

Sentencia T-250/10

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Causales genéricas y especiales de procedibilidad

INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL-Agotamiento de otros medios de defensa ordinarios y extraordinarios

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

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES PARA INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL-Improcedencia no haber agotado los mecanismos de defensa judicial sin justificación de la inactividad por parte del actor

El accionante sí formuló solicitudes atinentes a su pensión, en diferentes oportunidades ante la entidad para la que había trabajado, pero en realidad no agotó los mecanismos de defensa judicial, en cuanto no incoó proceso ordinario específicamente tendiente a que se le indexara la primera mesada pensional, ni presentó recursos ordinarios y extraordinarios dentro del trámite del proceso en el cual demandó “la reliquidación” de su pensión, sin que indique justificación sobre las causas de su inactividad, que ahora busca resarcir mediante la acción de tutela.

Referencia: expediente T- 2487905

Acción de tutela instaurada por Oscar Luis Flórez Rojas contra el Banco Cafetero en Liquidación.

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

Magistrado Ponente:

Dr. NILSON PINILLA PINILLA.

Bogotá, D. C., dieciséis (16) de abril de dos mil diez (2010).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Nilson

Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Humberto Antonio Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

en la revisión del fallo proferido en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, dentro de la acción de tutela instaurada por Oscar Luis Flórez Rojas contra el Banco Cafetero en Liquidación.

El asunto llegó a la Corte Constitucional por remisión que hizo el mencionado despacho judicial, según lo ordenado por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991; el 9 de diciembre del 2009, la Sala N° 12 de Selección lo eligió para revisión.

### I. ANTECEDENTES.

El actor promovió acción de tutela en julio 28 de 2009, aduciendo vulneración de los derechos “a la vida, al debido proceso, igualdad ante la ley... derechos de las personas de la tercera edad, protección a los débiles físicos y psíquicos... a la seguridad social”, por los hechos que a continuación son resumidos.

#### A. Hechos y narración efectuada en la demanda.

1. El señor Oscar Luis Flórez Rojas de 68 años de edad, laboró para el Banco Cafetero “durante un lapso ininterrumpido de 22 años, 6 meses”, desde abril 1° de 1971 a septiembre 30 de 1993, señalando que durante el último año de servicio devengaba “en promedio \$461.200 mensuales correspondiente a 5.65 veces el salario mínimo”.

2. Mediante Resolución N° 101 de junio 16 de 1997, el Banco demandado hoy en liquidación, reconoció al actor “pensión de jubilación oficial a partir del 29 de enero de 1997 en cuantía de \$345.900... en vigencia del artículo 36 de la ley 100 de 1993 (indexación de la primera mesada pensional)”. Lo cual permite observar que entre la fecha de retiro y el reconocimiento pensional existió un lapso de “3 años y 4 meses”.

3. Indicó que el Banco calculó “el ingreso base de liquidación IBL (artículo 21 de la Ley 100 de 1993) con base en los valores devengados en el promedio de los últimos 12 meses, pero reconociendo el derecho a la pensión 1.320 días después, es decir, no tomó en cuenta la

inflación de los años causados entre el retiro y el reconocimiento, desconociendo la obligatoriedad descrita en el artículo 36 de la ley 100 de 1993”.

5. En febrero 28 de 2007 y julio 15 de 2008 el actor presentó escritos “de agotamiento de vía gubernativa” ante el Banco Cafetero en procura de la indexación de la primera mesada pensional (f. 3 cd. inicial), recibiendo en julio 31 de 2008 decisión negativa por parte de la entidad, por lo cual demandó en proceso laboral ordinario al Banco, pretendiendo se “reliquide su pensión” (f. 95 ib.), asignándosele el asunto al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cartagena, que mediante providencia de junio 23 de 2006, decidió “absolver a Bancafé de todas y cada una de las pretensiones de la demanda” (f. 99 ib.).

6. El pronunciamiento no fue recurrido, “pero por ser totalmente adverso a las pretensiones del demandante surte ante esta instancia el grado jurisdiccional de consulta”. Así, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, Sala Cuarta Laboral, mediante providencia de diciembre 10 de 2008 confirmó lo adoptado por el a quo, indicando que “al haber sido liquidada la pensión del demandante con el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios... para la Sala resulta forzoso colegir que las pretensiones del demandante serán despachadas desfavorablemente” (f. 105 ib.).

7. Añadió que “el Seguro Social mediante resolución... del 21 de abril de 2009 en su artículo tercero ordena ‘girar el valor de \$38.654.460 a Bancafé a través de la Tesorería general del ISS’, es decir, con la presente resolución y la resolución... de 2002, el Seguro Social le ha girado todos los valores de retroactivo al Banco Cafetero... por concepto de compartibilidad de mi pensión, además, mediante certificación escrita el Seguro Social - la Coordinación de Nomina de Pensionados se confirma que al Banco Cafetero en Liquidación le fue girado la suma de \$38.745.860 en una cuenta del Banco Popular en la Central de Pagos”.

8. Así las cosas, mediante comunicación de junio 23 de 2009, el Banco demandado “me informa que le adeudo a la entidad la suma de \$9.826.091 por concepto de mayores valores girados, además, se me informa que el valor de mi mesada compartida que asciende a la suma de \$147.794 será abonada a la deuda vigente”.

9. Por lo anterior, consideró que “el Banco Cafetero ha incurrido en vías de hecho al no reconocerme la indexación de la primera mesada pensional con base en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y retenerme mi mesada pensional con fundamento en la resolución N°

1326P del 15 de mayo de 2009, mediante la cual el banco me cobra los retroactivos de la compartibilidad pensional con el Seguro Social, no obstante estar disponibles y consignados a nombre del Banco Cafetero en Liquidación los dineros referidos”.

#### B. Pretensión.

A partir de estos hechos, el actor busca la protección de los derechos invocados y, en consecuencia, pide “con base en la disposición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la indexación de la primera mesada pensional”. De igual forma, solicita dejar “sin efectos la resolución N° 1326P del 15 de mayo de 2009 por haber sido expedida incurriendo en vía de hecho, toda vez que, los retroactivos que el Banco Cafetero en Liquidación me está cobrando como pensionado ya le fueron reconocidos mediante resoluciones motivadas y pagados por el Seguro Social al tutelado”.

#### C. Documentos relevantes cuya copia obra dentro del expediente.

1. Resolución N° 101 de junio 16 de 1997, por medio de la cual el Banco Cafetero resolvió “reconocer y pagar” la pensión de vejez al señor Oscar Luis Flórez Rojas, y “determinó la cuantía de la pensión en trescientos cuarenta y cinco mil novecientos pesos m/cte (\$345.900.00)” (fs. 13 a 15 cd. inicial).

2. Resolución N° 001873 de septiembre 26 de 2002, emitida por el Instituto de Seguros Sociales, reconociendo al actor “pensión por vejez” a partir del 29 de enero de 2002, estipulando además en los numerales segundo y tercero “el valor del retroactivo al patrono Bancafé... se girará a través de la Tesorería General del ISS” y que “la mesada pensional de octubre y subsiguientes, se girarán al asegurado a través de Banco Ganadero... a partir del 01 de noviembre de 2002” (f. 16 ib.).

3. Comunicación de marzo 3 de 2007, emitida por el Gerente Liquidador del Banco Cafetero, expresando que respecto a la indexación de la primera mesada pensional la “entidad se encuentra realizando el estudio pertinente en aras de establecer la procedencia o no de su reclamación” (f. 17 ib).

4. Resolución de abril 21 de 2009 expedida por el Seguro Social “por medio de la cual se resuelve una solicitud de prestaciones económicas”, confirmando la resolución de septiembre

26 de 2002, por la cual “se concedió la pensión de vejez de carácter compartida”; también ordenó “girar el valor de \$38.654.460 a Bancafe a través de la Tesorería General del ISS” (f. 19 a 21 ib.).

5. Escrito de abril 20 de 2009, por medio de la cual el demandante señaló al Gerente Liquidador del Banco Cafetero que en julio 15 de 2008 radicó ante la entidad “el agotamiento de vía gubernativa mediante la cual realice la reclamación con fines conciliatorios del reconocimiento de la primera mesada pensional”, por lo cual solicita “se pronuncie de manera favorable” (f. 22 ib.).

7. Demanda ordinaria laboral presentada por Oscar Luis Flórez Rojas (fs. 90 a 93 ib.).

8. Providencias dictadas por el Juzgado Tercero Laboral de Cartagena y el Tribunal Superior de dicha ciudad, Sala Cuarta Laboral, negando las pretensiones del actor dentro del proceso ordinario (fs. 94 a 106 ib.).

#### D. Respuesta del Banco Cafetero en Liquidación.

Mediante escrito presentado en agosto 18 de 2009, el apoderado general de la entidad indicó que “en el caso particular del accionante, además de los preceptos legales que establecen la compartibilidad pensional, obra autorización expresa para realizar la deducción de valores tal como aparece en la Resolución No 101 del 16 de junio de 1997 proferida por el Banco Cafetero en Liquidación mediante la cual la Entidad le reconoció la Pensión oficial al accionante, lo cual evidencia el respeto al debido proceso, así mismo el señor Flórez Rojas en el mes de junio de 2009 percibió las mesadas ordinarias que le reconoce el Seguro Social y el Banco Cafetero en Liquidación, razón por la cual la deducción hecha respecto de la mesada adicional, en nada afecta su derecho a la seguridad social, trabajo y mínimo vital, es decir la entidad al recuperar los recursos mencionados, si ha tenido en cuenta los factores esenciales para que dicho cobro no afecte al pensionado, toda vez que dicho descuento únicamente lo ha realizado frente a una mesada adicional, quedando cubiertas las necesidades del accionante con el pago de las mesadas ordinarias que percibe de parte del Seguro Social y de ésta entidad” (f. 56 ib.).

Además, “el accionante no puede aducir un trato desigual cuando no se encuentra cobijado bajo el mismo régimen jurídico que otras personas que causaron el derecho a la pensión con diferente normatividad. Así claro resulta que no puede aducirse que se esté frente a personas con iguales derechos, pues se trata de pensionados que causaron su derecho a la pensión de jubilación con distintas normas o regímenes pensionales” (f. 60 ib.). De igual forma, “como lo que el accionante pretende con la presente acción de tutela es que se indexe su primera mesada pensional, como quiera que tal derecho se constituye como... de rango legal y no fundamentales, la tutela es improcedente”.

Finalmente, en el “hipotético caso de admitirse la procedencia de la súplica, es claro que operó el fenómeno de la prescripción respecto de los mismos, en razón del lapso... transcurrido desde el momento que se hizo exigible el supuesto derecho del accionante, la fecha en que elevó reclamación y la fecha actual” (f. 62 ib.).

#### E. Sentencia de primera instancia.

Mediante fallo de agosto 25 de 2009, el Juzgado Veintidós Penal del Circuito de Bogotá concedió el amparo demandado, estimando (fs. 138 a 157 ib.):

“En el caso sub iudice, tenemos que el señor Oscar Luis Flórez Rojas, quien nació el 29 de enero de 1942, cuenta en la actualidad con 67 años de edad y si bien la Corte Constitucional ha señalado que se considera persona de la tercera edad, quien sea mayor de 71 años, la edad que presenta el actor sumado al tiempo que en promedio dura un proceso ordinario que puede ser de varios años, superaría la expectativa de vida de este, aunado ello a que en razón al tiempo transcurrido en el que ha perdido el poder adquisitivo su pensión al punto que luego de percibir el equivalente a cinco salarios mínimos mensuales legales, hoy en día devenga un poco más del salario mínimo, son razones por la que estima este despacho que es procedente analizar el caso y de hallar conculcados sus derechos, proceder a conceder el amparo pese a que exista otro mecanismo jurídico.

Pues bien, el accionante manifiesta que el Banco Cafetero hoy en liquidación, mediante resolución 101 del 16 de junio de 1997, le reconoció la pensión de jubilación oficial a partir del 29 de enero de 1997 y que entre la fecha de retiro 30 de septiembre de 1993 hasta el 29 de enero de 1997, transcurrieron 3 años cuatro meses, sufriendo el salario promedio que sirvió de base para liquidar la mesada pensional, una pérdida del valor adquisitivo por razón

de la inflación y por ello es que al retirarse del Banco, devengaba en promedio 5.6 salarios mínimos mensuales legales vigentes mientras que en la actualidad solo recibe lo correspondiente a 1.83 veces el salario mínimo mensual legal vigente.

... ..

De tal manera que al accionante al haber obtenido el estatus de pensionado, le asiste el derecho constitucional a mantener el poder adquisitivo de sus mesadas pensionales como el derecho a obtener la reliquidación de su primera mesada pensional, ello por cuanto para el momento de retirarse del Banco Cafetero el 30 de septiembre de 1993, devengaba la suma de \$461.200 que dividido por \$81.510 el salario para ese año, arroja una suma correspondiente a 5.65 salarios mínimos mensuales legales vigentes para esa época y en la actualidad... devenga una pensión de \$762.420, equivalente a 1.53 salarios mínimos mensuales legales vigentes.”

En igual sentido, “en cuanto a que se deje sin efectos la Resolución No 1326P del 15 de mayo de 2009 por medio de la cual el Banco Cafetero en liquidación exige al señor Flórez Rojas, el reintegro de la suma \$48.480.551, correspondientes a la diferencia resultante entre los mayores valores pagados y recibidos en sus mesadas pensionales por el período comprendido entre el 29 de enero de 2002 y el 31 de enero de 2009; se ordenará a Bancafé que luego de efectuar la indexación... proceda a pronunciarse si el accionante adeuda alguna suma por concepto de mayores valores pagados a los que se refiere la citada resolución”.

#### F. Impugnación.

Mediante memorial presentado el 31 de agosto de 2009, el Banco demandado impugnó la decisión del a quo, insistiendo, básicamente, en los argumentos expresados en la formulación de la demanda de tutela (f. 160 a 167 ib.).

#### G. Sentencia de segunda instancia.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, mediante providencia de octubre 26 de 2009, revocó la decisión recurrida, considerando entre otros aspectos:

“... el Banco Cafetero en Liquidación mediante resolución 101 del 16 de junio de 1997 reconoció la pensión de jubilación legal, en cuantía de \$345.900,00 a partir del 29 de enero

del mismo año, dando aplicación a la Ley 33 de 1985, y para efectos de liquidación se tuvo en cuenta ‘...el salario promedio de los últimos 12 meses de servicio, esto es, durante el periodo comprendido entre el 1° de octubre de 1992 al 30 de septiembre de 1993’

Posteriormente, a través del acto administrativo 001873 de 26 de septiembre de 2002 el ISS le reconoció pensión de vejez en cuantía de \$508.816,00. El 28 de febrero de 2007 y 15 de julio de 2008 el actor solicitó al Banco Cafetero en liquidación el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional, petición que mediante comunicación... de 31 de julio de 2008 fue negada. Actos administrativos contra los que no interpuso recurso alguno, es decir, no agotó la vía gubernativa; tampoco ha acudido a la vía judicial ordinaria para que resuelvan sus pretensiones.

Ahora, el accionante presentó la acción constitucional como mecanismo principal para evitar un perjuicio irremediable en la medida en que su mínimo vital se halla afectado, situación que aparece desvirtuada por cuanto desde enero de 1997 viene percibiendo la mesada pensional en forma cumplida lo cual le ha permitido su subsistencia, sumado a que ninguna prueba -siquiera sumaria- aportó, con la que acredite la presunta afectación al mínimo vital.

... ..

Por lo demás, si bien alega el desconocimiento de derechos constitucionales de carácter fundamental relativos a la vida, a la seguridad social y al debido proceso, nada probó al respecto, como que la demanda se ocupa de motivos de censura diversos a la legalidad de los actos expedidos por el Banco Cafetero en Liquidación, los cuales debieron ser objeto de análisis y valoración en la instancia y oportunidad respectivas.

Igual debe indicarse frente a la pretensión de ‘... dejar sin valor resolución 1326P del 15 de mayo de 2009...’, a través de la cual el Banco Cafetero ordenó cobrarle \$48.480.551,00 ‘... por la diferencia resultante entre los mayores valores pagados y recibidos en mesadas pensionales...’ y mediante comunicado de 23 de junio le informó que ‘... le adeuda a la entidad la suma de \$9.826.091 por concepto de mayores valores girados, además, se me informa que el valor de mi mesada compartida que asciende a la suma de \$147’974 será abonado a la deuda vigente...’

Acto Administrativo que el accionante no impugnó, además se trata de una reclamación de carácter dinerario que no corresponde dilucidar al Juez Constitucional.”

## II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

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

Segunda. Lo que se debate.

En atención a lo expuesto, esta Sala de Revisión decidirá si se están vulnerando los derechos invocados por el señor Oscar Luis Flórez Rojas, presuntamente conculcados por el Banco Cafetero en Liquidación a raíz de la Resolución N° 1326P del 15 de mayo de 2009, mediante la cual el Banco modificó la Resolución N° 101 de junio 16 de 1997 en el sentido de deducir la pensión de vejez reconocida por el Seguro Social y exigir “al pensionado el reintegro de la suma de cuarenta y ocho millones cuatrocientos ochenta mil quinientos cincuenta y un pesos m/cte (\$48.480.551.00)”, por concepto de retroactivos de la compartibilidad pensional con el Seguro Social, y al no reconocerle el derecho a la indexación de la primera mesada pensional.

Tercera. Por regla general, la acción de tutela no procede contra decisiones judiciales.<sup>1</sup>

3.1 Atendiendo los parámetros establecidos en los artículos 86 de la Constitución, 2°.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>2</sup>, esta Corte ha establecido progresivamente pautas respecto a las condiciones excepcionales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales<sup>3</sup>.

3.2 En sentencia C-543 de octubre 1° de 1992, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, se declaró la inexecutable de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, que reglaban el trámite de tal ámbito de la acción.

Dicho pronunciamiento determinó que no procedía la tutela contra decisiones judiciales, salvo en presencia de una “actuación de hecho”, de donde paulatinamente vino emergiendo la noción de “vía de hecho”.

3.3 Con el tiempo, “por la urgencia de una comprensión diferente del procedimiento de tutela con tal de que permita ‘armonizar la necesidad de proteger los intereses constitucionales que involucran la autonomía de la actividad jurisdiccional y la seguridad jurídica, sin que estos valores puedan desbordar su ámbito de irradiación y cerrar las puertas a la necesidad de proteger los derechos fundamentales que pueden verse afectados eventualmente con ocasión de la actividad jurisdiccional del Estado’ 4”, según se expresó en sentencia T-200 de marzo 4 de 2004, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, surgieron los “requisitos generales de procedencia” y las “causales especiales de procedibilidad”, compilados en la sentencia C-590 de junio 8 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño, que así catalogó los primeros:

“a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones<sup>5</sup>. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa por qué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable<sup>6</sup>. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración<sup>7</sup>. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora<sup>8</sup>. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible<sup>9</sup>. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. Que no se trate de sentencias de tutela<sup>10</sup>. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas.”

3.4 Las “causales especiales de procedibilidad” son las siguientes:

- a. Defecto orgánico
- b. Defecto procedimental absoluto
- c. Defecto fáctico
- d. Defecto material o sustantivo

e. Error inducido

f. Decisión sin motivación

g. Desconocimiento del precedente

h. Violación directa de la Constitución

Cuarta. Agotamiento de todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa.

El agotamiento de todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa disponibles está instituido como uno de los puntos indispensables en el estudio de la procedibilidad de la acción de tutela, debiendo ser valorado estrictamente por el juez para evitar que la acción se trasfigure en un instrumento amparador de la negligencia del solicitante, o en una instancia adicional a los trámites judiciales ordinarios. Al respecto, en sentencia T-955 de octubre 3 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, se indicó:

“... la acción de tutela no puede asumirse como un medio de defensa paralelo a las competencias ordinarias y especiales<sup>11</sup> del sistema judicial. Es más, el juez de tutela no puede entrar a reemplazar a la autoridad competente para resolver aquello que le autoriza la ley,<sup>12</sup> especialmente si los mecanismos que permiten conjurar las posibles falencias que se suscitan durante los trámites procesales no han sido utilizados ni ejercidos por las partes, conforme a las atribuciones y competencias que consagra la ley.

De allí que el agotamiento efectivo de los recursos y mecanismos ordinarios de defensa judicial, resulte ser no sólo un requerimiento de diligencia exigible a los ciudadanos frente a sus propios asuntos procesales,<sup>13</sup> sino un requisito necesario para la procedencia de la acción de tutela como mecanismo de defensa, salvo que por razones extraordinarias no imputables a quien alega la vulneración, la persona se haya visto privada de la posibilidad de utilizar los mecanismos ordinarios de defensa dentro del proceso judicial,<sup>14</sup> circunstancia que deberá ser debidamente acreditada en cada caso concreto.”

En conclusión, la acción de tutela contra decisiones judiciales, procedente de manera muy excepcional, no puede resultar viable ante el propio descuido o falta de diligencia en la

interposición de acciones y recursos dentro de los procedimientos legalmente establecidos al efecto, pues sólo tiene cabida “cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”, salvo ante la inminencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual procederá como mecanismo transitorio (art. 86 Const.).

Quinta. Reconocimiento de indexación de la primera mesada pensional a través de la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia.

La indexación de la primera mesada pensional ha sido objeto de varios pronunciamientos de esta corporación<sup>15</sup>, tanto por vía de amparo de derechos fundamentales en acciones de tutela, como por control abstracto, a través de sentencias de constitucionalidad.

Uno de los importantes pronunciamientos en el ámbito de control concreto lo constituye el fallo SU-120 de febrero 13 de 2003 (M. P. Álvaro Tafur Galvis), en la cual se unificó la doctrina sentada hasta ese momento por esta Corte, atinente a la procedencia de la indexación pensional. Al respecto se señaló:

“... no existe normativa que establezca con precisión la base para liquidar la pensión de jubilación de quien se retire o sea retirado del servicio sin cumplir la edad requerida -el inciso segundo del artículo 260 del C.S.T no la precisa-; ii) que ninguna disposición ordena indexar ésta base salarial expresamente; iii) que no existe precepto que excluya o prohíba tal indexación. No obstante existe un principio constitucional claro, esto es que el ‘Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales’ - artículo 53 C.P., y suficientes disposiciones del ordenamiento que denotan un afán permanente del legislador por compensar la pérdida del poder adquisitivo de las pensiones. En este orden de ideas, incumbe al juez confrontar la situación concreta de las personas que aspiran a acceder a la pensión en las condiciones anotadas y remediar la injusticia que se deriva de la omisión legislativa anotada, obrando en todo conforme lo habría hecho el legislador, de haber considerado la situación específica, es decir conforme con la Constitución Política.”

Posteriormente, ya en control abstracto, mediante los fallos C-862 de octubre 19 de 2006 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto) y C-891-A de noviembre 1° del mismo año (M. P. Rodrigo Escobar Gil), esta corporación se pronunció sobre la exequibilidad de los artículos 8° de la Ley 171 de 1961 y 260 (parcial) del Código Sustantivo del Trabajo, respectivamente,

proclamando el derecho de los jubilados a la indexación de la primera mesada pensional, sin importar la categoría que ostenten ante el sistema de seguridad social:

“Si bien el derecho a la actualización de la mesada pensional surge en virtud de lo que la doctrina ha denominado el proceso de especificación en el reconocimiento de los derechos, de manera tal que su titularidad se reserva a una determinada categoría de sujetos -los pensionados- dentro de tal categoría su titularidad ha de ser universal, y por lo tanto exclusiones derivadas del tránsito legislativo carecen de justificación.”<sup>16</sup>

De acuerdo con estas definiciones, la universalidad del derecho a la indexación de la primera mesada pensional significa que este beneficio se aplica a las pensiones reconocidas en cualquier tiempo, sin que importe que su origen sea convencional o legal, toda vez que la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, a consecuencia de la inflación, afecta por igual a todos los jubilados.

En este mismo sentido se pronunció ulteriormente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el asunto de radicación 29022, sentencia de julio 31 de 2007 (M. P. Camilo Tarquino Gallego), dentro de un proceso ordinario promovido contra la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, corroborando la rectificación<sup>17</sup> de su anterior posición jurisprudencial, que sostenía la improcedencia de la indexación de la primera mesada de pensiones legales y convencionales. Sobre el particular, expuso lo siguiente:

“... no hay razón justificativa alguna para diferenciar, a un trabajador pensionado de acuerdo con la ley, con uno con arreglo a una convención, porque, valga agregar, el impacto del fenómeno económico de la inflación, lo padece tanto el uno como el otro, amén de que si la corrección monetaria no conduce a hacer más onerosa una obligación pensional, sino a mantener el valor económico de la moneda frente a su progresivo envilecimiento, su aplicación, respecto de pensiones extralegales, sean ellas convencionales o voluntarias, no altera de ninguna forma el acto inicial de reconocimiento, porque simplemente lo que se presenta es una actualización del monto para mantener su valor constante. Como conclusión de lo precisado, resulta obligado para la sala reconocer procedente la actualización del ingreso base de liquidación de la pensión convencional aquí demandada, dado que se causó en vigencia de la actual Constitución Política, y con apoyo, se repite, en los estudios de constitucionalidad efectuados en la sentencia D-6247 del 19 de octubre de 2006 y D-6246

del 1 de noviembre del mismo año, atrás referidos...” 18

A partir de los mencionados fallos, corresponde a los empleadores efectuar directamente la indexación de la primera mesada; de no hacerlo, el afectado podrá agotar la actuación administrativa correspondiente y acudir ante las autoridades judiciales competentes a discutir su pretensión.

En tal evento, la procedencia de la acción de tutela está sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos, en orden a preservar la naturaleza del subsidiario mecanismo de protección de derechos fundamentales y, por ende, la competencia del juez constitucional, a quien le está vedado inmiscuirse en controversias de índole legal propias de las instancias judiciales competentes.

Tales requisitos hacen referencia a la necesidad de que (i) la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional; (ii) se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable; (iii) no se incumpla el requisito de inmediatez, es decir, que se hubiere acudido a la tutela en un término proporcionado y razonable, a partir del hecho que originó la vulneración; (iv) que cuando se trate de una irregularidad procesal, ésta tenga efecto determinante en la determinación que es motivo de controversia y afecte derechos fundamentales del actor; (v) se identifiquen los hechos que generaron la violación, así como los derechos vulnerados y que el tema se hubiere alegado en el proceso judicial, siempre que esto hubiere sido posible, y (vi) que la acción no se dirija contra sentencias de tutela.<sup>19</sup>

De igual manera, son condiciones necesarias para pretender la indexación pensional mediante la acción de tutela, las siguientes<sup>20</sup>:

a. Que el interesado haya adquirido la calidad de pensionado;

a. Que haya agotado la actuación en sede gubernativa, mediante el uso de los recursos y medios de impugnación propios de esa instancia, en procura de satisfacer su pretensión de indexación;

a. Que haya acudido oportunamente a la jurisdicción ordinaria con el fin de obtener el reconocimiento de la indexación de la primera mesada;

a. Que acredite las condiciones materiales que justifiquen la protección por vía de tutela, como lo es la condición de persona de avanzada edad, y la afectación de derechos fundamentales.

Sexta. Caso concreto.

6.1. Como quedó expuesto, el señor Oscar Luis Flórez Rojas de 68 años de edad, pensionado por el Banco Cafetero, laboró ininterrumpidamente durante “22 años, 6 meses”, entre abril 1° de 1971 y septiembre 30 de 1993, y desde septiembre de 2002 recibe una pensión compartida con el ISS.

La presente acción la interpuso por considerar vulnerados sus derechos fundamentales, en cuanto no se le concedió la indexación de la primera mesada pensional y mediante Resolución 1326P del 15 de mayo de 2009, el Banco en liquidación demandado modificó la Resolución 101 de junio 16 de 1997 en el sentido de deducir la pensión de vejez reconocida por el Seguro Social y le exigió “el reintegro de la suma de cuarenta y ocho millones cuatrocientos ochenta mil quinientos cincuenta y un pesos m/cte (\$48.480.551.00)”, por retroactivos de la compartibilidad pensional con el Seguro Social.

6.2. El peticionario solicitó en febrero 28 de 2007 y julio 15 de 2008 al Banco Cafetero la indexación de su primera mesada pensional, que le fue negada por dicha entidad bancaria en liquidación.

6.3. Demandó entonces en proceso laboral ordinario al Banco, pero pretendiendo se “reliquide su pensión”, lo cual fue decidido por el Juzgado de primera instancia absolviendo “a Bancafé de todas y cada una de las pretensiones de la demanda”, decisión que no fue recurrida “pero por ser totalmente adverso a las pretensiones” se surtió “el grado jurisdiccional de consulta”, confirmándose la providencia del a quo. No se interpuso casación.

6.4. Se encuentra en documentos allegados en sede de revisión (f. 10 a 12 cd. Corte) y no confutados, que la hermana del actor “Myriam del Socorro Flórez Rojas depende económicamente de mis ingresos, los cuales proceden única y exclusivamente de mi mesada pensional, misma que el tutelado Banco Cafetero... me ha reducido de manera arbitraria”, observándose que el accionante carece de otros ingresos económicos para su subsistencia.

6.5. Teniendo en cuenta lo referido con anterioridad y los precedentes constitucionales ya citados, respecto a la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales y el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional, debe esta Sala verificar:

i) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.

Esta Corte ha indicado reiteradamente que las cuestiones relativas a la actualización del salario base de liquidación de la primera mesada pensional tienen una innegable importancia constitucional<sup>21</sup>, ya que, como se explicó, el artículo 53 superior reconoce explícitamente el derecho al mantenimiento del poder adquisitivo de las mesadas, que además se encuentra relacionado con otras normas constitucionales, como la esencia del Estado Social de Derecho (art. 1º), el principio de favorabilidad laboral (art. 53), el principio de protección especial a las personas de avanzada edad (arts. 13 y 46 ib.) y el derecho fundamental al mínimo vital.

ii) Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial existentes para dirimir la controversia, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.

El actor solicitó ante la entidad bancaria en diferentes oportunidades la indexación de la primera mesada pensional, e inició proceso ordinario laboral, sólo pretendiendo la “reliquidación de la pensión”, sin obtener decisión favorable a sus pretensiones en primera instancia, no obstante lo cual se abstuvo de recurrir.

iii) Que la acción de tutela haya sido interpuesta en un término razonable y con diligencia, a partir del momento en que se produjo la afectación a los derechos reclamados, cumpliéndose el requisito de inmediatez.

La demanda de tutela fue presentada en julio 28 de 2009 (f. 11 cd. inicial), después de una acción laboral concluida en fallo de segunda instancia dictado en diciembre 10 de 2008,

presentando además en abril 20 de 2009 ante el Banco reclamación con fines conciliatorios del reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional.

iv) Que el actor haya advertido la vulneración de sus derechos fundamentales en el trámite del proceso ordinario.

El proceso ordinario promovido por el accionante tuvo como objetivo, precisamente, que se “reliquide la pensión concedida por Bancafé”, situación que se falló desfavorable a sus pretensiones, en decisión que no fue recurrida; al ser totalmente adversa al demandante, fue objeto del grado jurisdiccional de consulta, despachada así mismo de manera negativa, y pese a que se trata de una prestación que tiene efectos hacia futuro, no se acudió al recurso extraordinario de casación.

De otra parte, el actor tampoco inició el proceso ordinario laboral solicitando propiamente la indexación de la primera mesada pensional, ahora pretendida por esta vía. Frente a esa situación, la Sala reitera<sup>22</sup> que para que proceda la acción de tutela con el objeto de solicitar el reconocimiento de prestaciones sociales, es necesario acatar el principio de subsidiariedad y que, previamente a la solicitud de amparo, se hayan agotado todos los mecanismos judiciales de defensa, tanto ordinarios como extraordinarios.

6.6. Así las cosas, se tiene que el señor Oscar Luis Flórez Rojas sí formuló solicitudes atinentes a su pensión, en diferentes oportunidades ante la entidad para la que había trabajado, pero en realidad no agotó los mecanismos de defensa judicial, en cuanto no incoó proceso ordinario específicamente tendiente a que se le indexara la primera mesada pensional, ni presentó recursos ordinarios y extraordinarios dentro del trámite del proceso en el cual demandó “la reliquidación” de su pensión, sin que indique justificación sobre las causas de su inactividad, que ahora busca resarcir mediante la acción de tutela.

Lo anterior impide que esta Sala entre a estudiar el fondo del asunto, pues el incumplimiento de uno de los requisitos cardinales de procedencia no permite examinar las otras reglas definidas; la inactividad del actor no está justificada, lo que obstaculiza analizar su situación por esta vía, dado que la resolución del conflicto corresponde a la jurisdicción ordinaria y, aunque haya referido algunos factores para tratar de acreditar que se encuentra inope, la realidad es que está percibiendo una pensión que, aunque reducida, no deja inferir un quebrantamiento del mínimo vital.

Finalmente, esta Sala de Revisión recuerda que la edad del accionante no es condición per se para que en el caso de la indexación de la primera mesada pensional necesariamente se conceda el amparo y se protejan sus derechos, sin haber cumplido los requisitos definidos por la jurisprudencia.

6.7. Por otra parte, respecto a la Resolución N° 1326P de mayo 15 de 2009, mediante la cual el Banco Cafetero en liquidación modificó la Resolución N° 101 de junio 16 de 1997, en el sentido de deducir la pensión de vejez reconocida por el Seguro Social y le exigió “al pensionado el reintegro de la suma de cuarenta y ocho millones cuatrocientos ochenta mil quinientos cincuenta y un pesos m/cte (\$48.480.551.00), correspondientes a la diferencia resultante entre los mayores valores pagados y recibidos en sus mesadas pensionales por el período comprendido entre el 29 de enero de 2002 y el 31 de enero de 2009, incluidas las mesadas adicionales de junio y de diciembre causadas en dicho período, una vez deducido el valor del retroactivo reconocido por el Seguro Social”, por concepto de retroactivos de la compartibilidad pensional.

Es necesario aclarar que lo anterior hace referencia a una situación que puede ser rebatida ante la justicia ordinaria laboral, dentro del trámite establecido para ello, por tratarse de un trabajador que recibe pensión de jubilación ante la cual ha de determinarse si su compartibilidad, a cargo del Banco Cafetero en Liquidación y el Instituto de Seguro Social, se encuentra bien otorgada.

Con las citadas bases normativas y jurisprudenciales, debe reiterarse que la acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones creadas por actos u omisiones que impliquen vulneración o amenaza de derechos fundamentales, frente a lo cual el sistema jurídico no tenga previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces.

6.8. A lo antes anotado debe agregarse que, en presencia de otros mecanismos de defensa judicial, es imperativo para el Juez de tutela comprobar que esos medios resultan ineficaces para la protección de los derechos fundamentales, o que la existencia de circunstancias especiales en las que se encuentra el peticionario, hace que el juicio de procedibilidad del amparo sea efectuado con un criterio más amplio.

Nótese que establecer la procedencia de la acción debe necesariamente anteceder al análisis

de la vulneración o no de algún derecho fundamental, estudio que en este caso no se puede acometer precisamente en cuanto la pretensión que motiva la presente solicitud de amparo debió impetrarse por la vía ordinaria laboral, que es el medio de defensa judicial idóneo para este tipo de situaciones.

6.9. Así las cosas y de acuerdo con las consideraciones expuestas, la Sala Sexta de Revisión habrá de modificar el fallo que se revisa, proferido en octubre 26 de 2009 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, que revocó el dictado en agosto 25 de 2009 por el Juzgado Veintidós Penal del Circuito de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por Oscar Luis Flórez Rojas contra el Banco Cafetero en Liquidación. Lo indicado, como se hará, es declarar la improcedencia del amparo constitucional, que estaba sujeto al cumplimiento de ciertos requisitos, los cuales, como quedó expuesto, en el presente caso no fueron cumplidos en su integridad.

### III.- DECISIÓN

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

#### RESUELVE

Primero. MODIFICAR la sentencia proferida en octubre 26 de 2009 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, que revocó la dictada en agosto 25 de 2009 por el Juzgado Veintidós Penal del Circuito de Bogotá, en el sentido de DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela incoada por Oscar Luis Flórez Rojas contra el Banco Cafetero en Liquidación,

Segundo. Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 T-914 de diciembre 9 de 2009 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla).

2 “Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

3 T-209 de marzo 27 de 2009 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).

4 “Sentencia T - 462 de 2003.”

5 "Sentencia T-173/93."

6 "Sentencia T- 504/00."

7 "Ver entre otras la reciente T-315/05."

8 "Sentencia T-008/98 y SU-159/2000."

9 "Sentencia T-658/98."

10 "Sentencia T-088/99 y SU-1219/01."

11 "C-543 de 1992.M.P. José Gregorio Hernández Galindo."

12 " T-038 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara."

13 " T-116 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández."

15 Cfr., entre otras, C-862 de octubre 19 de 2006 (M. P. Humberto Sierra Porto); C- 891A de noviembre 1° de 2006 (M. P. Rodrigo Escobar Gil); SU-120 de febrero 13 de 2003 (M. P. Álvaro Tafur Galvis); T-313 de abril 7 de 2008 (M. P. Rodrigo Escobar Gil).

16 C-862 de octubre 19 de 2006 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto).

17 Así mismo se pronunció en abril 20 de 2007, en el asunto de radicación 29470 (M. P. Luis Javier Osorio López). Cfr. también la decisión de la Sala Penal en asunto de tutela 39122, de noviembre 11 de 2008 (M. P. Augusto Ibáñez Guzmán).

18 En los asuntos D-6247 y D-6246, fueron dictadas, respectivamente, las precitadas sentencias C-862 y C-91A de 2006, de las fechas referidas.

19 C-590 de junio 8 de 2005 (M. P. Jaime Córdoba Triviño).

20 T-696 de septiembre 6 de 2007 (M. P. Rodrigo Escobar Gil).

21 T-1059 de diciembre 6 de 2007, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-311 de abril 4 de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil, entre otras.

22 T- 074 de febrero 12 de 2009, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.