

Sentencia T-102-09

Referencia: expediente T-2006659

Acción de tutela interpuesta por Gloria Mercedes Gómez Barón de Triviño contra el Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá D.C.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil nueve (2009).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araújo Rentería y Clara Elena Reales Gutiérrez, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo emitido por el Juzgado Sesenta y Uno Civil Municipal de Bogotá, en la acción de tutela instaurada por la señora Gloria Mercedes Gómez Barón de Triviño contra el Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá D.C.

I. ANTECEDENTES.

La señora Gloria Mercedes Gómez Barón de Triviño interpuso acción de tutela en contra del Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la dignidad, al mínimo vital, a la vida, a la igualdad y a la seguridad social. En consecuencia, solicita que se ordene a la entidad demandada: (i) reliquide su mesada pensional teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en la Universidad Libre, en el Departamento Administrativo de Catastro Distrital; (ii) los mismos se traigan a valor presente al año 1992, aplicando el mecanismo del índice de precios al consumidor hasta el año 1996; (iii) pague los valores dejados de cancelar de conformidad con la reliquidación ajustada a derecho; y (iv) cancele los intereses desde la fecha en que se causaron de conformidad con el artículo 4° de la Ley 1066 de 2006.

1. Hechos.

Para fundamentar su solicitud la accionante relata los siguientes hechos:

1. Manifiesta que tiene 71 años de edad y que alcanzó su “status pensional” el día 22 de septiembre de 1985, mientras desempeñaba el cargo de Secretaria General del Instituto de Postgrados Benjamín Herrera de la Universidad Libre de Colombia, pero advierte que laboró 66 días en el año 1992, como Secretaria General del Departamento Administrativo de Catastro Distrital, fecha en la que se retiró del servicio oficial.

2. Sostiene que, siendo víctima de la violencia en la región del Casanare, el día 2 de marzo de 1999 se vio obligada a presentar la solicitud de reconocimiento de su pensión de jubilación a la cual tenía derecho por haber cumplido los dos requisitos legalmente exigidos: edad y tiempo de servicio.

3. Señala que en el año 2001 el Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá (Alcaldía Mayor de Bogotá) emitió la Resolución No. 1861 mediante la cual se reconoció el pago de su pensión de jubilación por un valor de \$103.891,11 a partir del 22 de junio de 1992, valor que fue ajustado (de acuerdo con la Ley 71 de 1988) para el periodo comprendido entre los años 1992 y 1996, quedando finalmente una mesada pensional de \$230.35208, pagadera a partir del 2 de marzo de 1996, valor mucho menor a la suma de \$518.710, que correspondía a su último salario devengado en el año 1992, generándose con ello la pérdida del poder adquisitivo de dicho dinero.

4. Indica que el Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá cometió errores graves en la liquidación de la mesada pensional: (i) no incluyó los factores salariales (Ley 62 de 1985), pues aunque en la resolución dice “[l]iquidación factores ley 33 de 1985”, en realidad se tomó únicamente el salario básico (\$47.370 en 1984 y \$54.333 en 1985), desconociendo de esta forma la certificación de la Universidad Libre de fecha 9 de mayo de 2000, que incluye la prima de navidad, vacaciones y prima extralegal como factores salariales; (ii) no trajo a valor presente al año 1992 los salarios de los años 1984 y 1985, lo cual ocasionó un grave perjuicio, pues con ello el salario base para determinar el valor de la primera mesada pensional quedó en un valor exiguo de \$103.891,11.

5. Afirma que mediante Resolución No. 0638 de fecha 15 de junio de 2004 el Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá negó la solicitud de revisión de la pensión de jubilación.

6. Expone que agotó “la vía administrativa” ante el Tribunal Contencioso Administrativo y el Consejo de Estado, y que en sus respectivas sentencias estas Corporaciones confirmaron que el último año de servicio que se debía tener en cuenta en la liquidación de la pensión de jubilación era el laborado en la Universidad Libre durante los años 1984 y 1985 (235 días) y en el Departamento Administrativo de Catastro Distrital en el año 1992 (66 días), pero que no ordenaron la reliquidación de la mesada pensional con los factores salariales y la indexación de los salarios.

2. Respuesta de la entidad demandada.

Cindy María Arredondo Sánchez, en calidad de Gerente de Pensiones del Fondo de Prestaciones Económicas Cesantías y Pensiones -FONCEP-, según lo dispuesto en el Acuerdo No. 257 del Consejo de Bogotá, en virtud del cual la entidad que representa asumió la administración del Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá, dio respuesta a la acción de amparo manifestando que la entidad demanda no vulneró derecho fundamental alguno a la accionante. En consecuencia, solicita dar por terminado el trámite de la misma bajo los siguientes argumentos:

Expresa que mediante la Resolución No. 1861 del 16 de octubre de 2001, la gerencia del Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital- FAVIDI- reconoció a la accionante una pensión vitalicia de jubilación en cuantía inicial de \$230.352, y que el sustento legal de dicho acto administrativo fue la Ley 71 de 1988, norma vigente el 22 de septiembre de 1992, fecha en la que la señora Gloria Mercedes Gómez Barón de Triviño adquirió su status pensional. Adiciona que para efectos de la liquidación se tuvo en cuenta lo establecido en el artículo 11 de la precitada ley, dando aplicación a lo dispuesto en la Ley 22 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985, en lo que a los factores salariales se refiere, en virtud de las cuales se calculó el valor de la pensión de acuerdo al 75% de la asignación básica percibida durante el último año de servicio.

Afirma que la demandante solicitó la revisión de la pensión pretendiendo la inclusión de nuevos factores salariales, lo cual fue resuelto negativamente mediante resolución No. 0638 del 15 de junio de 2004, pues no se demostraron nuevos factores salariales

sobre los cuales se hubieren efectuado descuentos para los aportes de pensión. Agrega que ese acto administrativo le fue notificado personalmente al apoderado de la señora Gloria Mercedes Gómez Barón de Triviño el día 26 de junio de 2004, sin que contra él se hubiese interpuesto algún recurso de la vía gubernativa.

Por otra parte, indica que las pretensiones de la accionante ya han sido consultadas “en sede de tutela, así como en sede administrativa”, de tal forma que sólo la prueba de hechos diferentes a los que se encuentran probados en el informativo, con el aporte de nuevas pruebas o nuevas certificaciones laborales, en las cuales se certifiquen factores salariales que hubieran servido de base para calcular los aportes para pensión, permitiría emitir un nuevo pronunciamiento de fondo.

Asevera que, conforme con los documentos que reposan en el expediente y las normas aplicables al caso, el ingreso base de liquidación y los factores salariales tomados en cuenta para obtener el mismo son los que corresponden y por lo tanto no hay lugar a modificar la decisión hasta ahora adoptada por la administración.

Igualmente señala que, aunque es cierto que toda persona tiene derecho a instaurar acción de tutela cuando considere vulnerados sus derechos fundamentales, también lo es que esta acción por sí sola no puede ser el único camino jurídico para acceder a las peticiones realizadas a la administración, máxime cuando se ha acudido a ésta última y ella ha emitido pronunciamiento al respecto, ya que la insatisfacción con las respuestas emitidas por la administración no otorgan por sí solas pleno derecho, pues debe ir acompañada de un soporte normativo, más aún cuando se trata de una reliquidación pensional.

Finalmente, expone que, siguiendo la jurisprudencia constitucional, no puede predicarse vulneración del mínimo vital cuando se demuestra que la accionante está recibiendo la pensión de jubilación sin interrupción alguna.

3. Pruebas relevantes que obran dentro de este expediente.

Del material probatorio que obra en el expediente la Sala destaca lo siguiente:

- * Certificados sobre salarios y otros rubros expedidos por el Jefe de Personal de la Universidad Libre de Bogotá (fls. 1, 2 y 4).
- * Certificaciones sobre salarios y otros rubros expedidos por el Jefe de Recursos Humanos del Departamento Administrativo de Catastro (fls. 3 a 5).
- * Copias de constancias de pago de mesadas pensionales por el Consorcio Fondo de Pensiones de Bogotá a la señora Gloria Mercedes Gómez Barón de Triviño (fls. 6 a 8).
- * Copia de la Resolución No. 1861 del 16 de octubre de 2001, por la cual el Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá reconoció pensión de jubilación vitalicia de jubilación a la señora Gloria Mercedes Gómez Barón de Triviño (fls. 9 a 15 y 52 a 58).
- * Copia de la Resolución No. 0638 del 15 de junio de 2004, por la cual la Secretaría de Hacienda de Bogotá, D.C. negó a la señora Gloria Mercedes Gómez Barón de Triviño la solicitud de revisión de su pensión de jubilación. (fls. 16 a 18 y 51 a 61).
- * Copia de la Sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, de fecha 11 de marzo de 2005, por medio de la cual negó todas las pretensiones de la demandante Gloria Mercedes Gómez Barón de Triviño (fls. 19 a 26).
- * Copia de la Sentencia emitida por el Consejo de Estado, Sección Segunda de fecha 12 de abril de 2007, que confirmó la referida sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca (fls. 27 a 31).
- * Copia de la certificación expedida por el DANE sobre el índice de precios al consumidor de enero de 1985 a mayo de 2008 (fls. 32 a 38).
- * Copia de la providencia de fecha 16 de junio de 2004, emitida por el Juzgado 22 Penal Municipal de Bogotá, por la cual se negó a Gloria Mercedes Gómez Barón de Triviño la tutela de los derechos de petición y debido proceso. (fls. 62 a 64).

II. DECISION JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN.

El Juzgado Sesenta y Uno Civil Municipal de Bogotá, en providencia del 23 de julio de 2008, negó el amparo invocado.

Sostiene el despacho que la acción de tutela no fue diseñada como mecanismo para lograr la cancelación de acreencias laborales, ya que para ello existen medios de defensa judicial ordinarios que el afectado puede utilizar para satisfacer sus pretensiones. Afirma que la acción de tutela que tenga tal propósito se hace improcedente, salvo que se esté vulnerando un derecho fundamental o que se vea afectado el mínimo vital del accionante o el de su familia.

Igualmente expone el Juzgado que, al ser la pensión de jubilación el reemplazo de lo que recibía el trabajador en su vida activa por concepto de salarios y por ser generalmente el único ingreso con el que cuenta el pensionado, el retraso en el pago de las correspondientes mesadas ocasiona serios traumatismos en la economía familiar y con frecuencia afecta el mínimo vital del pensionado y de su familia. Con relación al caso bajo análisis, para el despacho es claro que, al no haberse demostrado que la entidad demandada ha omitido de alguna forma el pago de la pensión de jubilación a la accionante, impidiéndole atender sus necesidades básicas y las de su familia, se hace improcedente la acción, pues el mínimo vital no resulta afectado.

Con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la procedencia de la acción de tutela para solicitar la reliquidación pensional, concluye el Juzgado que en el caso bajo estudio la acción interpuesta es improcedente porque no se cumplen todos los presupuestos exigidos, por cuanto la accionante no interpuso ningún recurso contra la Resolución 1861 del 16 de octubre de 2001, mediante la cual se le reconoció su pensión de jubilación, ni tampoco contra la Resolución 0638 del 15 de junio de 2004, que resolvió su solicitud de revisión de pensión de jubilación y por lo tanto no agotó los recursos en sede administrativa ante la entidad demandada.

Aclara el Juzgado que no es cierto que la señora Gloria Mercedes Gómez Barón de Triviño haya interpuesto acción de tutela por los mismos hechos ante el Juzgado 22 Penal Municipal, pues tal y como obra en el expediente “en aquella instancia se debatieron hechos claramente antagónicos por cuanto la misma se encaminaba a salvaguardar derechos fundamentales como el debido proceso y el derecho de petición, mientras que la tramitada antes este despacho judicial, se ejerce para la protección del derecho al mínimo vital, a la vida y a la dignidad (...)”.

Finalmente, manifiesta que tampoco se demostró que la demandante esté frente a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, ya que desde la expedición de las resoluciones mediante las cuales se reconoció y se revisó su pensión han transcurrido más de 7 y 4 años respectivamente, por lo que no “existiría la posibilidad física ni jurídica de evitarlo, pues en gracia de discusión ya se consumó y no sería este medio excepcional e inmediato el que debió invocar la accionante”. Por todo lo anterior concluye que la acción de tutela no es en este caso el mecanismo idóneo para obtener la reliquidación de las mesadas pensionales, pues la accionante cuenta con otros mecanismos judiciales de defensa tanto en sede administrativa como judicial.

III. INSISTENCIA PRESENTADA POR EL DEFENSOR DEL PUEBLO Y ACTUACIONES EN SEDE DE REVISIÓN.

1. En oficio de octubre 10 de 2008, el Dr. Volmar Pérez Ortiz, actuando en su calidad de Defensor del Pueblo, presentó ante la Sala de Selección correspondiente, insistencia para que se revisaran las decisiones proferidas en la acción de tutela de la referencia. En su concepto la señora Gloria Mercedes Gómez instauró acción de tutela “con el fin de que se le protejan sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida y a la dignidad, en especial, el derecho a que se indexe su mesada pensional”.

Sostuvo que, a partir de la jurisprudencia constitucional, la acción de tutela procede para obtener la indexación de la primera mesada pensional, siempre y cuando el actor haya agotado todos los mecanismos judiciales ordinarios. En consecuencia, consideró que la decisión del juez de tutela al no acceder a la “pretensión de indexación de la primera mesa pensional, por cuanto el actor agotó los mecanismos judiciales idóneos, (...)” implica la violación de los derechos fundamentales al debido proceso, la igualdad y a la seguridad social de la accionante.

La anterior insistencia fue aceptada por la Sala de Selección N° 10, mediante auto de octubre 22 de 2008, razón por la que el expediente fue seleccionado y repartido al despacho de la magistrada sustanciadora.

2. En escrito radicado el 25 de noviembre de 2008 presentado ante la Corte Constitucional, la accionante solicita a esta Corporación:

“No reclamo más que la INDEXACION A MI PRIMERA MESADA PENSIONAL, con la aplicación del IPC sobre los salarios de 1984 y 1985, sin tener en cuenta que durante estos años la Universidad Libre cotizó los factores salariales de prima de navidad, vacaciones y prima extralegal.

No entro a discutir el tema de mis factores salariales para no incurrir en asuntos que pueden llamarse litigiosos (...)

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer el fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico.

La señora Gloria Mercedes Gómez Barón de Triviño, en el escrito en que interpone la tutela, solicita, entre otras pretensiones, que se ordene a la entidad demandada le reliquide su mesada pensional teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en la Universidad Libre y en el Departamento Administrativo de Catastro Distrital, y que los mismos se actualicen al año 1992 aplicando el mecanismo del índice de precios al consumidor hasta el año 1996, pues considera que el Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá cometió graves errores en la Resolución 1861 del 16 de octubre de 2001 al no incluir los factores salariales y tomando únicamente el salario básico para liquidar la pensión, sin traer a valor presente al año 1992 los salarios correspondientes a los años 1984 y 1985. Agrega que el mismo Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá, mediante resolución 0638 del 15 de junio de 2004, le negó la revisión de la pensión de jubilación, y que por esas razones la entidad accionada le está vulnerando sus derechos fundamentales a la vida, dignidad humana y mínimo vital. Sostiene también que agotó “la vía “administrativa” ante el Tribunal Contencioso Administrativo y el Consejo de Estado, que en sus respectivas sentencias omitieron ordenar la reliquidación de la pensión incluyendo todos los factores salariales y la indexación de la primera mesada pensional.

El señor Defensor del Pueblo insistió ante esta Corporación en la selección para revisión de la sentencia de primera instancia con el fin de que se ordene el amparo de los derechos fundamentales, especialmente “el derecho a que se indexe su mesada pensional”². En igual sentido, en escrito de fecha 25 de noviembre de 2008 presentado ante la Corte Constitucional, la señora Gloria Mercedes Gómez Barón solicita “se ordene al FONDO DE PENSIONES DEL DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTÁ, se aplique la indexación de la primera mesada pensional”, aclarando que “no reclam[a] más que la INDEXACION A MI PRIMERA MESADA PENSIONAL, con la aplicación del IPC sobre los salarios de 1984 y 1985, sin tener en cuenta que durante estos años la Universidad Libre cotizó los factores salariales de prima de navidad, vacaciones y prima extralegal” y, que no entra a discutir el tema de los factores salariales “para no incurrir en asuntos que pueden llamarse litigiosos”.

De acuerdo con lo anterior, la Corte observa que la señora Gloria Mercedes Gómez Barón de Triviño pretende en realidad que por esta vía se ordene al Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá reliquidar su pensión de jubilación, incluyendo la indexación de la primera mesada, sin tener en cuenta algunos factores salariales a los cuales se refirió inicialmente en su demanda de tutela.

La entidad demandada solicita al juez constitucional negar la solicitud de amparo propuesta por considerar que: (i) conforme con los documentos que reposan en el expediente y las normas aplicables al caso concreto, el ingreso base de liquidación y los factores salariales tomados en cuenta para obtener el mismo son los que corresponden; (ii) la solicitud de reliquidación que motiva la acción de tutela ya ha sido consultada por la accionante en sede administrativa y en sede de tutela; y (iii) siguiendo la jurisprudencia constitucional, no puede predicarse vulneración del mínimo vital cuando se demuestra que la accionante está recibiendo la pensión de jubilación sin interrupción alguna.

El Juzgado Sesenta y Uno Civil Municipal de Bogotá niega la acción de tutela invocada por improcedente, al entender que: (i) la vía adecuada para resolver la controversia presentada es la ordinaria; (ii) al no haberse demostrado que la entidad demanda ha omitido el pago de la pensión de jubilación a la accionante, impidiéndole atender sus necesidades básicas y las de su familia, el mínimo vital no resulta afectado; (iii) la accionante no interpuso

ningún recurso contra la resolución mediante la cual se le reconoció su pensión de jubilación, ni tampoco contra la que resolvió su solicitud de revisión de pensión de jubilación, de modo que no agotó los recursos en sede administrativa ante la entidad demandada; y (iv) porque no se demostró que la demandante esté frente a la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

De acuerdo con los antecedentes planteados, corresponde a esta Sala determinar (i) si la actuación de la señora Gloria Mercedes Gómez Barón de Triviño fue temeraria o no; (ii) si es procedente la acción de tutela para obtener la indexación del salario base para la liquidación de la pensión de jubilación. En caso de considerarla procedente, (iii) si la accionante tiene derecho al reconocimiento y pago indexado de la primera mesada pensional y si la conducta del Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá supone una afrenta a sus derechos fundamentales.

Para resolver el anterior problema jurídico la Sala abordará los siguientes temas: (i) la duplicidad en la interposición de la acción (art. 38 Decreto 2591 de 1991); (ii) el carácter subsidiario de la acción de tutela y sus requisitos generales de procedibilidad; (iii) la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional, (iv) la Sala procederá al análisis del caso concreto, para determinar si hay lugar o no a conceder la protección invocada.

3. La duplicidad en la interposición de la acción (Art. 38 Decreto 2591 de 1991). Inexistencia de temeridad.

3.1. El artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 en materia de tutela considera contrario al Ordenamiento Superior el uso abusivo e indebido de la acción de tutela, que se concreta en la duplicidad del ejercicio de la acción de amparo constitucional entre las mismas partes, por los mismos hechos y con el mismo objeto. Dispone al respecto la norma en cita:

“Cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela se presente por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes”.

La Corte al examinar la constitucionalidad de ese inciso en la sentencia C-054 de 1993 y

del inciso segundo en la sentencia C-155^a de 1993, expuso que dada la naturaleza y los principios que reviste a la acción de tutela (art. 86 superior), como los artículos 83, 95 y 209 de la Constitución, las actuaciones temerarias deben controlarse a efectos de salvaguardar la eficiencia en el funcionamiento del Estado y, por ende, en la administración de justicia para así atender los requerimientos del resto de la sociedad civil. Además, se manifiesta en dichas decisiones que resulta inadmisibles la presentación simultánea o posterior de la misma petición con base en idénticos hechos para obtener múltiples pronunciamientos, toda vez que dicho comportamiento resulta desleal y deshonesto por comprometer las acciones y capacidades judiciales del Estado y la remoción inmediata de la afectación de los derechos fundamentales. Concretamente recuerdan el tenor del artículo 95 de la Carta, consistente en que el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales implica responsabilidades, uno de cuyos deberes está precisamente en respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios.

Para esta Corporación es indiscutible que una actuación de esta naturaleza es constitutiva de temeridad en el ejercicio del derecho de acción y no sólo atenta contra la economía procesal, sino también contra los principios de eficiencia y eficacia en la prestación del servicio público de administración de justicia, como garantías inherentes a la moralidad procesal.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional³ ha considerado que la actuación temeraria prevista en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 le otorga al juez de instancia la facultad de rechazar o decidir desfavorablemente la solicitud, siempre que la presentación de más de una acción de amparo constitucional entre las mismas partes, por los mismos hechos y con el mismo objeto (i) envuelva una actuación amañada, reservando para cada acción aquellos argumentos o pruebas que convaliden sus pretensiones⁴; (ii) denote el propósito desleal de “obtener la satisfacción del interés individual a toda costa, jugando con la eventualidad de una interpretación judicial que, entre varias, pudiera resultar favorable”⁵; (iii) deje al descubierto el “abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción”⁶; o finalmente (iv) se pretenda a través de personas inescrupulosas asaltar la “buena fe de los administradores de justicia”⁷.

De manera que para la configuración de una actuación temeraria deben presentarse las siguientes causales⁸: i) identidad de partes, ii) identidad de causa petendi, iii) identidad de objeto, y iv) sin motivo expresamente justificado. En este evento procede rechazar o decidir desfavorablemente la solicitud o declarar la improcedencia de la acción e imponer las sanciones correspondientes⁹.

3.2. En este caso en particular, al revisar la actuación se aprecia en ella copia de la providencia emitida por el Juez 22 Penal Municipal de Bogotá, de fecha 16 de junio de 2004, el cual resolvió no tutelar los derechos de petición y debido proceso, cuya protección había solicitado la señora Gloria Mercedes Gómez Barón de Triviño, alegando que el consorcio de Pensiones de Bogotá- Fondo Liquidación Favid, estaba en mora de resolverle una solicitud presentada el 11 de septiembre de 2003, relacionada con la revisión de su pensión de jubilación. El juzgado negó esa tutela, porque había cesado la presunta vulneración o amenaza de los derechos invocados, en virtud de que la entidad accionada ya había resuelto la solicitud de revisión de la pensión mediante la Resolución 0638 del 15 de junio de 2004.

Como la señora Gloria Mercedes Gómez Barón de Triviño adelanta la presente acción de tutela contra el Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá solicitando la protección de sus derechos fundamentales a la vida, dignidad humana y mínimo vital presuntamente vulnerados por la entidad accionada, por haberle negado la reliquidación de su pensión de jubilación reconociendo la indexación de la primera mesada pensional, resulta evidente que los fundamentos fácticos y los derechos cuya protección pide son notoriamente disímiles en las dos acciones de tutela mencionadas. Por tanto, no existe temeridad de la accionante al proponer la segunda de ellas.

La jurisprudencia de la Corte ha señalado que el respeto de los requisitos de subsidiariedad e inmediatez, como exigencias generales de procedencia de la acción de tutela, ha sido tradicionalmente una condición necesaria para el conocimiento de fondo de las solicitudes de protección de derechos fundamentales, por vía excepcional. De hecho, de manera reiterada esta Corporación ha reconocido que la acción de tutela, conforme al artículo 86 de la Carta, es un mecanismo de protección de carácter residual y subsidiario,¹⁰ que puede ser utilizado ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales, cuando no exista otro medio idóneo para la protección de

los derechos invocados, o cuando existiendo otros medios de defensa judiciales se requiera acudir al amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable¹¹.

La naturaleza subsidiaria y excepcional de la acción de tutela permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos. Al existir tales mecanismos los ciudadanos se encuentran obligados a acudir de manera preferente a ellos, cuando son conducentes para conferir una eficaz protección constitucional.¹² De allí que quien alegue la vulneración de sus derechos fundamentales debe haber agotado los medios de defensa disponibles por la normatividad para tal efecto.¹³ Exigencia que se funda en el principio de subsidiariedad de la acción de tutela antedicho, que pretende asegurar que una acción tan expedita no sea considerada en sí misma una instancia más en el trámite jurisdiccional, ni un mecanismo de defensa que reemplace aquellos diseñados por el legislador,¹⁴ y menos aún, un camino excepcional para solucionar errores u omisiones de las partes en los procesos judiciales¹⁵.

No obstante, esta Corporación también ha considerado la acción de tutela como un medio de protección directo frente a la falta de idoneidad e ineficacia de los mecanismos ordinarios de protección, circunstancia ligada a la inminencia del perjuicio irremediable, evento en el cual su virtud cautelar se modula para convertirse en mecanismo de protección inmediato.

De la misma manera la Corte ha sido enfática en resaltar como principios rectores del proceso de tutela los de informalidad y de eficacia de los derechos fundamentales. Según estos principios, el juez constitucional está en la obligación de adelantar, en el marco de sus competencias, todas las conductas enderezadas a garantizar la protección de los derechos fundamentales cuando los mismos han sido objeto de amenaza o vulneración.

Al respecto, desde la Sentencia T-501 de 1992 la Corte precisó:

“(…) por su misma índole, la acción de tutela no exige técnicas procesales ni requisitos formales propios de especialistas, ya que su función no puede asimilarse a la que cumplen las acciones privadas dentro de los esquemas ordinarios previstos por el sistema

jurídico, sino que corresponde a la defensa inmediata de los derechos fundamentales.

Su papel es ante todo el de materializar las garantías constitucionales y, por tanto, es de su esencia el carácter sustancial de su fundamento jurídico”.

“La instauración de las acciones de tutela no puede dar lugar al rigor formalista de los procesos ordinarios ni se puede convertir su admisibilidad y trámite en ocasión para definir si se cumplen o no presupuestos procesales o fórmulas sacramentales, ya que con ella no se busca establecer una “litis” sino acudir a la protección oportuna de la autoridad judicial cuando un derecho fundamental es lesionado u objeto de amenaza”.

Así, la sola existencia de un medio alternativo de defensa judicial no implica automáticamente la improcedencia de la acción de tutela, porque, como se dijo, el medio judicial debe ser idóneo y eficaz para la defensa de los derechos fundamentales.¹⁶ En ese orden de ideas, si el juez constitucional constata que el otro medio de defensa no resulta conducente para la protección efectiva de los derechos invocados - al no asegurar, por ejemplo, la eficacia necesaria para su defensa real-, el fallador puede válidamente garantizar la protección preeminente y efectiva de los derechos fundamentales, admitiendo la procedencia en estas circunstancias de la acción de tutela. Así, en Sentencia T-580 de 2006, esta Corporación indicó:

“La aptitud del medio judicial alternativo, podrá acreditarse o desvirtuarse en estos casos, teniendo en cuenta entre otros, los siguientes aspectos¹⁷: i) el objeto de la opción judicial alternativa y ii) el resultado previsible de acudir a ese otro medio de defensa judicial.¹⁸ El juez constitucional deberá observar, en consecuencia, si las otras acciones legales traen como resultado el restablecimiento pleno y oportuno de los derechos fundamentales vulnerados en la situación puesta en su conocimiento, evento en el que, de resultar afirmativa la apreciación, la tutela resultará en principio improcedente. A contrario sensu, si el juez determina que el mecanismo de defensa judicial aparentemente preeminente no es idóneo para restablecer los derechos fundamentales vulnerados, la tutela puede llegar a ser procedente”.

Debe recordarse que, dentro de las modalidades de concesión de la acción de tutela, la Corte se ha referido a la protección (i) transitoria, cuando se está ante un perjuicio irremediable, siempre que se cumplan los presupuestos de inminencia, gravedad,

urgencia e impostergabilidad de la acción, decisión que tiene efectos temporales¹⁹, o (ii) definitiva²⁰, cuando a pesar de la existencia de medios de defensa judicial los mismos resultan ineficaces al “no goza(r) de la celeridad e inmediatez para la protección de los derechos fundamentales con la urgencia requerida”²¹, lo cual hace procedente la tutela como mecanismo principal que puede motivarse en la relevancia constitucional que tenga el asunto según las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentre el solicitante y la condición de sujeto de especial protección constitucional.

5. La procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional.

Los requisitos generales de procedibilidad han sido objeto de análisis por la Corte al resolver acciones de tutela interpuestas con el propósito de obtener la actualización de la mesada pensional. Pretensión que ha sido planteada a la Corte Constitucional a través de tres caminos: en primer lugar, cuestionando providencias judiciales en las cuales se ha negado la indexación solicitada, alegando que constituyen vías de hecho; en segundo lugar, planteando una demanda contra los fallos judiciales que no reconocen la indexación y contra las entidades llamadas a cancelar las mesadas pensionales y; en algunas ocasiones, se ha presentado y fallado en contra de la entidad responsable del reconocimiento y pago de la pensión, como en el caso de las solicitudes de indexación de la primera mesada pensional de una pensión sanción²². En todos ellos esta Corporación ha condicionado la procedencia de la acción de tutela al cumplimiento de ciertos requisitos, a saber:

“(i) la adquisición por el interesado del status de pensionado,

(ii) el agotamiento de las vías judiciales ordinarias en procura de obtener la indexación o la demostración de la imposibilidad de acudir a ellas por razones ajenas a su voluntad,

(iii) la actuación en sede administrativa con miras a lograr la satisfacción de la pretensión mediante la presentación de las reclamaciones y recursos propios de esas instancias, y

(iv) la violación de derechos fundamentales aunada a la existencia de condiciones materiales que justifiquen la protección que brinda la acción de tutela”²³.

Sobre este tema la Corte, en Sentencia T-046 de 2008, sostuvo:

“6. La Corte ha señalado la procedencia excepcional de la acción de tutela como mecanismo idóneo para solicitar la indexación de pensiones reconocidas, siempre que se cumplan los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias. Adicionalmente, en casos como el que se estudia la Corte ha encontrado que existen ciertos requisitos especiales de procedibilidad, que ha resumido, en la sentencia T- 083 de 2004, como sigue:

“ Que la persona interesada haya adquirido el status de jubilado, o lo que es igual, que se le haya reconocido su pensión”.²⁴

“ Que haya actuado en sede administrativa; es decir, que haya interpuesto los recursos de vía gubernativa contra el acto que le 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.”²⁵

“Que 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”²⁶.

“Que se 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”.²⁷ (...)”.

De lo anterior se concluye que para que proceda vía tutela la indexación de la primera mesada pensional, además de los requisitos generales, deberán cumplirse los cuatro requisitos especiales antes señalados.

6. Análisis del caso concreto.

De acuerdo con lo analizado en precedencia corresponde ahora examinar si en este

caso concurren o no los requisitos jurisprudenciales antes anotados para la procedencia excepcional de la acción de tutela dirigida a reclamar la indexación de la primera mesada pensional.

6.1. Un primer requisito se refiere a que “la persona interesada haya adquirido el status de jubilado, o lo que es igual, que se le haya reconocido su pensión”. Este requisito efectivamente se cumple, porque el Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá le reconoció pensión vitalicia de jubilación a la señora Gloria Mercedes Gómez Barón de Treviño, mediante Resolución 1861 del 16 de octubre de 2001²⁸.

6.2. Otro requisito consiste en que el interesado haya adelantado “la actuación en sede administrativa con miras a lograr la satisfacción de la pretensión mediante la presentación de las reclamaciones y recursos propios de esas instancias”. En relación con este aspecto la señora Gloria Mercedes Gómez Barón sostiene que el Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá, mediante la Resolución No. 0638 del 15 de junio de 2004, le negó la solicitud de revisión de la pensión²⁹. No obstante, la actuación procesal no registra ninguna constancia de que la señora Gloria Mercedes Gómez Barón de Triviño, directamente o por medio de apoderado, haya reclamado de manera expresa el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional o del salario base de liquidación de la primera mesada pensional ante la autoridad administrativa competente, que en este caso es el Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá, pues no obra copia de ninguna solicitud en ese sentido ante dicha entidad. Además, ni la Resolución No. 1861 del 16 de octubre de 2001, por la cual le reconoció la pensión de jubilación, ni la Resolución 0638 del 15 de junio de 2004, por la cual le negó la reliquidación de la pensión, hacen referencia alguna a la indexación de la primera mesada pensional. Tampoco obra constancia en la actuación de que la señora Gloria Mercedes Gómez Barón haya interpuesto ningún recurso por la vía gubernativa contra esas dos resoluciones.

En tales condiciones, está claro que no se reúne el requisito para la procedencia de la acción de tutela encaminada a reclamar la indexación de la primera mesada pensional, consistente en que dicha pretensión se haya solicitado, ante a la autoridad administrativa competente y que se hayan ejercido los recursos propios de esa instancia. Y es que reclamar la indexación en primer lugar por medio de la tutela, sin haber pedido

primero su reconocimiento a la autoridad administrativa correspondiente, contradice abiertamente el principio de subsidiaridad de la acción de tutela y la deviene en improcedente para tal fin. En este sentido se pronunció la Corte al decidir un caso análogo:

“De otra parte, de la información remitida por el Ministerio de Relaciones Exteriores, así como de las propias afirmaciones del actor, la Sala concluye que el demandante no ha requerido a dicha entidad para que certifique su salario real, ni ha solicitado al Instituto de Seguros Sociales la reliquidación de su pensión. El propio actor acepta haber interpuesto los recursos de reposición y apelación contra el acto administrativo, pero por razones diferentes a las que motivaron la solicitud de tutela. En estas condiciones, mal podría concederse el amparo por vía de tutela cuando en ningún momento se ha requerido a dichas entidades para certificar un ingreso o conceder una reliquidación. Pero más aún, ni siquiera obra en el expediente copia de la resolución emitida por el Instituto de Seguros Sociales, o de los recursos interpuestos, todo lo cual impediría a la Corte, en sede de revisión, abordar un análisis sobre el fondo de la controversia”³⁰. (Subrayado fuera de texto).

6.3. La tercera exigencia jurisprudencial consiste en “el agotamiento de las vías judiciales ordinarias en procura de obtener la indexación o la demostración de la imposibilidad de acudir a ellas por razones ajenas a su voluntad”. Sobre el particular la accionante afirma que las sentencias del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca y del Consejo de Estado omitieron ordenar la indexación de los salarios³¹. Sin embargo, al revisar las copias de la sentencia de fecha 11 de marzo de 2005, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca³² y de la sentencia de fecha 12 de abril de 2007, emitida por la Sección Segunda del Consejo de Estado³³, no se aprecia ninguna referencia a una solicitud de la accionante encaminada a reclamar la indexación de la primera mesada pensional o del salario base de liquidación de la primera mesada pensional, lo cual explica que esas sentencias no hayan hecho ningún pronunciamiento al respecto, ni se hayan vinculado a dichas autoridades judiciales en el trámite de la presente acción de tutela. De esas sentencias se observa que la demanda tramitada ante esas entidades sólo hace referencia, entre otras pretensiones, al ajuste monetario de las diferencias adeudadas por la entidad demandada, de conformidad con lo establecido en el artículo 178 Código Contencioso Administrativo³⁴, que es diferente a la indexación de la primera mesada pensional o del salario base de

liquidación de la primera mesada pensional.

Así, la accionante no ha demostrado el agotamiento de las vías judiciales ordinarias para obtener la indexación de la primera mesada pensional o del salario base de liquidación de la primera mesada pensional. Tampoco está probada la imposibilidad de acudir a ellas, sino que simplemente omitió la reclamación de esa indexación en la demanda interpuesta ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, y por esa razón ni éste, ni el Consejo de Estado hicieron pronunciamiento alguno al respecto en sus respectivas sentencias.

6.4. Lo dicho lleva a la Sala a concluir que en este caso no se reúnen los requisitos jurisprudenciales de la procedencia excepcional de la acción de tutela para la indexación de la primera mesada pensional, razón por la cual el amparo que se reclama debe negarse.

En este orden de ideas, esta Sala de Revisión procederá a confirmar el fallo de instancia que negó el amparo de los derechos reclamados, pero por las razones expuestas en esta providencia.

6.5. Con todo, la Sala llama la atención sobre el deber que tiene el Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá de resolver, de acuerdo con los parámetros establecidos por esta Corporación³⁵, cualquier solicitud de indexación de la primera mesada pensional o del salario base para la liquidación de la primera mesada pensional que eventualmente presente la señora Gloria Mercedes Gómez Barón. Así lo dispondrá en la parte resolutive de esta sentencia.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR el fallo proferido por el Juzgado Sesenta y Uno Civil Municipal de Bogotá el 23 de julio de 2008, que negó la tutela presentada por la señora Gloria Mercedes Gómez Barón de Triviño en contra del Fondo de Pensiones Públicas de

Bogotá D.C., pero por las razones expuestas en esta sentencia.

SEGUNDO.- ADVERTIR al Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá sobre el deber que tiene de resolver, de acuerdo con los parámetros establecidos por esta Corporación, cualquier solicitud de indexación de la primera mesada pensional o del salario base para la liquidación de la primera mesada pensional, que eventualmente presente la señora Gloria Mercedes Gómez Barón.

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

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

CLARA ELENA REALES GUTIÉRREZ

Magistrada (E)

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Folio 4 a 8 del cuaderno de revisión.

2 Folio 5 del cuaderno de revisión.

3 Ver entre otras la Sentencia T-184 de 2005.

4 Sentencia T-149 de 1995.

5 Sentencia T-308 de 1995.

6 Sentencia T-443 de 1995.

7 Sentencia T-001 de 1997.

8 Sentencia T-184 de 2005: “(i) La identidad de partes, es decir, que las acciones de tutela se dirijan contra el mismo demandado y, a su vez, sean propuestas por el mismo sujeto en su condición de persona natural, o de persona jurídica, directamente o a través de apoderado. (ii) La identidad de causa petendi, o lo que es lo mismo, que el ejercicio de las acciones se fundamente en unos mismos hechos que le sirvan de causa. (iii) La identidad de objeto, esto es, que las demandas busquen la satisfacción de una misma pretensión tutelar o sobre todo el amparo de un mismo derecho fundamental. (iv) Por último, a pesar de concurrir en un caso en concreto los tres (3) citados elementos que conducirían a rechazar la solicitud de tutela, el juez constitucional tiene la obligación dentro del mismo proceso tutelar, de excluir la existencia de un argumento válido que permita convalidar la duplicidad en el ejercicio del derecho de acción. Esta ha sido la posición reiterada y uniforme de esta Corporación, a partir de la interpretación de la parte inicial del artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, conforme al cual: “Cuando sin motivo expresamente justificado la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes”

9 Sentencias T-362 de 2007, T-301 de 2007, T-184 de 2007, T-089 de 2007, T-1022 de 2006, T-878 de 2006, T-568 de 2006, T-433 de 2006, T-1221 de 2005.

10 Sentencia T-827 de 2003.

11 Sobre la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable, resultan relevantes las Sentencias C-1225 de 2004, SU-1070 de 2003, SU-544 de 2001, T-1670 de 2000 y T-225 de 1993. También pueden consultarse las Sentencias T-698 de 2004 y T-827 de 2003.

12 Sentencia T-803 de 2002.

13 Ver Sentencias T-441 de 2003, T-742 de 2002 y T-606 de 2004, entre otras.

14 Sentencia SU-622 de 2001.

15 Sentencias C-543 de 1992, T-567 de 1998, T-511 de 2001, SU-622 de 2001, T-108 de 2003 y T-200 de 2004, entre otras.

16 Sentencias T-626 de 2000; T-585 de 2002; T-315 de 2000; T-972 de 2005 y T-822 de 2002, entre otras.

17 Sentencia T-822 de 2002.

18 La sentencia T-569 de 1992, refiriéndose a la procedencia de la tutela frente a otras acciones, estableció: “De allí que tal acción no sea procedente cuando exista un medio judicial apto para la defensa del derecho transgredido o amenazado, a menos que se la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”

19 Sentencia T-1291 de 2005.

20 Sentencias T-1291 de 2005 y T-221 de 2006.

21 Sentencia T-1291 de 2005.

22 *Ibíd.*

23 Cfr. Sentencia T-083 de 2004, reiterada en la Sentencia C-045 de 2007 y T-224 de 2007.

24 Reiterado en Sentencias T-534 y T-1016 de 2001.

26 *Ibíd.*

27 Sentencia T-620 de 2004.

28 Folios 9 a 15 y 52 a 58.

29 Folio 40.

30 Sentencia T-634 de 2002.

31 Folio 40.

32 Folios 19 a 26.

33 Folios 27 a 31.

34 Folios 19 y 27.

35 Sentencias SU-120 de 2003, T-1169 de 2003, T-805 de 2004, T-815 de 2004, T-1197 de 2004, T-098 de 2005, T-469 de 2005, T-635 de 2005, T-296 de 2005, C-862 de 2006, C-891A de 2006, C-862 de 2006, T-890 de 2006 y T-991 de 2008, entre otras.