

Sentencia T-106/17

PRINCIPIO DE INMEDIATEZ COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA-  
Debe ponderarse bajo el criterio del plazo razonable y oportuno

ACCION DE TUTELA COMO MECANISMO SUBSIDIARIO DE PROTECCION ANTE LA EXISTENCIA  
DE UN PERJUICIO IRREMEDIABLE-Reiteración de jurisprudencia

ACCION DE TUTELA PARA INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL-Reiteración de  
jurisprudencia sobre requisitos y condiciones necesarias para su procedencia

El requisito de inmediatez no se configura en el presente caso, debido a que la demandante:  
(i) ha podido vivir por más de 20 años en condiciones dignas sin el ingreso adicional que  
exige; (ii) no expuso razones que justificaran su prolongada inactividad; (iii) no se evidencia  
una amenaza grave de sus derechos fundamentales; y (iv) no se encuentra en una situación  
de debilidad manifiesta. Tampoco se encuentra acreditado el requisito de subsidiariedad,  
debido a que la edad de la peticionaria no resulta suficiente para colegir un perjuicio  
irremediable ni la falta de idoneidad de las vías ordinarias

Referencia: Expediente T-5.840.741

Acción de tutela instaurada por Cecilia Restrepo de Peña contra el Fondo del Pasivo Social de  
Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

Procedencia: Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Asunto: Indexación de la primera mesada pensional, y los requisitos de subsidiariedad e  
inmediatez de la acción de tutela

Magistrada sustanciadora:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá D. C., veintiuno (21) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Quinta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio y Aquiles Arrieta Gómez (e), y por la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de segunda instancia adoptado por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 22 de septiembre de 2016, que confirmó la sentencia proferida el 17 de agosto de 2016, por el Juzgado Cuarenta y Seis Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de la misma ciudad, por medio de la cual se denegó el amparo constitucional solicitado por Cecilia Restrepo de Peña.

El asunto llegó a la Corte Constitucional, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, por remisión que efectuó la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. El 17 de noviembre de 2016, la Sala Número Once de Selección de Tutelas de esta Corporación escogió el presente caso para su revisión.

## I. ANTECEDENTES

El 5 de agosto de 2016, la señora Cecilia Restrepo de Peña, a través de apoderada, promovió acción de tutela contra el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales, por considerar que esta entidad vulneró sus derechos fundamentales a la seguridad social, vida digna, mínimo vital, igualdad, debido proceso y a mantener el poder adquisitivo de la mesada pensional. La accionante indicó que la afectación de sus derechos se desprende de la Resolución 1220 del 20 de mayo de 2014 expedida por la entidad accionada<sup>1</sup>, en la que se denegó la indexación de la mesada pensional que recibe como cónyuge supérstite de Josué Vicente Peña Salcedo, a pesar de que la mesada reconocida corresponde a un s.m.l.m.v. y

que el último salario que devengó su esposo como trabajador de la empresa accionada ascendía a 5.86 veces el s.m.l.m.v.

#### A. Hechos y pretensiones

1. La accionante indicó que su cónyuge, Josué Vicente Peña Salcedo, trabajó para la empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia desde el 2 de septiembre de 1950 y que el 20 de junio de 1971, tras cumplir 20 años de servicios, se retiró de dicha empresa.

2. Mediante Resolución 863 expedida el 17 de septiembre de 1984 Ferrocarriles Nacionales de Colombia advirtió que respecto de Josué Vicente Peña concurría el tiempo de servicios (20 años) y la edad de jubilación (50 años que cumplió el 20 de julio de 1984), razón por la que reconoció pensión de jubilación en favor de aquél a partir del 21 de julio de 1984, sin precisar el monto de la mesada.

3. La actora resaltó que la liquidación expedida el 10 de octubre de 1984 indicó que se trataba de “pensión de jubilación mínima” y se refirió como salario de liquidación el mínimo legal vigente del año 1984, a pesar de que el último salario devengado por su cónyuge equivalía a 5.86 veces el salario mínimo mensual legal vigente de la época.

4. Posteriormente, como consecuencia del fallecimiento de Josué Vicente Peña, la entidad accionada expidió la Resolución 840 del 23 de marzo de 1994, en la que se reconoció la sustitución pensional en favor de la accionante y sus hijos menores de edad.

6. Mediante la Resolución 1220 de 20 de mayo de 2014 el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia denegó la solicitud de indexación presentada por la actora, debido a que al trabajador se le reconoció y pagó la pensión de jubilación desde el día siguiente al de su retiro de la empresa, lo que descarta que sobre la mesada se hubieren proyectado los efectos negativos de la inflación.

7. Por medio de la Resolución 2499 de 30 de septiembre de 2014, la entidad accionada resolvió el recurso de reposición formulado en contra del acto que denegó la indexación de la primera mesada y confirmó la decisión cuestionada.

8. Posteriormente, la accionante insistió en la indexación de la mesada a través de una nueva petición, que fue negada por la Resolución 268 de 24 de febrero de 2015.

9. En la solicitud de amparo la promotora de la acción reconoció que cuenta con otros mecanismos para reclamar la indexación de la mesada pensional y precisó que no acudió a dichas vías ordinarias por su edad y porque en sede de tutela acreditó el cumplimiento de los requisitos para la prosperidad de su pretensión.

## B. Actuaciones en sede de tutela

Por medio de auto del 9 de agosto de 2016, el Juzgado Cuarenta y Seis Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá admitió a trámite la acción de tutela y dispuso la notificación de la entidad accionada para que ejerciera su derecho de defensa.

### Respuesta del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia

La entidad accionada, luego de referir las actuaciones que ha adelantado, particularmente el reconocimiento de la pensión de jubilación a Josué Vicente Peña Salcedo, la posterior sustitución de la prestación en favor de Cecilia Restrepo de Peña como cónyuge supérstite de aquél y la denegación de la indexación, solicitó que se declare improcedente la acción de tutela por el incumplimiento del presupuesto de subsidiariedad, debido a que la accionante cuenta con mecanismos judiciales ordinarios para discutir el derecho a la indexación de la mesada.

## C. Decisiones objeto de revisión

### Fallo de primera instancia

El 17 de agosto de 2016<sup>2</sup>, el a quo declaró improcedente la acción de tutela por el incumplimiento del requisito de subsidiariedad. En particular, indicó que la pretensión de la actora está dirigida a cuestionar los actos administrativos a través de los que el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia denegó la solicitud de indexación de la

primera mesada pensional, los cuales gozan de presunción de legalidad y pueden ser cuestionados a través de mecanismos judiciales ordinarios.

## La impugnación

### Fallo de segunda instancia

Mediante sentencia del 22 de septiembre de 2016<sup>3</sup>, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó el fallo de primera instancia. Particularmente, el ad quem refirió el carácter subsidiario de la acción de tutela y la jurisprudencia constitucional sobre su improcedencia general para resolver controversias relacionadas con la reliquidación de prestaciones sociales y cuestionar actos administrativos.

En concordancia con el presupuesto de subsidiariedad, el juez indicó que si bien la actora cuenta con 75 años y es sujeto de especial protección constitucional, esa circunstancia no es suficiente para establecer la procedencia del amparo, ya que puede cuestionar la decisión que denegó el reconocimiento de la indexación de la mesada pensional a través de vías ordinarias y no acreditó la configuración de un perjuicio irremediable. Sobre este aspecto señaló que“(…) nada permite explicar por qué a lo largo de tantos años de estar devengando su pensión, sólo ahora acude –y por vía de tutela- a pedir un remedio que por la vía ordinaria le puede ser considerado. La desidia que ello demuestra hace improcedente su aplicación, aun a pesar de la edad que hoy presenta la accionante.”<sup>4</sup>

### D. Actuaciones en sede de revisión

El 16 de enero de 2017, la magistrada sustanciadora profirió auto en el que requirió a la accionante y al Fondo del Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia para que respondieran algunas preguntas relacionadas con las circunstancias del caso, particularmente con las condiciones socioeconómicas de la actora, el monto de la mesada pensional que recibe y el último salario devengado por Josué Vicente Peña Salcedo.

## Respuesta de Cecilia Restrepo de Peña

En atención a las preguntas elevadas en esta sede, la accionante indicó que tiene 4 hijos mayores que no conviven con ella; recibe pensión sustitutiva por el monto de \$772.190; sus ingresos se derivan de “la sustitución pensional que adquirí a través de la pensión que en vida tenía mi difunto esposo JOSUE VICENTE PEÑA SALCEDO, mi pensión y los apoyos económicos que mis hijos me prestan”<sup>5</sup> y sus gastos mensuales ascienden a \$2’070.283, los cuales incluyen el pago de servicios públicos de energía, gas, acueducto, telefonía y televisión, cuota de administración, mercado, transporte, vestuario, préstamo bancario, tarjeta de crédito, actividades sociales, servicio doméstico y recreación.<sup>6</sup>

También precisó que por sugerencia de su apoderada elevó la pretensión de reconocimiento de la indexación de la mesada pensional a través de acción de tutela y no por las vías ordinarias, y aportó algunos documentos dirigidos a establecer el monto del último salario que devengó su cónyuge como trabajador de la empresa accionada<sup>7</sup>.

## Respuesta del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles de Colombia

Como respuesta a las preguntas elevadas en auto de 16 de enero de 2017, la entidad accionada señaló que: (i) de acuerdo con el último reporte de pago la mesada pensional de Cecilia Restrepo de Peña asciende a \$737.717; (ii) mediante Resolución 863 de 17 de septiembre de 1984 se le reconoció a Josué Vicente Peña Salcedo pensión de jubilación, efectiva a partir del 21 de julio de 1984; (iii) a la fecha del fallecimiento de Josué Vicente Peña Salcedo recibía una mesada pensional por la suma de \$87.215; y que (iv) mediante Resolución 840 de 23 de marzo de 1994 dispuso el pago del 50% del monto de la mesada a Cecilia Restrepo de Peña en calidad de cónyuge supérstite y el 50% restante a favor de los hijos del causante y hasta cumplir la mayoría de edad.<sup>8</sup>

## II. CONSIDERACIONES

## Competencia

1.- Corresponde a la Corte Constitucional analizar, en Sala de Revisión, las sentencias proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

### Asunto objeto de revisión y problema jurídico

2.- Como se indicó en el acápite de hechos, Cecilia Restrepo de Peña presentó acción de tutela por considerar que el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles de Colombia vulneró sus derechos fundamentales a la seguridad social, vida digna, mínimo vital, igualdad, debido proceso y a mantener el poder adquisitivo de la mesada pensional, al negarle la indexación de la pensión que le fue reconocida como cónyuge supérstite de Josué Vicente Peña Salcedo el 23 de marzo de 1994.

En particular, la accionante señaló que su esposo trabajó ante la entidad accionada hasta el 20 de junio de 1971 y que para el momento de su retiro devengaba 5.86 veces el salario mínimo legal mensual vigente de la época. Sin embargo, en Resolución núm. 863 del 17 de septiembre de 1984, cuando aquél cumplió el requisito de edad, se le reconoció pensión de jubilación por un s.m.l.m.v. sin considerar el monto equivalente del último salario devengado, lo que desconoce el derecho a mantener el poder adquisitivo de la pensión.

La actora indicó que como consecuencia de la vulneración del referido derecho en los años 2014 y 2015 elevó peticiones ante el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles de Colombia con el propósito de que se indexara la mesada pensional que recibe por la sustitución pensional reconocida en la Resolución 840 de 23 de marzo de 1994, las cuales fueron denegadas por la entidad accionada con razones que, aduce, desconocen las circunstancias en las que se produjo el reconocimiento de la pensión de jubilación, particularmente el transcurso de más de 10 años entre el momento en el que se produjo el retiro y se reconoció el derecho.

3.- Como quiera que (i) de acuerdo con el artículo 86 de la Carta Política la acción de tutela está revestida de especiales características que, a su vez, demarcan sus requisitos de

procedencia, y (ii) en el presente caso la accionante y los jueces de instancia reconocieron la existencia de mecanismos ordinarios para obtener la pretensión elevada en el escrito de tutela, la Sala primero deberá determinar la concurrencia de dichos presupuestos.

En efecto, la situación fáctica exige a la Sala verificar si se cumplen los requisitos generales de procedencia de la tutela para obtener el reconocimiento del derecho a la indexación de la primera mesada pensional que reclama la actora, particularmente los presupuestos de subsidiariedad e inmediatez, imperiosos para estudiar el fondo del asunto.

4.- Para resolver la cuestión planteada, es necesario abordar el análisis de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela y luego, con fundamento en ese estudio general se examinará la concurrencia de los requisitos en el caso objeto de estudio.

#### Procedencia de la acción de tutela

5.- En el análisis que le corresponde adelantar al juez para determinar la procedencia de la acción de tutela debe establecer la concurrencia de los requisitos generales, que emanan del artículo 86 de la Carta Política, según el cual: “[t]oda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”. Este precepto determina la legitimación en la causa y la necesidad de que se formule la acción dentro de un plazo razonable, contado desde el momento en el que se generó la vulneración o amenaza del derecho fundamental, de tal manera que el amparo constitucional no se convierta en un factor de inseguridad jurídica y de posible afectación de los derechos de terceros.

El presupuesto de inmediatez para el reconocimiento de derechos pensionales. Reiteración de jurisprudencia

6.- Esta Corporación ha resaltado que de conformidad con el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela no tiene término de caducidad<sup>9</sup>. Sin embargo la solicitud de amparo debe formularse en un término razonable desde el momento en el que se produjo el hecho vulnerador.

Esta exigencia se deriva de la finalidad de la acción constitucional, que pretende conjurar situaciones urgentes que requieren de la actuación rápida de los jueces. Por ende, cuando el mecanismo se utiliza mucho tiempo después de la acción u omisión que se alega como violatoria de derechos, se desvirtúa su carácter apremiante.

Asimismo, este requisito de procedencia tiene por objeto respetar o mantener la certeza y estabilidad de los actos o decisiones que no han sido controvertidos durante un tiempo razonable, respecto de los cuales se presume la legalidad de sus efectos ante la ausencia de controversias jurídicas.

7.- En atención a esas consideraciones, la jurisprudencia de esta Corporación ha determinado que, de acuerdo con los hechos del caso, corresponde al juez establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial, de tal modo que no se vulneren derechos de terceros.

En efecto, bajo ciertas circunstancias y situaciones de excepcionalidad, el juez constitucional puede concluir que una acción de tutela interpuesta después de un tiempo considerable desde la amenaza o vulneración del derecho fundamental, resulta procedente. La jurisprudencia ha identificado tres eventos en los que esto sucede:

“(i) [Ante] La existencia de razones válidas para la inactividad, como podría ser, por ejemplo<sup>10</sup>, la ocurrencia de un suceso de fuerza mayor o caso fortuito, la incapacidad o imposibilidad del actor para interponer la tutela en un término razonable, la ocurrencia de un hecho completamente nuevo y sorpresivo que hubiere cambiado drásticamente las circunstancias previas, entre otras.

(ii) Cuando a pesar del paso del tiempo es evidente que la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del accionante permanece, es decir, su situación desfavorable como consecuencia de la afectación de sus derechos continúa y es actual. Lo que adquiere sentido si se recuerda que la finalidad de la exigencia de la inmediatez no es imponer un término de prescripción o caducidad a la acción de tutela sino asegurarse de que se trate de una

amenaza o violación de derechos fundamentales que requiera, en realidad, una protección inmediata.

(iii) Cuando la carga de la interposición de la acción de tutela en un plazo razonable resulta desproporcionada dada la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentra el accionante, lo que constituye un trato preferente autorizado por el artículo 13 de la Constitución que ordena que ‘el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan’.”<sup>11</sup>

En síntesis, la jurisprudencia de este Tribunal ha precisado que el presupuesto de inmediatez: (i) tiene fundamento en la finalidad de la acción, la cual supone la protección urgente e inmediata de un derecho constitucional fundamental<sup>12</sup>; (ii) persigue la protección de la seguridad jurídica y los intereses de terceros; e (iii) implica que la tutela se haya interpuesto dentro de un plazo razonable, el cual dependerá de las circunstancias particulares de cada caso.

El carácter subsidiario de la acción de tutela y su procedencia para evitar un perjuicio irremediable. Reiteración de jurisprudencia

8.- Según el artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Esa previsión corresponde al requisito de subsidiariedad que descarta la utilización de la tutela como vía preferente para el restablecimiento de los derechos.

Sobre el carácter subsidiario de la acción, la Corte ha señalado que “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”<sup>13</sup>. Es ese reconocimiento el que obliga a los asociados a incoar los recursos ordinarios con los que cuenten para conjurar la situación que estimen lesiva de sus derechos y que impide el uso indebido de la acción como vía preferente o instancia adicional de protección.

9.- En consecuencia, en el análisis de la viabilidad de la solicitud de amparo, corresponde al juez constitucional determinar el cumplimiento de ese requisito, frente al cual se previeron

dos excepciones, en las que la existencia de otros mecanismos no frustra el ejercicio de la tutela. La primera, establecida en el mismo precepto de la Carta Política, permite acudir a la acción como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; y de otro lado, en consonancia con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, cuando se advierta que las vías ordinarias al alcance del afectado resultan ineficaces para la protección del derecho.

10.- En cuanto a la primera hipótesis, relacionada con el perjuicio irremediable, la protección es temporal y exige que el accionante dé cuenta de: (i) una afectación inminente del derecho -elemento temporal respecto al daño-; (ii) la urgencia de las medidas para remediar o prevenir la afectación; (iii) la gravedad del perjuicio -grado o impacto de la afectación del derecho-; y (iv) el carácter impostergable de las medidas para la efectiva protección de los derechos en riesgo<sup>14</sup>.

11.- Ahora bien, en cuanto a la segunda hipótesis, que se refiere a la idoneidad del medio de defensa judicial al alcance del afectado, se tiene que ésta no puede determinarse en abstracto. El análisis particular resulta necesario, pues en éste podría advertirse que la acción ordinaria no permite resolver la cuestión en una dimensión constitucional o tomar las medidas necesarias para la protección de los derechos fundamentales afectados.

12.- El principio de subsidiariedad en el ámbito de la seguridad social implica que, por regla general, la acción de tutela no puede utilizarse para el reconocimiento y pago de derechos pensionales, ya que existen mecanismos judiciales ordinarios con los que pueden debatirse los asuntos derivados del litigio pensional.

Sin embargo, de acuerdo con las consideraciones generales referidas previamente, se concluye que la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de prestaciones sociales se sujeta a las siguientes reglas: (i) procede como mecanismo transitorio, cuando a pesar de la existencia de un medio ordinario de defensa para el reconocimiento de la prestación, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme a la especial situación del peticionario<sup>15</sup>; (ii) procede la tutela como mecanismo definitivo cuando el medio ordinario dispuesto para resolver las controversias, no es idóneo y eficaz, conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia<sup>16</sup>. Además, (iii) cuando la acción de tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional, como los

niños y niñas, mujeres cabeza de familia, personas en condición de discapacidad, personas de la tercera edad, entre otros, el examen de procedibilidad de la acción de tutela es menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos<sup>17</sup>.

Examen de los requisitos generales de procedencia de la tutela para el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional en el caso que se analiza

13.- La Sala observa que en el presente caso no se reúnen los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela previstos en el artículo 86 de la Carta Política para el reconocimiento del derecho que reclama la accionante.

14.- En primer lugar, se cumple el presupuesto de legitimación en la causa por activa, debido a que la acción de tutela se formuló por Cecilia Restrepo de Peña, quien denuncia la afectación de sus derechos fundamentales derivada de la falta de indexación de la mesada pensional que recibe como beneficiaria de sustitución pensional, reconocida en la Resolución 840 de 23 de marzo de 1994.

15.- También concurre el requisito de legitimación en la causa por pasiva, ya que la acción se dirigió en contra del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, entidad que adelantó las actuaciones a las que se les atribuye la vulneración de los derechos de la accionante.

16.- En contraste, la Sala no encuentra acreditado el presupuesto de inmediatez, pues desde el momento en el que se configuró el hecho que la accionante considera vulnerador de sus derechos fundamentales hasta la presentación de la acción de tutela ha transcurrido un lapso que descarta el carácter apremiante de la solicitud de amparo.

La actora formuló la acción de tutela para el restablecimiento de sus derechos que, aduce, fueron vulnerados por la omisión del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia de indexar su mesada pensional, pues cuando reconoció dicha prestación por el monto de un s.m.l.m.v. no consideró el derecho a mantener el poder adquisitivo de la pensión. En atención a esa denuncia, lo primero que se advierte es que la actuación que se estima transgresora de los derechos se remonta al momento en el que se reconoció la pensión de jubilación a Josué Vicente Peña Salcedo, es decir el 17 de septiembre de 1984<sup>18</sup>.

En efecto, nótese que en el escrito de tutela se precisó que la mesada de la pensión de jubilación de Josué Vicente Peña, desde su reconocimiento, sólo se ha pagado por un valor equivalente a 1 s.m.l.m.v., lo que implica que: (i) Josué Vicente Peña Salcedo desde el año 1984 y hasta su muerte -16 de diciembre de 1993- recibió una mesada pensional por el monto correspondiente a un s.m.l.m.v. y (ii) Cecilia Restrepo de Peña desde la sustitución pensional, 23 de marzo de 1994, recibe la prestación social en los mismos términos, es decir por el valor equivalente a 1 s.m.l.m.v.

Del escrito de tutela<sup>19</sup>, la contestación de la entidad accionada<sup>20</sup> y las pruebas aportadas en el trámite constitucional resulta claro que Cecilia Restrepo de Peña recibe una mesada pensional desde el año 1994 en un monto equivalente a 1 s.m.l.m.v. y sólo, transcurridos más de 20 años desde que se concretó la actuación que tilda de vulneradora de sus derechos fundamentales acudió a la acción de tutela.

El término referido previamente, sin duda, descarta la urgencia de la protección solicitada, pues aunque la Sala reconoce el carácter fundamental del derecho a la indexación de la primera mesada pensional y su relación con principios constitucionales como la igualdad, protección a la tercera edad, seguridad social y favorabilidad, el tiempo durante el que la actora vivió con una prestación en los términos y el monto que ahora identifica como infractores de sus derechos no permiten colegir una situación de apremio que le permita al juez de tutela analizar el fondo de la controversia planteada.

También es importante destacar que en el presente caso el transcurso del tiempo descarta la afectación del derecho al mínimo vital, pues si éste corresponde a “aquella porción del ingreso que tiene por objeto cubrir las necesidades básicas como alimentación, salud, educación, recreación, servicio públicos domiciliarios, etc.”<sup>21</sup> y su determinación demanda un análisis cualitativo, en el que se examina la relación del ingreso con las necesidades básicas del sujeto en concreto, se advierte que, a pesar de la denuncia de la accionante, su aquiescencia con el monto de la mesada pensional durante más de 20 años y las diversas fuentes de ingresos que refirió en esta sede (la mesada pensional reconocida por su propia cotización, la sustitución pensional del esposo y el apoyo económico de sus 4 hijos)<sup>22</sup> demuestran que ha podido vivir dignamente sin contar con el ingreso extra mensual que reclama. Lo contrario habría provocado un ejercicio previo de esta acción constitucional o de acciones ordinarias dirigidas a conjurar la eventual vulneración del derecho, pues debemos

recordar que la accionante comenzó a devengar la pensión sustitutiva cuando tenía 53 años de edad.

Asimismo, los elementos de prueba recaudados en esta sede, particularmente la relación de gastos que refirió la demandante en el escrito dirigido a la Sala el 24 de enero de 2017 evidencian que la falta de reconocimiento de la indexación que solicita por esta vía no tiene una incidencia determinante en sus necesidades básicas, pues refirió gastos mensuales que superan ampliamente el monto de la mesada recibida sin denunciar una limitación en la satisfacción de esas necesidades como consecuencia de la falta de indexación de la mesada.

De otra parte, es importante señalar que a pesar del prolongado transcurso del tiempo desde el momento en que se produjo el hecho vulnerador y la presentación de esta acción, la accionante no indicó que se encontrara en situación de debilidad manifiesta, y no presentó razones válidas para su inactividad, pues no identificó alguna circunstancia que le hubiera impedido instaurar el proceso ordinario laboral o presentar la tutela durante más de 20 años.

El requisito de inmediatez no se configura en el presente caso, debido a que la demandante: (i) ha podido vivir por más de 20 años en condiciones dignas sin el ingreso adicional que exige; (ii) no expuso razones que justificaran su prolongada inactividad; (iii) no se evidencia una amenaza grave de sus derechos fundamentales; y (iv) no se encuentra en una situación de debilidad manifiesta.

17- De otra parte, la Sala tampoco encuentra acreditado el cumplimiento del requisito de subsidiariedad, pues de acuerdo con lo establecido en la jurisprudencia constitucional por regla general la acción de tutela no procede para el reconocimiento y pago de derechos pensionales, al existir mecanismos judiciales ordinarios con los que pueden debatirse los asuntos derivados del litigio pensional, y en el presente caso no se configura alguna de las excepciones establecidas frente a dicha regla.

En efecto, la accionante contó durante más de 20 años con mecanismos ordinarios para exigir el reconocimiento del derecho a la indexación de la primera mesada pensional que reclama a través de esta acción, particularmente el proceso ordinario laboral, que aún está a su alcance para elevar esa pretensión.

Por otro lado, la Sala no advierte la configuración de un perjuicio irremediable que torne procedente la acción de forma transitoria, pues como se indicó en el análisis del presupuesto de inmediatez, de las circunstancias referidas por la actora y acreditadas en el trámite no se colige que la falta de indexación de la mesada pensional tenga una repercusión grave e inminente en sus derechos fundamentales, que amerite la intervención urgente del juez constitucional.

De forma particular se reitera que en el presente caso no se demostró que la ausencia del ingreso extra reclamado por la accionante tenga incidencia en sus derechos fundamentales o en la satisfacción de sus necesidades básicas. Por el contrario, las circunstancias que refirió evidencian que la discusión que plantea, relacionada con el reconocimiento de la indexación de la pensión, a pesar de su edad, puede ser discutida a través de las vías ordinarias.

En efecto, de las pruebas aportadas al trámite no se deriva un perjuicio irremediable para la accionante, pues aunque actualmente tiene 76 años de edad: (i) recibe una pensión por sustitución pensional desde hace más de 20 años; (ii) tiene 4 hijos mayores que no dependen de ella y, por el contrario, contribuyen con su sostenimiento, y (iii) recibe una mesada pensional propia.

En atención a las diversas fuentes de ingresos de la actora y el mantenimiento de sus condiciones básicas de subsistencia a pesar de la ausencia del ingreso adicional que reclama, se torna imperativo el uso de los medios ordinarios de defensa, los cuales resultan idóneos para dilucidar la discusión planteada en la acción de tutela y constituyen los dispositivos legítimos y prevalentes para la protección de los derechos involucrados en el asunto. El agotamiento de estas vías procesales no resulta ser una carga desproporcionada si se tienen en cuenta las manifestaciones que hizo sobre las razones por las que incoó la acción. Al haber sido cuestionada en sede de revisión sobre el motivo por el cual acudió a la tutela indicó:

“Por recomendación que me hiciera un compañero de trabajo de mi difunto esposo, al conocer todas las acciones administrativas que adelanté ante el Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia sin obtener respuesta positiva.

Para tal efecto, consulté a la Doctora Yaneth Consuelo Díaz Torres quien me informó que por la edad que yo tenía podía acceder a este reconocimiento por medio de una acción de tutela,

razón por la cual la contraté”<sup>23</sup>

De la declaración realizada por la accionante resulta claro que solicitud de amparo no persigue la protección o restablecimiento inmediato de derechos fundamentales gravemente afectados, sino que atiende a una consideración relacionada exclusivamente con la edad de la demandante.

Con respecto a ese razonamiento que sirvió de fundamento a la acción, hay que señalar que el término que tarda la resolución del asunto a través de las vías ordinarias, de cara a la edad de la peticionaria, no es una circunstancia que por sí sola sirva para tener por cumplido el requisito de subsidiariedad, pues tal y como lo plantea la demandante, en su caso particular la controversia no propone en sí misma una grave amenaza de derechos fundamentales que requiera de la adopción de medidas urgentes para evitar que ocurra un perjuicio irremediable.

En síntesis, en el presente caso tampoco se encuentra acreditado el requisito de subsidiariedad, debido a que la edad de la peticionaria no resulta suficiente para colegir un perjuicio irremediable ni la falta de idoneidad de las vías ordinarias. En efecto, de las circunstancias comprobadas la Sala concluye que los mecanismos ordinarios resultan adecuados y prevalentes para dilucidar la controversia planteada por la actora, relacionada con el derecho a la indexación de la mesada pensional.

18.- Con fundamento en lo expuesto, y advertido el incumplimiento de los presupuestos de inmediatez y subsidiariedad se confirmarán las decisiones de los jueces de instancia, que declararon improcedente la solicitud de amparo formulada por Cecilia Restrepo de Peña.

### 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,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR integralmente el fallo de tutela emitido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 22 de septiembre de 2016, que confirmó la sentencia proferida el 17 de agosto de 2016 por el Juzgado Cuarenta y Seis Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, en el proceso de tutela promovido por Cecilia Restrepo de Peña en contra del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

SEGUNDO.- Por Secretaría General líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

AQUILES ARRIETA GÓMEZ

Magistrado (E)

Com aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Folios 37-39, cuaderno 1.

2 Fallo de tutela proferido por el Juzgado Cuarenta y Seis Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá. Folio 113-127, cuaderno principal.

3Folios 3-8, cuaderno segunda instancia.

4 Folio 7, cuaderno segunda instancia.

5 Folio 17, cuaderno 3.

6 Escrito presentado el 24 de enero de 2017.

7 Para evidenciar el monto del último salario devengado por Josué Vicente Peña la actora aportó los mismos documentos que obraban en el plenario, es decir el acto que reconoció la pensión de jubilación y la liquidación de cesantías definitivas de 22 de junio de 1971. Folios 21, 35-38 cuaderno 2.

8 La entidad remitió como documentos adjuntos: (i) desprendible de enero de 2017; (ii) Resolución 840 de 23 de marzo de 1994; (iii) Resolución 863 de 17 de septiembre de 1984; (iv) liquidación pensión de jubilación mínima de 10 de octubre de 1984; (v) liquidación definitiva de cesantías de 22 de junio de 1971; (vi) relación de tiempo de servicios de Josué Vicente Peña Salcedo y salarios devengados. Folios 74-87, cuaderno 1.

9 Sentencia SU-961 de 1999; M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

10 Sentencias T-1009 de 2006 y T-299 de 2009.

11 Sentencia T-1028 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

12 Sentencia T-246 de 2015; M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

14 Sentencias: T-225 de 1993 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-789 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, entre otras.

15 Sentencias T-800 de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-859 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas.

16 Sentencias T-800 de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio., T-436 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas, y T-108 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil, entre otras.

17 Sentencias T-328 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-456 de 2004 M.P. Jaime

Araujo Rentería, y T-789 del 11 de septiembre de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, entre otras.

18 (i) Resolución 863 de 17 de septiembre de 1984; (ii) liquidación pensión de jubilación mínima de 10 de octubre de 1984, y (iii) liquidación definitiva de cesantías de 22 de junio de 1971.

19 “8. Mi asistida judicial y sus hijos menores se hacen acreedores a la sustitución pensional, en sus calidades de esposo e hijo del señor Josué Vicente Peña Salcedo (q.e.p.d.), la cual es reconocida por el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, mediante Resolución 840 del 23 de marzo de 1994.

9. Dicho reconocimiento se realiza sin actualizar e indexar la primera mesada pensional (...)” Folio 3, cuaderno 1.

20 El Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia certifica que según el último boletín de pago, la señora Cecilia Restrepo de Peña C.C.No. 20245940 recibe una mesada pensional de Setecientos Treinta y Siete Mil Setecientos Diecisiete pesos mcte (\$737.717,00). Folio 74, cuaderno 3.

21 Sentencia T-457 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

22 “Mis ingresos están representados, en la sustitución pensional que adquiriría a través de la pensión que en vida tenía mi difunto esposo JOSUE IVCENTE PEÑA SALCEDO, mi pensión y los apoyos económicos que mis hijos me prestan.” (folio 17, cuaderno 3).

23 Folios 17-18, cuaderno 3.