producción laboral, sin violar el respeto de los derechos y la dignidad humana de estos servidores ”.

[105] Ver entre otras la sentencia C-670 de 2001. [106] Ver sentencia T-1092 de 2008. [107] Ver sentencia T-1092 de 2008. [108] Sentencia T-103 de 2006.

[109] Corte Constitucional. Sentencia T-1214 de 2004. [110] Sentencia T-167 de 2007. Corte Constitucional. Sentencia T-1214 de 2004. Ver sobre este tema además, las sentencias T-057 de 2005 y C-1189 de 2005.

[111] Sentencia. T-576 de 1993. [112] Sentencia T- 033 de 2002. [113] Sentencia T-391 de 1997. [114] Sentencia T-567 de 1998. [115] Cfr. Sentencias T-470 de 2002; T-571 de 2002; T-631 de 2002; T-169 de 2003 y T-806 de 2004, entre otras.

[116] En esa oportunidad esta Corte estudió el caso de un funcionario de la Rama Judicial a quien Cajanal, al reconocerle la pensión de jubilación, tomo en cuenta en lo concerniente al monto de la misma, el 75% del salario promedio devengado durante varios meses entre 1994 y el año 2000, haciendo caso omiso del régimen especial de la Rama Judicial. El afectado agotó la vía gubernativa y Cajanal confirmó su decisión, sosteniendo que solamente la edad, el tiempo de servicios y el monto pensional estaban cobijados por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993. El ingreso base para liquidar , que era el último aspecto a tener en cuenta en el reconocimiento pensional, se determinó conforme a la ley 100 de 1993. El demandante pidió entonces por vía de tutela que se le diera aplicación al régimen especial del artículo 6º del Decreto 546 de 1971, que favorece al funcionario o empleado de la Rama Judicial o del Ministerio Público que haya cumplido 20 años de servicio y tenga cincuenta y cinco años de edad si es varón o cincuenta si es mujer – régimen de transición, 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. En este caso se consideró que un reconocimiento pensional del 45% del salario recibido por el actor como reconocimiento pensional, claramente lesionaba el mínimo vital del actor y se concedió la tutela. Cfr. las sentencias T-189 de 2001 y T-169 de 2003.

[117] Cfr. Sentencia T-470 de 2002. En la providencia que se cita, la Corte Constitucional consideró que como no se aplicó el régimen especial para los funcionarios judiciales, tal comportamiento significó la violación del debido proceso.

En la sentencia T-189 de 2001, en un caso relacionado también con funcionarios de la Rama Judicial se ordenó que se liquidara con fundamento en el Decreto 546 de 1971.

[118] El artículo 6º 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 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”.

[119] Esta consideración jurisprudencial fue reiterada en la sentencia T-055 de 2002. [120] Cfr. sentencia T-169 de 2003. En esta providencia se estudió el caso de un funcionario judicial a quien Cajanal le desconoció el régimen especial al que tiene derecho, que es el contemplado en el Decreto 546 de 1971, artículo 6, y éste presentó tutela invocando una vía de hecho administrativa porque la entidad reconoció la pertinencia del Decreto 546 de 1971 en su caso pero se negó a aplicarlo. En ella se cita la sentencia T-827 de 1999, que es a la que responde la expresión anterior.

[121] Al respecto pueden consultarse entre otras las sentencias T-529 de 2007. En esa sentencia se estudió el caso de un funcionario de la Procuraduría General de la Nación quien cumplió 65 años y a quien la entidad le aplicó la causal de retiro forzoso para desvincularlo del cargo y no se le había liquidado la pensión por parte de Cajanal conforme al Decreto 546 de 1971. La Corte concedió la tutela y suspendió los efectos de la Resolución 59017 de noviembre de 6 de 2006 hasta que la justicia ordinaria decidiera sobre las pretensiones y ordenó expedir un nuevo acto administrativo a Cajanal, en el que se diera aplicación al Decreto 546 de 1971.

[122] Sentencia SU-132 de 2002. [123] El demandante en éste caso solicitaba también la protección el juez constitucional porque Cajanal se negó a liquidarle su pensión de vejez como funcionario de la Rama Judicial en los términos del Decreto 546 de 1971. Cajanal lo liquidó tomando como base de liquidación el promedio de lo devengado en el tiempo que al peticionario le hiciere falta para adquirir el derecho a pensionarse. La Corte concedió en esa oportunidad la tutela como mecanismo transitorio.

[124] En esa oportunidad, la Corte Constitucional analizó el caso de una trabajadora que había solicitado a Cajanal el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, de acuerdo con los requisitos previstos en el Decreto546 de 1971. Con ese fin, acreditó que cumplía con las condiciones fijadas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a la vez que tenía 50 años de edad y más de veintisiete años de servicio, de los cuales diecinueve habían sido como empleada de la Rama Judicial y ocho como trabajadora de la empresa privada, aportes estos que habían sido efectuados al Instituto de Seguros Sociales. Cajanal negó el reconocimiento de la prestación al considerar que, si bien la actora era beneficiaria del régimen de transición, las semanas cotizadas como empleada del sector privado no podían sumarse para completar los veinte años de servicio de que trata el artículo 6º del Decreto 546 de 1971, razón por la que el régimen aplicable era el de la Ley 71 de 1988, que preveía la figura jurídica de la pensión por aportes. En este caso también la tutela fue concedida.

[125] En este caso se estudió una situación en la que se alegaba la violación al debido proceso y al mínimo vital de persona a quien le fue reconocida una pensión de jubilación, cuya liquidación se efectuó con base en lo previsto en el articulo 36 de la ley 100 de 1993, en contraposición a lo previsto en los Decretos 546 de 1971 y 717 de 1978 que le resultaban mas favorables y son las normas aplicables a su caso. Solicitaba que se ordenara la reliquidación de la pensión con base en los mencionados decretos. La Corte confirmó la sentencia favorable a los intereses del actor.

[126] En esa sentencia se conoció el caso de un funcionario vinculado a la Rama judicial, a quien se le desconoció el tiempo de servicios y la aplicación prevalente de la ley más favorable en materia pensiona. Dijo esa providencia: “ Así las cosas, a pesar de que la Resolución 023735 de octubre 4 de 2001, se encuentra en firme, la Corte la dejará sin efecto

por cuanto en ella se incurrió en una ostensible vía de hecho , que esencialmente se pone de manifiesto en haberla proferido luego de suspender abruptamente y sin información al interesado, el trámite para la expedición del bono pensional que había sido iniciado con la solicitud de confirmación de la información laboral;

de igual modo la vía de hecho mencionada aparece con claridad meridiana al no computar en su integridad el tiempo de servicio laborado por el actor (…)".

[127] La Corte analizó en esa oportunidad la situación de una persona que interpuso acción de tutela contra el ISS, por no reconocerle y pagarle la pensión de jubilación con fundamento en lo previsto en el Decreto 546 de 1971. En esa providencia se ordenó expedir el acto administrativo correspondiente conforme al Decreto 546 de 1971. Dijo esa sentencia: "Es posible identificar dos eventos en los cuales podrían configurarse vías de hecho en el acto administrativo proferido con ocasión de la solicitud pensional:

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

ii. Cuando en el acto administrativo por medio del cual se define el reconocimiento de la pensión de jubilación se incurre en una omisión manifiesta al no aplicar las normas que corresponden al caso concreto o se elige aplicar la norma menos favorable para el trabajador, en franca contradicción con la orden constitucional del principio de favorabilidad. Por ejemplo, cuando se desconoce la aplicación de un régimen especial o se omite aplicar el régimen de transición previsto en el sistema general de pensiones".

[128] Ver folios 273 a 276 del cuaderno principal, y folios 37 a 40, 78 a 81 y 115 a 118 del cuaderno No 1. [129] Ver folios 273 a 276 del cuaderno principal, y folios 37 a 40, 78 a 81 y 115 a 118 del cuaderno No 1.

[130] Ver folios 104 del cuaderno principal. [131] Folio 84, cuaderno principal. Mediante Oficio OAJ-GRVG- del 20 de agosto de 2008, - allegado a la Corte Constitucional sólo a finales de noviembre de 2008-, el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Caja Nacional de Previsión Social había remitido a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín copia de la Resolución No.37905 del 8 de agosto de 2008, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por la accionante contra la Resolución No.33952 del 17 de julio de 2006 por medio de la cual negó la solicitud de reliquidación de la pensión vitalicia de vejez que le fue reconocida. En ese informe se destaca que Cajanal acató la orden que impartió el Tribunal de Primera Instancia y por lo tanto alega el efecto de la Teoría de Hecho Superado en cuanto al derecho de petición, solicitando "se proceda a declarar el cumplimiento del fallo de tutela y en consecuencia se ordene el archivo del Incidente de desacato".

Ver folios 84, 85 a 91, 158 a 164, 201 a 207, 228 a 234, 298 a 304 y 330 a336 del cuaderno principal. [132] Este Decreto modificó el artículo 6º del Decreto 691 de 1994 " Por el cual se incorporan los servidores públicos al Sistema General de Pensiones y se dictan otras disposiciones".

[133] Se recuerda que se trata de un precedente aplicable al caso concreto, pues conforme a la sentencia T-292 de 2006, para establecer hasta qué punto el precedente es relevante o no deben confluir los siguientes elementos: (i) Que en "la ratio decidendi de la sentencia previa se encuentre una regla relacionada con el caso a resolver posteriormente. (ii) La ratio debió haber servido de base para solucionar un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante. (iii) Los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia anterior deben ser semejantes o plantear un punto de derecho semejante al que debe resolverse posteriormente. En este sentido será razonable que "cuando en una situación similar, se observe que los hechos determinantes no concuerdan con el supuesto de hecho, el juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente". Estos tres elementos hacen que una sentencia anterior sea

vinculante y, en esa medida, que se constituya en un precedente aplicable a un caso concreto. De allí que se pueda definir el precedente aplicable, como aquella sentencia anterior y pertinente cuya ratio conduce a una regla - prohibición, orden o autorización- determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes" .En esa oportunidad la señora Bertha Lucía del Socorro González Zúñiga formuló acción de tutela contra la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura con el fin de obtener la protección de sus derechos constitucionales fundamentales al debido proceso, el trabajo, el mínimo vital, a la igualdad y la honra, presuntamente vulnerados como consecuencia de la decisión adoptada por la autoridad demandada en el sentido de retirarla del servicio como Magistrada del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca. La tutelante en esa oportunidad ejercía el cargo de Magistrada del Tribunal Administrativo del Valle, estaba inscrita en la carrera judicial. Mediante Resolución No. PSAR 07-641 del 21 de diciembre de 2007, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura retiró del servicio a la accionante y dispuso que dicho retiro operaría a partir de la fecha de inclusión en nómina de pensionados. El 3 de marzo de 2008, la actora solicitó la reliquidación de la mesada pensional, sin haber obtenido respuesta a la fecha de formulación de la acción de tutela. En esa oportunidad la Corte decidió, REVOCAR los fallos de tutela proferidos por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia dentro de la acción de tutela promovida por Bertha Lucía del Socorro González Zúñiga contra la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y, en su lugar, TUTELAR los derechos al trabajo y al mínimo vital de la accionante, por las razones expuestas en esta providencia. DECLARAR SIN VALOR NI EFECTO ALGUNO la Resolución No. PSAR07-641 del 21 de diciembre de 2007 "Por medio de la cual se retira del servicio a un servidor vinculado por el régimen de carrera judicial", proferida por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. DECLARAR que la accionante tiene derecho a seguir laborando como Magistrada del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, no obstante reunir los requisitos para obtener la pensión, hasta que decida retirarse voluntariamente o acaezca otra causal de retiro definitivo del servicio.

[134] Nótese que en este aspecto el precedente de la sentencia T-1092 de 2008 no es aplicable, porque la demandante había solicitado la reliquidación pensional por vía judicial logrando una sentencia favorable a sus pretensiones.

[135] Es decir, con el salario más alto devengado durante el último año de servicio, con la inclusión de todos los factores salariales.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 11 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.