

Sentencia T-356/12

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL-Procedencia excepcional

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL-Derecho a mantener el poder adquisitivo

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL Y DERECHO A MANTENER EL PODER ADQUISITIVO DE LA PENSION-Requisitos

ACTUALIZACION DE LA PENSION E INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL-Fundamental

DERECHO A MANTENER EL PODER ADQUISITIVO DE LA PENSION-Pago oportuno y reajuste periódico

PRINCIPIO DE UNIDAD DE LA CONSTITUCION-Norma constitucional no puede interpretarse en forma aislada sino en conjunto

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL-Ley definirá medios para que recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL E IN DUBIO PRO OPERARIO-Reconoce derecho a

mantener el poder adquisitivo de la pensión/ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Actualización periódica de la mesada pensional

DERECHO A MANTENER EL PODER ADQUISITIVO DE LA PENSION Y MINIMO VITAL DE PERSONAS DE LA TERCERA EDAD-Actualización periódica de la mesada pensional

DERECHO A MANTENER EL PODER ADQUISITIVO DE LA PENSION-Incluye actualización del salario base de liquidación o indexación de la primera mesada pensional

INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL-Aplicación a personas que fueron despedidas o se retiraron por haber cumplido tiempo de servicio para acceder a la pensión de vejez pero sin haber llegado a la edad requerida

INDEXACION-Mecanismo de actualización de obligaciones laborales dinerarias

ACCION DE TUTELA CONTRA FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA-Amparo transitorio para indexación de la primera mesada pensional hasta tanto la justicia ordinaria laboral resuelva

ACCION DE TUTELA CONTRA FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA-Actualización, reconocimiento y pago de la primera mesada pensional indexada de pensión de jubilación según formula establecida en sentencia T-098/05

ACCION DE TUTELA CONTRA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA-
Indexación de la primera mesada pensional

ACCION DE TUTELA CONTRA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA-
Actualización, reconocimiento y pago de la primera mesada pensional indexada de pensión
sanción según formula establecida en sentencia T-098/05

Referencia: expedientes T-3008975 y T-3009481

Acciones de tutela instauradas por José Ramón Taborda Silva contra la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y, Augusto Díaz Hermida contra la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá D.C.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá D.C., quince (15) de mayo de dos mil doce (2012)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, MARÍA VICTORIA CALLE CORREA y MAURICIO GÓNZALEZ CUERVO, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 29 de noviembre de 2010; y, por el Juzgado 55 Civil Municipal de Bogotá, el 13 de enero de 2011, y el Juzgado 23 Civil del Circuito de la misma ciudad, el 16 de febrero de la misma anualidad, que resolvieron las acciones de tutela formuladas por José Ramón Taborda Silva contra la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacional de Colombia y, Augusto Díaz Hermida contra la Empresa de Acueducto

y Alcantarillado de Bogotá D.C., respectivamente.

La Sala Número Tres de Selección de la Corte Constitucional, mediante auto del 31 de marzo de 2011, decidió acumular los expedientes T-3008975 y T-3009481 al considerar que presentan unidad de materia, para que sean revisados y fallados en una sola sentencia, a lo cual se procederá así:

1. Hechos y acciones de tutela interpuestas

1.1. Expediente T-3008975

1.1.1. El accionante laboró en la empresa Álcalis de Colombia Ltda. en Liquidación, desde el 21 de enero de 1976 hasta el 28 de febrero de 1993. Ante el cumplimiento de los requisitos legales, mediante resolución No. 0144 de 20071, la sociedad mencionada resolvió reconocer y pagar al actor la pensión de jubilación de carácter restringido, en cuantía de \$293.124,60. Para su liquidación, tuvo en cuenta el 75% del último salario promedio que devengó el actor, el cual ascendía a la suma de \$390.831,00.

1.1.2. Como el accionante nació el 3 de noviembre de 1938, la pensión restringida se ordenó pagar desde el 3 de noviembre de 1993 hasta el 3 de noviembre de 1998, fecha en la cual el actor cumplió 60 años de edad. A partir de esa última fecha, el Instituto de Seguros Sociales o el fondo de pensiones escogido por el accionante empezaría a pagarle la pensión de vejez, quedando Álcalis de Colombia Ltda en Liquidación, obligada a pagar el mayo valor de lo que resultara como consecuencia de la pensión de vejez.

1.1.3. Según manifiesta el actor, la sociedad Álcalis de Colombia Ltda. en Liquidación, en dicha resolución desconoció el derecho que le asiste de indexar o aplicar la corrección monetaria al último salario base de liquidación recibido por el actor al momento de su retiro de la empresa, para luego con base en el monto indexado, determinar el valor real a pagar por concepto de primera mesada pensional y las que en lo sucesivo se fueran causando.

1.1.4. Indica que mediante comunicación escrita del 28 de octubre de 2008 dirigida a Álcalis de Colombia Ltda. en Liquidación, reclamó el reconocimiento de su derecho a obtener la indexación de la primera mesada pensional y a mantener el poder adquisitivo de la misma, desde la fecha de causación del beneficio pensional². La respuesta que recibió fue negativa a

su pretensión.

1.1.5. Ante tal situación, señala que instauró demanda ordinaria laboral contra la sociedad Álcalis de Colombia Ltda en Liquidación, la cual fue objeto de admisión por parte del Juzgado 1° Laboral del Circuito de Cartagena, el 6 de marzo de 2009³. No obstante, hasta la fecha de presentación de la tutela, aduce que el juzgado no ha emitido pronunciamiento alguno que dirima el conflicto de forma definitiva, por consiguiente, estima que el mecanismo ordinario carece de eficacia e idoneidad para el reconocimiento del derecho, máxime cuando su edad actual es de 73 años.

1.1.6. El núcleo familiar del accionante se encuentra integrado por dos hijos y su esposa, quien no trabaja ni recibe pensión alguna, por lo que depende económicamente del actor⁴, el cual a su vez solo tiene como ingreso económico la “suma irrisoria” que recibe por pensión⁵, la cual estima insuficiente para satisfacer sus necesidades básicas⁶.

1.1.7. Informa que la sociedad Álcalis de Colombia Ltda. en Liquidación, terminó su existencia jurídica el 22 de enero de 2010, sin que le fuere notificado el auto admisorio de la demanda ordinaria laboral. Pero, de acuerdo con el Decreto 2601 de 2009, el reconocimiento de las pensiones mediante acto administrativo compete al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, mientras que el pago de las mismas debe realizarlo el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en los términos del inciso 5° del artículo 3° del Decreto en mención.

1.1.8. Finaliza diciendo que a dos de sus compañeros que también presentaron demandas ordinarias laborales, el juez constitucional les protegió sus derechos ordenando la indexación de la primera mesada pensional, a lo cual procedió el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia en los meses de agosto y septiembre de 2010⁷.

1.1.9. Así las cosas, el actor solicita por medio de la presente acción de tutela que se le protejan transitoriamente sus derechos constitucionales al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas. En consecuencia, se ordene a los accionados que reconozcan y efectúen la indexación del ingreso base de cotización para el cálculo de la primera mesada pensional, y que paguen en forma retroactiva las sumas de dinero que resulten de la diferencia entre lo que debió pagarse cada mes y lo que le fue pagado directamente al actor.

1.2. Expediente T-3009481:

1.2.1. El señor Augusto Díaz Hermida se vinculó a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá el 16 de febrero de 1989, mediante contrato de trabajo a término indefinido, para desempeñar el cargo de Jefe de la División de Control de Cuentas de la entidad. Dicho contrato terminó en forma unilateral y sin justa causa por parte del empleador, el 2 de noviembre de 1990.

1.2.2. Al momento del retiro, el trabajador era beneficiario de la convención colectiva entonces vigente, suscrita entre la empresa y los trabajadores, en cuyo artículo 70 consagra la pensión sanción para los trabajadores oficiales que sin justa causa hubiesen sido desvinculados de la entidad por cualquier motivo.

1.2.3. Por cumplir con los requisitos exigidos en el artículo 70 de la Convención, el accionante solicitó el reconocimiento de la pensión sanción, la cual se decretó a su favor mediante resolución No. 0582 del 20 de noviembre de 1995. La pensión le fue reconocida desde el 25 de agosto de 1995 y liquidada con el 75% del promedio mensual que devengó el actor en el último año de servicio, resultado de esa operación una pensión de \$413.271,008.

1.2.4. El accionante indica que al efectuarse la liquidación, la empresa no tuvo en cuenta que había mediado un tiempo sustancial de 5 años entre el retiro y el reconocimiento de la prestación, situación por la cual la pensión sanción quedó con una cuantía muy baja que desconoce la pérdida de poder adquisitivo que sufre la moneda colombiana.

1.2.5. Aduce que en el año 2006 recurrió a la acción ordinaria laboral para conseguir la indexación de la primera mesada pensional, pero obtuvo como resultado que el Juzgado 12 Laboral de Descongestión del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 31 de octubre de 2006, absolviera a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá de todas las pretensiones de la demanda, lo cual fue confirmado por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en providencia del 31 de mayo de 2007.

1.2.6. Posterior a los fallos judiciales en comento, entre noviembre de 2007 y septiembre de 2010, el actor ha presentado 5 derechos de petición a la Empresa accionada solicitando la indexación de la primera mesada pensional⁹, pero reiteradamente se le ha negado el derecho.

1.2.7. El accionante considera vulnerado su derecho a la igualdad, por cuanto el pensionado Marcos Fidel López Moreno, alegando el mismo derecho y con base en los mismos argumentos expuestos por el actor, en el primer semestre del año 2010 obtuvo el reconocimiento del derecho a la indexación de la primera mesada pensional mediante acto administrativo¹⁰, lo que en el caso del actor no ha sucedido.

1.2.8. En vista de lo anterior, el señor Augusto Díaz Hermina, de 61 años de edad¹¹, acude a la acción de tutela para que le sean protegidos los derechos constitucionales la vida digna, a la seguridad social, al mínimo vital y a la igualdad; en consecuencia, solicita que se ordene a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá que indexe el valor inicial de la mesada pensional o que actualice la base de liquidación de la pensión sanción que le fue reconocida.

2. Respuestas de las entidades demandadas

2.1. Expediente T-3008975

2.1.1. El representante judicial del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo solicita negar el amparo por improcedente, al estimar que el accionante posee medios distintos para conseguir que se declare el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional, más aún cuando al revisar la antigua base de datos que llevaba la extinta Álcalis de Colombia en Liquidación, observa que se encuentra en curso proceso ordinario laboral iniciado por el actor. Señaló que dicho proceso se encuentra en etapa probatoria y es el medio idóneo para debatir su pretensión.

2.1.2. El Director General del Fondo del Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, pide declarar la tutela improcedente porque al tener ésta un carácter residual, debe el actor agotar el proceso ordinario laboral que presentó ante el Juzgado 1° Laboral del Circuito de Cartagena, para que sea allí donde se debata la solicitud de indexación de la primera mesada pensional.

Señala que la tutela se interpuso no para evitar un perjuicio irremediable, sino como una vía rápida para resolver un problema jurídico que corresponde a la justicia ordinaria. Sumado a ello, indica que esta acción constitucional no cumple con el presupuesto de inmediatez porque el actor no la formuló dentro de un plazo razonable y oportuno, es decir, de forma

siguiente a la negativa de indexación de la primera mesada pensional que presentó en el año 2008.

De otro lado, plantea que el accionante no es una persona de la tercera edad porque tiene menos de 72 años, parámetro que la jurisprudencia constitucional estableció en la sentencia T-138 de 2010, para calificar a los hombres como ciudadanos de la tercera edad. Adicionalmente, señala que el actor no demostró la afectación real del derecho al mínimo vital pues del expediente se desprende que viene recibiendo en forma puntual la mesada reconocida, y que se encuentra un pleito pendiente, cual es, el proceso ordinario laboral que el mismo actor inició en contra de Álcalis de Colombia Ltda. en Liquidación.

2.2. Expediente T-3009481

La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá D.C., a pesar de estar debidamente notificada mediante oficios 4065 del 10 de diciembre de 2010 y 0085 del 11 de enero de 2011, no se pronunció en el trámite de la acción de tutela.

3. Decisiones objeto de revisión

3.1. Expediente T-3008975

El Tribunal Administrativo de Bolívar, en sentencia del 29 de noviembre de 2010, rechazó por improcedente la solicitud de amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas, que invocó el señor José Ramón Taborda Silva.

La Sala fundamentó su decisión en que después de la sentencia C-860 de 2006, la jurisprudencia constitucional admitió el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional tanto para pensiones legales como convencionales. Indicó que si al actor se le reconoció el derecho pensional en el año 2007, fue en esa época donde debió acudir a la acción de tutela para reclamar su derecho y no dejar transcurrir varios años porque en la actualidad no cumple con el presupuesto de inmediatez. Con ese norte, señaló que la demora en la solicitud del amparo evidencia que la vulneración de los derechos deprecados por el actor no es actual, ni inminente y tampoco grave, como para requerir la intervención del juez constitucional, pues el accionante no acreditó siquiera sumariamente ninguna circunstancia

excepcional que le hubiera impedido ejercer la tutela en forma oportuna.

También adujo que en la actualidad se encuentra en curso una demanda ordinaria laboral que presentó el actor para reclamar la indexación pensional, razón por la cual la tutela se torna improcedente como mecanismo definitivo por no cumplir con el requisito de subsidiariedad.

A pesar de lo anterior, el juez colegiado estudió los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional para reclamar por vía de tutela la indexación de la primera mesada pensional, a saber: (i) respecto a que el interesado haya adquirido la calidad de pensionado, señaló que se cumple porque al actor se le reconoció la pensión convencional de jubilación por parte de la sociedad Álcalis de Colombia Ltda en Liquidación, mediante resolución No. 0167 del 2 de agosto de 2007; (ii) frente a que haya agotado la actuación en sede gubernativa mediante el uso de los recursos y medios de impugnación propios de esa instancia, indicó que el actor agotó la reclamación administrativa correspondiente ante la entidad; (iii) tratándose de que acredite las condiciones materiales que justifiquen la protección por vía de tutela, precisó que “el tutelante aporta registro civil de nacimiento de donde se concluye que no ha cumplido con la edad establecida por Ley, es decir, que no puede ser considerado como una persona de la tercera edad, pues según lo expuesto por la jurisprudencia constitucional, para que una persona puede ser considerada como de la tercera edad, ésta debe superar la expectativa de vida reconocida oficialmente en Colombia, la cual actualmente es de 72 años”. Por consiguiente, estimó que el accionante no es una persona de la tercera edad y puede esperar la finalización del proceso ordinario laboral.

Así las cosas, el Tribunal concluyó que el caso del actor no se enmarca dentro de las condiciones excepcionales que ha fijado la jurisprudencia constitucional para decidir por vía extraordinaria un asunto que le corresponde dirimir al juez laboral. En su criterio, el actor no demostró estar incurso en situación de indefensión, tener un quebranto serio de salud o estar comprometido su derecho fundamental al mínimo vital, situación que conlleva a la improcedencia de la tutela.

El accionante no impugnó el fallo que le fue adverso.

3.2. Expediente T-3009481

3.2.1. El Juzgado 55 Civil Municipal de Bogotá, en sentencia del 13 de enero de 2011, negó el amparo constitucional solicitado por Augusto Díaz Hermida, al considerar que no existe afectación a su mínimo vital por cuanto tiene el estatus de pensionado y percibe una prestación mensual por concepto de pensión, que aunque no satisfaga su querer, sí da cuenta de la posibilidad de sostenimiento económico. En ese sentido, el juez a-quo consideró que la tutela no procede siquiera como mecanismo transitorio en procura de evitar un perjuicio irremediable, pues no halló prueba de tal perjuicio. Sumado a lo anterior, indicó que el actor debe acudir al juez laboral para plantear y controvertir el derecho a la indexación de la primera mesada pensional.

3.2.2. Impugnada la decisión por la parte actora, el Juzgado 23 Civil del Circuito de Bogotá, confirmó la denegatoria de amparo porque la pretensión del accionante se enmarca en una controversia de orden legal y de carácter patrimonial, cuyo conocimiento ha sido asignado al juez laboral.

II. PRUEBAS DECRETADAS DE OFICIO EN SEDE DE REVISIÓN

1. A través de auto del 30 de mayo de 2011, el Magistrado Sustanciador dispuso oficiar al Juzgado 1° Laboral del Circuito de Cartagena, para que certificara sobre el estado actual del proceso ordinario laboral que José Ramón Taborda Silva instauró contra sociedad Álcalis de Colombia Ltda. en Liquidación. Dicha certificación debía ser remitida al expediente T-3008975.

A lo anterior se obtuvo como respuesta por parte del Secretario del Juzgado 1° Laboral del Circuito de Cartagena, que el proceso radicado con el número 00086-2009 instaurado por José Ramón Taborda Silva y otros contra Álcalis de Colombia Ltda. en Liquidación, la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Instituto de Fomento Industrial IFI, se encuentra para audiencia de conciliación, excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio.

2. En el mismo auto de decreto de pruebas, el Magistrado Sustanciador dispuso oficiar a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá D.C., para que remitiera con destino al expediente T-3009481, copia de los actos administrativos por medio de los cuales reconoció la pensión sanción y la indexación de la primera mesada pensional, al señor Marcos Fidel López Moreno.

En respuesta a lo anterior, el Director Administrativo de Gestión de Compensaciones de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, envió copia de la resolución No. 0873 del 8 de agosto de 2002, por medio de la cual reconoció la pensión sanción al señor Marco Fidel López Moreno en cuantía de \$1'442.541 mensuales, a partir del 28 de diciembre de 2000. Igualmente, remitió copia de la resolución No. 0250 del 17 de marzo de 2010, por medio de la cual reconoció al señor López Moreno la indexación de la primera mesada pensional, fijando la mesada pensional reliquidada en la suma de \$4'470.768 mensuales y el retroactivo en la suma de \$99'788.968 correspondientes a los últimos tres años anteriores a la reclamación radicada el 17 de octubre de 2008, más la diferencia desde el 18 de octubre de 2008 hasta diciembre de 2009.

3. En el auto de fecha 30 de mayo de 2011, el Magistrado Sustanciador dispuso oficiar al accionante Augusto Díaz Hermida, para que informara si además de la mesada pensional que recibe actualmente por parte de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, posee algún otro ingreso económico fijo del cual dependa su subsistencia. Así mismo, indicara si tiene personas a su cargo y si padece de algún quebranto de salud serio que comprometa su calidad de vida.

El accionante contestó indicando lo siguiente: “A la fecha el único ingreso económico fijo que poseo es la mesada pensional que recibo como extrabajador de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, pensión reconocida en el año 1995 pero liquidada con un porcentaje igual al 75% del promedio mensual de todo lo devengado en el año 1990, fecha de mi retiro de la empresa, sin que se tuviese en cuenta que entre los años 1990 y 1995 la inflación acumulada alcanzó un porcentaje del 129.7%. (...) Soy cabeza de una familia compuesta por dos personas más, mi esposa y mi hijo Santiago Díaz Ramírez, de quienes estoy completamente a cargo pues a pesar de su mayoría de edad, mi hijo aún se encuentra cursando sus estudios universitarios, que sea de paso advertir, logro solventar con una beca parcial por un 20% que le otorgó la rectoría de la universidad teniendo en cuenta las dificultades económicas familiares y sus buenos resultados académicos, un crédito del icetex que cubre el 70%, del que por supuesto canceló cuotas mensuales y que inmediatamente termine materias empezara a generar pagos periódicos que también serán a mi cargo por el ser el titular del mismo, y la porción restante logro apenas cubrirla con mi exigua pensión”. Para demostrar lo anterior, el actor allegó copias de su registro civil de matrimonio y del registro civil de nacimiento de su hijo.

Finalmente, frente al estado de salud, el accionante Augusto Díaz Hermida informó que hace aproximadamente 10 años le diagnosticaron enfermedad pulmonar obstructiva crónica (EPOC), así como niveles elevados de triglicéridos y colesterol que le exigen un riguroso tratamiento médico.

4. A través de auto del 14 de junio de 2011, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional dispuso vincular y poner en conocimiento del Juzgado 12 Laboral de Descongestión del Circuito de Bogotá y de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, el contenido de la solicitud de tutela interpuesta por Augusto Díaz Hermida contra la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, para que pudieran exponer los criterios que a bien tuvieran en relación con los hechos sometidos al conocimiento del juez constitucional, sobre las pretensiones del actor y los fallos de instancia.

Así mismo, dispuso oficiarles a esas autoridades judiciales y al accionante Augusto Díaz Hermida, para que con destino al expediente T-3009481, remitieran copia de las sentencias proferidas el 31 de octubre de 2006 y el 31 de mayo de 2007, dentro del proceso ordinario laboral que éste instauró contra la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá.

En respuesta a lo anterior, la Magistrada Sonia Martínez de Forero, integrante de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, informó que respecto a los hechos y las pretensiones de la tutela, “(...) me remito en todo a la decisión proferida por este Tribunal el 31 de mayo de 2007, dentro del proceso ordinario laboral promovido por el aquí accionante en contra de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB ESP, radicación 16-2005-00946-01”. Para tal efecto, anexó la sentencia proferida en audiencia de juzgamiento dentro del citado proceso ordinario laboral, llevada a cabo el 31 de mayo de 2007, mediante la cual confirmó la sentencia consultada que negó la pretensión de indexación de la primera mesada pensional, aduciendo que el reajuste pensional por devaluación de la moneda no opera para la pensión sanción que devenga el actor, dada la naturaleza convencional de la misma.

Por su parte, el accionante allegó copia auténtica de la sentencia proferida el 31 de octubre de 2006 por el Juzgado 12 Laboral de Descongestión del Circuito de Bogotá, mediante la cual desestimó su pretensión de indexación de la primera mesada pensional y absolvió a la

Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá. Para llegar a esa decisión, el mencionado juzgado expuso que, con base en la sentencia del 5 de agosto de 1996 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la figura de la indexación pensional no procede para las mesadas sanción que se obtuvieron por convención colectiva, ya que de admitirlo, se desconocería lo ofrecido por el empleador y se cambiarían las reglas para liquidar las pensiones extralegales.

Así mismo, anexó copia del comunicado de prensa de la sentencia C-862 de 2006, el cual puso en conocimiento del Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá el 2 de noviembre de 2006, para que fuese tenido en cuenta por el Tribunal al momento de resolver la consulta del fallo desfavorable al pensionado.

5. En el mismo auto de fecha 14 de junio de 2011, la Sala Novena de Revisión dispuso suspender los términos para fallo en los procesos de la referencia, hasta tanto las pruebas decretadas fuesen debidamente recaudadas y evaluadas por el Magistrado Sustanciador.

6. El accionante en la última comunicación que remitió a esta Corporación, solicitó vincular oficiosamente al trámite de tutela al Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, porque ese órgano de judicatura fue el que adelantó el trámite del proceso ordinario laboral y es quien en la actualidad tiene el expediente en su archivo. Explicó que debido a la congestión judicial que experimenta la justicia laboral, el asunto fue remitido en su momento al Juzgado 12 Laboral del Circuito de Descongestión de Bogotá, quien profirió únicamente la sentencia de primera instancia, pero que cuando el proceso regreso del grado jurisdiccional de consulta, fue archivado en el juzgado de origen, es decir, el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, habida cuenta que el órgano de judicatura de descongestión ya no existía. Así mismo, señaló que fue difícil hacerle seguimiento y obtener copia de las sentencias derivadas del proceso ordinario laboral.

En vista de lo anterior, el Magistrado Sustanciador dispuso vincular oficiosamente al Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, para que se pronunciara sobre los hechos y las pretensiones del escrito tutelar. Según informe secretarial, no se recibió respuesta alguna.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE

1. Competencia

Esta Corte es competente para revisar las decisiones judiciales antes descritas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, atendiendo a la selección, el reparto y la acumulación, efectuados el 31 de marzo de 2011.

2. Problemas Jurídicos

De acuerdo con los hechos expuestos, en esta oportunidad la Sala determina los problemas jurídicos a resolver en los siguientes interrogantes:

¿Procede el amparo como mecanismo transitorio en procura de evitar un perjuicio irremediable a los derechos constitucionales de seguridad social y mínimo vital de un pensionado, cuando se encuentra en curso, de forma simultánea, un proceso ordinario laboral y una acción de tutela que pretenden la indexación de la primera mesada pensional a favor de una persona de la tercera edad que carece de ingresos económicos suficientes para atender sus necesidades básicas? En caso afirmativo, ¿puede el juez de tutela ordenar la indexación de la primera mesada pensional de forma transitoria y hasta cuando el juez natural resuelva la controversia, en los casos que encuentre que la variación inflacionaria ha impactado el salario base de liquidación que sirvió para el reconocimiento de la pensión?

¿Procede la acción de tutela como mecanismo definitivo para proteger el derecho fundamental a la actualización de las pensiones en su faceta de indexación de la primera mesada pensional, a pesar de contar el actor con un medio de defensa judicial idóneo y eficaz habilitado por el hecho nuevo que constituyó la sentencia C-862 de 2006?

Con el propósito de resolver los anteriores problemas jurídicos la Sala tendrá en cuenta los siguientes temas de análisis: (i) procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional. Escenarios distintos de enjuiciamiento constitucional sobre el tema; (ii) el derecho fundamental a la actualización de las pensiones en su faceta de indexación de la primera mesada pensional; y, luego se ocupará (iii) de los casos concretos.

3. Procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional. Escenarios distintos de enjuiciamiento constitucional sobre el tema. Reiteración de jurisprudencia

3.1. La Corte Constitucional ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela frente a reclamaciones encaminadas a obtener la actualización de la primera mesada pensional. Precisamente, a partir de la sentencia SU-120 de 2003, dos son los escenarios de enjuiciamiento constitucional sobre la materia, los cuales fueron evidenciados en las sentencias T-362 de 2010 (MP Juan Carlos Henao Pérez), T-997 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva) y T-266 de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), que se seguirán muy de cerca para trazar esta premisa.

El primer escenario se presenta cuando la Corte ha revisado procesos de tutela en los cuales se acusa a una providencia judicial dictada en el curso de un trámite ordinario o contencioso administrativo, de incurrir en causal de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial, por negarse a reconocer la indexación de la primera mesada pensional de aquellas personas que, habiendo cumplido el requisito de tiempo de servicio, se retiraron del trabajo sin haber alcanzado la edad necesaria para acceder a una pensión de jubilación. Lo anterior, a pesar de que el ordenamiento jurídico cuenta con fuentes de derecho que permiten su reconocimiento. En estos casos, los presupuestos de procedibilidad aplicables al momento de enjuiciar la viabilidad del amparo, se han circunscrito al estudio de las denominadas causales generales y específicas de procedencia de la acción de tutela¹².

En el segundo escenario, el Tribunal Constitucional ha admitido la procedencia de la acción de tutela impetrada directamente contra la entidad de previsión social o el empleador encargado de satisfacer el derecho a una pensión. Esta hipótesis surgió a partir de la expedición de la sentencia C-862 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), en cuanto en esta providencia la Corte Constitucional declaró con efecto erga omnes la adscripción del derecho a la indexación de la primera mesada pensional dentro del contenido constitucionalmente protegido de la garantía a mantener el poder adquisitivo de las pensiones, tema que será objeto de una explicación especial más adelante.

3.2. Por las particularidades de los presentes asuntos acumulados, la Sala únicamente se referirá a la procedibilidad de la acción de tutela en el segundo de los escenarios anunciados, en cuanto estas reglas serán pertinentes al momento de abordar el estudio de los casos concretos. Así, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, para que proceda el amparo del derecho a mantener el poder adquisitivo de la pensión en su contenido indexatorio de la primera mesada pensional, en el proceso han de acreditarse los siguientes

requisitos:

(i) Que la persona que invoca el amparo constitucional tenga el estatus de pensionado, o lo que es lo mismo, que su derecho a una pensión haya sido reconocido.

(ii) Que el actor haya observado una conducta diligente en sede administrativa, es decir, presentado la solicitud de indexación de su primera mesada pensional directamente ante la entidad obligada a satisfacer su derecho o, recurrido a la vía gubernativa si se trata de entidades de carácter público.

(iii) Que el peticionario haya agotado las vías judiciales ordinarias para garantizar su pretensión, o que aún sin haberlo hecho, esté en tiempo de acudir a ellas, y demuestre que (a) atendiendo a las condiciones particulares que reviste su caso, los mecanismos ordinarios de defensa judicial a su alcance no resultan idóneos y eficaces para satisfacer sus garantías constitucionales o; (b) está en inminente riesgo de sufrir un perjuicio iusfundamental irremediable.

En cuanto a la posibilidad identificada con el literal a), es pertinente señalar que en abstracto cada medio de defensa judicial, en principio, resulta idóneo y eficaz para proteger los derechos constitucionales, pues en todo proceso es obligación del juez considerar, respetar y proteger estos derechos, atendiendo a la interpretación que de mejor manera garantice su efectividad.

Empero, existen situaciones fácticas y jurídicas que pueden relativizar la idoneidad y eficacia del mecanismo de salvaguarda judicial ordinario. Así, aspectos como la avanzada edad del actor, su precario estado de salud, o la afectación de su mínimo vital, son elementos relevantes que en su conjunto pueden conducir a desvirtuar la idoneidad y eficacia del medio de defensa judicial ordinario. Estos aspectos, deben ser evaluados por el juez de tutela de manera diligente con el objeto de determinar si tienen la potencialidad suficiente para debilitar la presunción de garantía que el mecanismo judicial ordinario ostenta en abstracto.

En punto a la segunda hipótesis rotulada con el literal b), esta Corporación de forma reiterada¹⁴ ha indicado que el perjuicio irremediable se caracteriza por (i) ser inminente, esto es, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) ser grave, es decir, que el daño o menoscabo material o moral en el bien jurídico tutelado puede ser de

gran intensidad; (iii) ser urgente, en tanto las medidas que se requieran para conjurar el perjuicio sean apremiantes y; (iv) ser impostergable, a fin de garantizar que la acción de tutela sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.

3.3. En armonía con lo expuesto en torno al presupuesto de procedibilidad inmediatamente anterior, la jurisprudencia ha exigido que el demandante acredite condiciones materiales que justifiquen la protección por vía de tutela, esto es, su condición de persona objeto de especial protección constitucional, y que la situación resulta violatoria de derechos fundamentales como la dignidad humana, la salud, el mínimo vital u otras garantías superiores¹⁵.

Que quien invoca el amparo iusfundamental del derecho al mantenimiento del poder adquisitivo de la pensión en su contenido o faceta de actualización de la primera mesada pensional, demuestre la procedencia material de la tutela reclamada, esto es, que efectivamente el salario sobre el cual se liquidó su prestación no fue indexado. En otras palabras, que su primera mesada pensional no fue indexada con el objeto de reparar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, acaecido entre el periodo en que cumplió el requisito de tiempo de servicios y el de edad de jubilación.

4. El derecho fundamental a la actualización de las pensiones en su faceta de indexación de la primera mesada pensional. Reiteración de jurisprudencia

4.1. La Constitución Política de 1991, en su artículo 53, consagra como una obligación del Estado colombiano garantizar “el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales”. De esta norma superior, principalmente, nace el derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de su mesada pensional, derecho que a su vez comprende la faceta de la indexación del salario base para liquidar la primera mesada pensional¹⁶.

Decimos que nace principalmente, por cuanto una lectura sistemática de la Carta en aplicación del principio de unidad de la Constitución¹⁷, reporta distintos enunciados normativos constitucionales que también hacen relación a aquel derecho. Así, por ejemplo, el artículo 48 Superior cuando establece que “[l]a ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante”, radica en cabeza de la rama legislativa la ponderación programática de los medios que hagan viable y sostenible el sistema de pensiones, más aún cuando los reajustes periódicos deben tener en cuenta que

los recursos económicos para satisfacer el pago de las mesadas pensionales a sus beneficiarios son finitos, es decir, limitados. Por eso, surge como un deber del Congreso de la República determinar los montos y los alcances de los reajustes para garantizar el derecho a mantener el poder adquisitivo de las pensiones, logrando el mejor uso de los recursos y su distribución equitativa.

Por su parte, el citado artículo 53 constitucional que contiene el principio de favorabilidad laboral conocido como *in dubio pro operario*¹⁸, que también se encuentra previsto en el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, impone que la normatividad vigente en materia laboral se interprete en el sentido de reconocer un derecho a mantener la capacidad adquisitiva de la pensiones. En el mismo sentido, el artículo 1° de la Constitución que consagra el principio del Estado Social de Derecho, cuyo surgimiento y consolidación estuvo ligado al reconocimiento y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, entre los que ocupa un lugar destacado el derecho a la seguridad social como un derecho fundamental irrenunciable¹⁹, incluye como una aplicación concreta de los deberes de garantía y satisfacción a cargo del Estado colombiano, la actualización periódica de las mesadas pensionales.

Finalmente, dentro de los enunciados normativos constitucionales que hacen referencia al derecho de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de su mesada pensional, se encuentran los artículos 13 y 46 que prescriben la especial protección constitucional a las personas de la tercera edad, y el derecho al mínimo vital. Frente a esos artículos, la jurisprudencia constitucional ha establecido que “la mesada pensional es un mecanismo que garantiza el derecho al mínimo vital de las personas de la tercera edad, porque esta prestación periódica dineraria permite a los pensionados acceder al conjunto de prestaciones constitutivas del [mismo] (...) Por lo tanto la actualización periódica de esta prestación es simultáneamente una garantía del derecho al mínimo vital y una medida concreta a favor de los pensionados o personas de la tercera edad y por lo tanto sujetos de especial protección constitucional”²⁰.

4.2. La misma jurisprudencia constitucional ha determinado que el derecho a mantener el poder adquisitivo de las mesadas pensionales “no se limita a la actualización de las mesadas pensionales una vez han sido reconocidas por la entidad competente, sino que también incluye la actualización del salario base para la liquidación de la primera mesada”²¹, que es

lo que se ha denominado “indexación de la primera mesada pensional”.

Esta última actualización cobra especial relevancia en el caso de aquellas personas que fueron despedidas o se retiraron de sus empleos por haber completado el tiempo de servicio necesario para acceder a la pensión de vejez pero sin haber llegado a la edad requerida para ello, razón por la cual deben esperar a alcanzarla para hacerse acreedoras de la prestación referida, lo cual puede implicar un lapso de varios años. En vista de que la base para la liquidación de la primera mesada pensional está referida a los últimos salarios devengados durante la relación laboral, varios años después, en el momento del cumplimiento de la edad y de la liquidación de la primera mesada, la inflación habrá producido que el valor nominal de los mismos no corresponda al que realmente ostentaban en la época del retiro, razón por la cual resulta necesario actualizarlos con el fin de que el monto de la primera mesada pensional se aproxime realmente al salario que la persona ganó mientras estuvo activa laboralmente.

Para actualizar el salario base de liquidación de la primera mesada pensional se puede utilizar la denominada indexación que es sólo uno, aunque el más recurrido, de los mecanismos de actualización de las obligaciones laborales dinerarias. Esta consiste en “la adecuación automática de las magnitudes monetarias a las variaciones del nivel de precios, con el fin de mantener constante, el valor real de éstos, para lo cual se utilizan diversos parámetros que solos o combinados entre sí, suelen ser: el aumento del costo de la vida, el nivel de aumento de precios mayoristas, los salarios de los trabajadores, los precios de productos alimenticios de primera necesidad, etc”²². Como se dijo con anterioridad, es el legislador quien, en uso de su amplia libertad de configuración legislativa, debe escoger el mecanismo más adecuado para mantener el poder adquisitivo de las mesadas pensionales y del salario base para la liquidación de la primera mesada pensional.

4.3. Precisamente, tomando como fundamento los artículos 48 y 53 superiores, la Sala Plena de esta Corporación a través de la sentencia SU-120 de 2003 (MP Álvaro Tafur Galvis), reconoció implícitamente la existencia del derecho iusfundamental a mantener el poder adquisitivo de las pensiones, el cual resulta ser cimiento para resolver las controversias que envuelven la indexación de la primera mesada pensional de un trabajador.

En esa oportunidad, la providencia de unificación avocó la revisión de tres procesos de tutela

en los que los accionantes acusaban a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de incurrir en vía de hecho por haber negado su pretensión de actualización del salario base de liquidación de la primera mesada pensional por no existir en el ordenamiento jurídico norma alguna que así lo ordenara, asumiendo con esa decisión, en juicio de los actores, un trato desigual e injustificado respecto de otros pensionados a quienes si les había reconocido con anterioridad la mencionada demanda indexatoria.

Para resolver los casos planteados, la Corte Constitucional señaló que si bien en el ordenamiento jurídico preexistente a la Ley 100 de 1993, no existía norma expresa que ordenara la indexación de la base salarial a efectos de liquidar la pensión de jubilación de aquellos trabajadores que se retiraron del servicio sin haber cumplido la edad necesaria para acceder a la prestación, no podía perderse de vista que esa omisión legislativa debía ser evaluada y llenada por el juez conforme a los preceptos que sobre el tema consagra la Constitución Política, concretamente, los artículos 53 y 230 superiores que establecen la necesidad de mantener el equilibrio en las relaciones de trabajo y el valor adquisitivo de las pensiones. De esta forma, concluyó que el Máximo Tribunal Ordinario al variar su jurisprudencia relativa al reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional, incurrió en causal de procedencia de la acción de tutela contra providencias judicial al apartarse de su precedente sobre la materia sin una justificación acorde con el orden constitucional²³.

4.4. Más adelante, la misma Sala Plena de esta Corporación, al estudiar una demanda de inconstitucionalidad que una ciudadana presentó contra la parte final del inciso 1° y el inciso 2° del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo²⁴, en sentencia C-862 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), constató la existencia de una omisión legislativa relativa frente al último inciso en comento, por cuanto mientras los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993 prevén la actualización del salario base de liquidación de la primera mesada pensional para todo tipo de pensiones y de trabajadores “con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación expedida por el DANE”, los trabajadores que regulaba el inciso 2° del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo²⁵, es decir, aquellos que cumplían la edad para acceder a la pensión de jubilación luego de haberse retirado por haber alcanzado el tiempo de servicios necesarios para la misma, no tenían derecho a la actualización del salario base, situación que la Corte estimó violatoria de los derechos a la igualdad y al mínimo vital, ya que éstos último recibían una pensión con base en salarios que

habían perdido el poder adquisitivo por el paso del tiempo²⁶.

Para zanjar esa diferencia, esta Corporación reparó la omisión legislativa relativa de la misma forma que lo hubiera hecho el legislador si hubiera tenido en cuenta a los pensionados del inciso 2° en comento, previendo la indexación del salario base de liquidación de la primera mesada pensional de conformidad con la variación del índice de precios del consumidor IPC certificado por el DANE²⁷.

Quiero ello decir que desde esa sentencia (C-862 de 2006) quedó establecido que el derecho a la actualización de la mesada pensional es un derecho de todos los pensionados, pues “(...) no puede ser reconocido exclusivamente a determinadas categorías de pensionados, porque un trato diferenciado de esta naturaleza carecería de justificación constitucional, y se torna por tanto en un trato discriminatorio. En efecto, desde la perspectiva constitucional resulta insostenible la tesis que la actualización de las pensiones es un derecho constitucional del cual sólo son titulares aquellos pensionados que el Legislador determine, precisamente porque tal postura acarrearía la vulneración de los restantes principios a los que se ha hecho mención y de los derechos fundamentales de aquellas personas excluidas del goce de la actualización periódica de sus pensiones. 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 un 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”. (Negrillas fuera del texto original).

4.5. Bajo esa óptica universal, la Corte ha indicado que el derecho a la actualización de la primera mesada pensional también es exigible por quienes adquirieron el estatus de pensionados como consecuencia de la aplicación de una convención colectiva de trabajo²⁸. Por ejemplo, en la sentencia T-696 de 2007 (MP Rodrigo Escobar Gil), al estudiar el caso de un extrabajador de la Caja Agraria que solicitaba la indexación de la primera mesada pensional que le fue reconocida con ocasión de una convención colectiva de trabajo, esta Corporación concluyó que “[d]e conformidad con este carácter universal que la jurisprudencia ha reconocido al derecho a la indexación de la primera mesada pensional, es dado afirmar que éste se predica no sólo de las pensiones de origen legal, sino también de aquellas de origen convencional como quiera que el problema de la pérdida de poder

adquisitivo, consecuencia del fenómeno inflacionario, no les es ajeno, de suerte que una conclusión diferente impondría una carga desproporcionada a estos pensionados en el sentido de soportar la pérdida de poder adquisitivo de su mesada pensional bajo el prurito de los beneficios extralegales de que fueron acreedores por la suscripción de la convención colectiva que rige su derecho pensional. Así, la Corte ha señalado que, no por contener normas más favorables, puede la convención colectiva desplazar los derechos mínimos de raigambre legal y constitucional reconocidos a favor de los pensionados.”

Igualmente, en la sentencia T-457 de 2009 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), al estudiar el caso de un ciudadano de 77 años de edad con graves quebrantos de salud, a quien Ecopetrol se negaba a indexarle su primera mesada pensional aduciendo que esa figura no aplicaba para las pensiones extralegales y que la pensión vitalicia de jubilación le fue reconocida en 1981 con base al 75% del promedio de los salarios y primas de toda especie devengados en el último año de labores, es decir, en el año 1976, esta Corporación concedió el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social, a la igualdad, al debido proceso y al mínimo vital señalando que “(...) el derecho a la indexación de la primera mesada pensional se hace extensivo a los pensionados que adquirieron esa calidad con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y por supuesto de la Constitución de 1991, pues el fenómeno de pérdida del poder adquisitivo de la moneda afecta por igual a todos los pensionados”. Significa lo anterior que, independientemente de que el derecho pensional se haya adquirido extralegalmente y antes del 7 de julio de 1991, día en que entró en vigencia la actual Constitución Política de Colombia, todos los pensionados, aun los que disfruten de pensiones convencionales, tienen derecho a que se les actualice el salario base de liquidación de su primera mesada pensional con el fin de zanjar los problemas inflacionarios y evitar la pérdida de poder adquisitivo de sus pensiones²⁹.

En idéntico sentido, la Corte en sentencia T-384 de 2011 (MP Nilson Pinilla Pinilla), al ocuparse de la revisión de una tutela presentada por un ciudadano de 73 años de edad a quien se le había reconocido la pensión sanción y después de algunos años su pago se le había suspendido sin indexársele su mesada, adujo que 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.

4.6. Entonces, atendiendo a las anteriores premisas y a título de conclusión, esta Corporación al abordar el estudio de casos concretos en los que se reclamaba por vía de tutela el reconocimiento del derecho a mantener el poder adquisitivo de las pensiones, además de reiterar la jurisprudencia constitucional abstracta, avanzó en la concreción y precisión del alcance y contenido del aludido derecho. Así, conforme se dijo en la sentencia T-266 de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), “(i) entendió que el derecho constitucional a la actualización de las pensiones incluye la garantía a la indexación de la primera mesada pensional,³⁰ el cual es de naturaleza iusfundamental³¹; (ii) advirtió que esta garantía es predicable de todos los pensionados con independencia del origen legal o convencional de la prestación³², incluso de aquellos que adquirieron su estatus de pensionado con anterioridad a la Ley 100 de 1993 o en vigencia de la Constitución de 1886³³; (iii) amparó el derecho a la actualización de las pensiones de forma autónoma y sin relación de conexidad con algún otro derecho fundamental³⁴; (iv) indicó que el derecho a la actualización de la primera mesada pensional no se encuentra condicionado a término alguno de prescripción³⁵; y, (v) finalmente, en cuanto al criterio de inmediatez como presupuesto de procedibilidad de la acción de tutela, puntualizó que debe tenerse en cuenta que la posible vulneración del derecho a obtener la indexación de la primera mesada pensional persiste mientras no se haya hecho efectivo el mencionado reconocimiento, por lo que el aludido requisito se considera cumplido en los eventos en que la actualización aún no ha sido efectuada por la entidad o el ex empleador llamado a hacerlo”.

5. Los casos concretos

5.1. Expediente T-3008975

5.1.1. El accionante, de 73 años de edad, solicita protección transitoria de sus derechos al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas, por cuanto a pesar de existir un proceso ordinario laboral en contra de la sociedad Álcalis de Colombia Ltda. en Liquidación, del cual conoce el Juzgado 1° Laboral del Circuito de Cartagena desde el año 2009, hasta la fecha de presentación de la tutela no existe pronunciamiento de fondo respecto a la pretensión de indexación de la primera mesada pensional, situación que le está causando un perjuicio irremediable al no contar con los recursos suficientes para prodigarse una digna subsistencia.

Pone de presente que la demandada Álcalis de Colombia Ltda. en Liquidación, terminó su existencia jurídica el 22 de enero de 2010, por lo que, de acuerdo con el Decreto 2601 de 2009, el reconocimiento de las obligaciones pensionales compete al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y el pago de las mismas corresponde al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Agrega que Álcalis de Colombia Ltda. en Liquidación no alcanzó a ser notificada del auto admisorio de la demanda ordinaria laboral, razón que ha dificultado el obtener avances en ese proceso judicial.

5.1.2. Conforme se explicó a lo largo de la consideración 3, la acción de tutela procede en forma excepcional contra la entidad de previsión social o el empleador encargado directamente de pagar la pensión, para obtener la indexación de la primera mesada por tratarse de un derecho incluido dentro de la garantía constitucional a mantener el poder adquisitivo de las pensiones.

Para tal fin, es necesario determinar si la demanda de amparo cumple con los presupuestos formales y materiales de procedencia de la acción de tutela en escenarios en los que se discute la salvaguarda de derechos de carácter prestacional. Estos se resumen así: Que el actor haya (i) demostrado el estatus de pensionado; (ii) acreditado condiciones materiales que justifiquen la protección por vía de tutela, es decir, su condición de persona de especial protección constitucional, y que la situación resulta violatoria de derechos fundamentales como la dignidad humana, la salud, el mínimo vital u otras garantías superiores; (iii) observado una conducta diligente en sede administrativa; (iv) agotado las vías judiciales ordinarias para garantizar su pretensión, o que aún sin haberlo hecho, esté en tiempo de acudir a ellas, y demuestre, que atendiendo a las condiciones particulares que reviste su caso, los mecanismos ordinarios de defensa judicial a su alcance no resultan idóneos y eficaces para satisfacer sus garantías constitucionales, o que siendo idóneos y eficaces, se está en inminente riesgo de sufrir un perjuicio iusfundamental irremediable. Igualmente, es necesario que el accionante (v) demuestre la procedencia material de la tutela reclamada, esto es, que efectivamente su primera mesada pensional no fue indexada con el objeto de reparar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, acaecido entre el periodo en que cumplió el requisito de tiempo de servicios y el de edad de jubilación.

Pasa la Sala de Revisión a establecer si el caso del señor José Ramón Taborda Silva cumple con ellos. Veamos:

(i) Está acreditado que el accionante tiene el estatus de pensionado: A folio 8 a 14 del cuaderno principal, obra copia simple de la resolución No. 0144 del 12 de junio de 2007, expedida por la Liquidadora de la empresa Álcalis de Colombia Ltda en Liquidación, a través de la cual le reconoce a José Ramón Taborda Silva una pensión de jubilación de origen legal compartida en cuantía mensual de \$293.124,00 desde el 3 de noviembre de 1993 y hasta el 3 de noviembre de 1998, fecha en la cual el Instituto de Seguros Sociales -ISS- le reconoció la pensión de vejez. A partir de esa última fecha, la empresa en liquidación únicamente reconoce el mayor valor entre la pensión legal y la pensión de vejez otorgada por el ISS.

(ii) La Sala constató que el accionante tiene comprometido su mínimo vital y es sujeto de especial protección constitucional en razón de su avanzada edad: De acuerdo con la copia auténtica del registro civil de nacimiento visto a folio 22 del cuaderno principal, el señor José Ramón Taborda Silva nació el 3 de noviembre de 1938, por lo que actualmente tiene 73 años de edad, aspecto que de conformidad con el artículo 7° de la Ley 1276 de 2009, lo ubica dentro del grupo poblacional de la tercera edad y lo hace acreedor de una especial protección constitucional³⁶.

Así mismo, el actor acreditó que su mínimo vital se encuentra comprometido porque el único ingreso económico con que cuenta es la modesta pensión que recibe³⁷, la cual se torna insuficiente para atender sus gastos de subsistencia y los de su esposa, quien depende financieramente del actor ya que no recibe mesada pensional alguna y por su avanzada edad, no se encuentra laborando. Precisamente, demostró mediante varios recibos de servicios públicos domiciliarios y lo refuerza con su dicho rendido bajo la gravedad de juramento, que sus gastos mensuales ascienden a la suma de \$1'000.000,00, siendo escasos los recursos que obtiene de su mesada pensional ya que no le alcanzan para prodigarse una digna subsistencia.

(iii) Está acreditado que el actor buscó diligentemente en sede administrativa la salvaguarda iusfundamental que ahora invoca en sede constitucional: A folio 7 del cuaderno principal se observa escrito radicado el 28 de octubre de 2008 ante la empresa Álcalis de Colombia Ltda. en Liquidación, en el cual el señor José Ramón Taborda Silva solicita el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional “teniendo en cuenta las razones o principios jurídicos universales de equidad y justicia y los artículo 14, 36 y 117 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con los artículos 46, 48, 53, 58 y 93 de la Constitución Política de Colombia,

(...)”. Sin embargo, la liquidadora de dicha empresa negó la solicitud de indexación reclamada por el accionante.

(iv) Atendiendo las condiciones del caso concreto, la Sala estima que si bien el mecanismo de defensa judicial ordinario con que cuenta el actor, es idóneo y eficaz, el amparo procede de forma transitoria en procura de evitar un perjuicio iusfundamental irremediable, por cuanto en el actor concurre una amenaza a su mínimo vital y la calidad de sujeto de especial protección constitucional.

Sobre el tema, tanto el representante judicial del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, como el Director General del Fondo del Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, en sus intervenciones expusieron como argumento de defensa, que la tutela se torna improcedente porque se encuentra en curso el proceso ordinario laboral que el actor interpuso contra Álcalis de Colombia Ltda. en Liquidación y otros, del cual conoce el Juzgado 1° Laboral del Circuito de Cartagena (auto admisorio de 6 de marzo de 2009) y en el cual se persigue el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional. Indicaron que dicho trámite se encuentra en etapa probatoria, lo cual no es del todo cierto si se tiene en cuenta que el Juzgado 1° Laboral del Circuito de Cartagena, por solicitud de esta Corporación, certificó que el proceso se encuentra con audiencia programada de conciliación, excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio.

Por su parte, la misma circunstancia fue puesta de presente por el accionante en el escrito tutelar, señalando que ya había hecho uso del mecanismo ordinario de defensa judicial, lo que sitúa el debate jurídico en si la presente acción de tutela procede como mecanismo transitorio a efectos de evitar un perjuicio iusfundamental irremediable, hasta tanto la jurisdicción ordinaria laboral decide mediante sentencia ejecutoriada la litis allí propuesta. En ese sentido, corresponde a la Sala determinar si, atendiendo a la edad del demandante y a su situación socioeconómica, se está ante la inminencia de un perjuicio irremediable a sus bienes fundamentales, en particular a la garantía del mínimo vital.

Con el objeto de solucionar dicho debate, la Sala observa que el accionante señaló en el escrito de tutela que en la actualidad el único ingreso económico que percibe es la pensión de vejez que le fue reconocida por el Instituto de Seguros Sociales, la cual asciende mensualmente a la suma neta de \$705.512,00, dinero con el que cubre precariamente sus

necesidades básicas y las de su esposa que no trabaja ni recibe pensión alguna. Igualmente, afirmó que los gastos mensuales ascienden aproximadamente a \$1.000.000, y en procura de demostrar tal valor allegó las facturas de los servicios públicos domiciliarios de luz, agua, teléfono y gas, las cuales sumadas arrojan un total de \$662.000,00. A éste último valor debe agregársele que demostró el pago de impuesto predial correspondiente a la vivienda conyugal donde reside, la cual se encuentra ubicada en el estrato socioeconómico 3 (asignación medio-bajo) de la ciudad de Cartagena. Así mismo, dentro de la relación de gastos debe tenerse presente un monto destinado para la manutención y para la compra de medicamentos del actor y su esposa. Finalmente, acreditó que debido a las múltiples deudas que lo aquejan, ha sufrido cuadros de estrés y de depresión grave que han desmejorado su condición de salud.

De esta forma, el accionante probó a la Sala que se halla en una situación económica precaria que amenaza la garantía de su mínimo vital. Lo anterior en la medida que las afirmaciones del actor conducen al convencimiento sobre las dificultades de subsistencia que enfrenta, se realizaron bajo la gravedad de juramento, y encuentran pleno respaldo en los documentos allegados al expediente. Adicionalmente, se debe resaltar que las entidades accionadas, pese a tener la carga de la prueba en lo que a sus intereses atañe, no controvirtieron los alegatos que sobre sus condiciones económicas y de salud realizó el accionante en el escrito tutelar, ni allegaron al proceso documentos u otros elementos de juicio que permitan desvirtuar las conclusiones a las que arribó la Corte, en torno a las circunstancias de existencia del demandante.

Bajo esa óptica, en criterio de la Sala, la amenaza verificada al mínimo vital del actor, su avanzada edad (73 años) y los padecimientos de depresión y estrés que lo aquejan debido a las múltiples deudas que dice ha adquirido para tratar de solventar los gastos mensuales de su núcleo familiar ante la insuficiencia de ingresos económicos, hacen procedente el amparo como mecanismo de defensa transitorio en procura de evitar la causación de un perjuicio irremediable. Nótese que en el presente caso dicho perjuicio cumple con las características de ser inminente, grave, urgente e impostergable, lo que habilita al juez constitucional para impartir decisiones de protección temporales, pues la espera de resolución definitiva del litigio en la jurisdicción ordinaria laboral representa una carga desproporcionada para una persona en las condiciones de existencia señaladas.

(v) El actor demostró la procedencia material de la tutela reclamada, esto es, que efectivamente su primera mesada pensional no fue indexada con el objeto de reparar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, acaecido entre el periodo en que cumplió el requisito de tiempo de servicios y el de edad de jubilación:

Para estudiar esta subregla atinente a la procedencia material del amparo constitucional, la Sala primero establecerá si al actor le asiste el derecho a la actualización de la mesada pensional, para lo cual expondrá el contenido de la resolución que reconoció la pensión de jubilación legal compartida y analizara si la base de liquidación de la mesada ha sido objeto de actualización. De comprobarse que la empresa Álcalis de Colombia Ltda. en Liquidación no ha indexado la primera mesada pensional del señor José Ramón Taborda Silva, dará las órdenes pertinentes para garantizar de forma transitoria el derecho al mínimo vital que le asiste al actor.

Siguiendo el anterior esquema plantado, comenzaremos por analizar si el accionante tiene o no derecho a la actualización de la primera mesada pensional, de acuerdo con el contenido de la resolución No. 0144 del 12 de junio de 2007, a través de la cual la Liquidadora de la empresa Álcalis de Colombia Ltda en Liquidación, le reconoció a José Ramón Taborda Silva la pensión de jubilación de origen legal compartida, por valor de \$293.124,00 a partir del 3 de noviembre de 1993 y hasta el 3 de noviembre de 1998, fecha en la cual el Instituto de Seguros Sociales le reconoció la pensión de vejez. Para ese efecto, se tuvo en cuenta las disposiciones de la Ley 33 de 1985.

En la resolución se consigna que el actor laboró para Álcalis de Colombia Ltda. en Liquidación, desde el 21 de enero de 1976 hasta el 28 de febrero de 1993, lo que arroja un total de 6117 días laborados que equivalen a 16 años, 11 meses y 27 días. Así mismo, laboró para el Fondo de Previsión Social del Departamento de Bolívar en Liquidación, desde el 26 de octubre de 1963 hasta el 15 de enero de 1968, es decir, 4 años, 2 meses y 20 días que corresponden a 1520 días trabajados. La sumatoria de tiempos de servicios laborados por el actor en diferentes entidades del Estado acumula un total de 21 años, 2 meses y 17 días, que corresponden a 1520 días. Además, se indicó que el actor cumplió con el presupuesto de edad el 3 de noviembre de 1993, fecha en la cual celebró sus 55 años de vida. Por consiguiente, se encontraron satisfechos los requisitos que establece la ley 33 de 1985 y se procedió a reconocer la pensión de jubilación a favor del actor.

Para liquidar el monto de la mesada pensional, Álcalis de Colombia Ltda. en Liquidación tuvo en cuenta el salario promedio mensual, incluida la 1/12 de la prima de antigüedad, devengado por el actor en el último año de servicio comprendido entre el 1° de marzo de 1992 y el 28 de febrero de 1993, esto es, la suma de \$390.831,00. Toda vez que la primera mesada pensional equivale al 75% del mencionado salario promedio, la misma se tasó en la suma \$293.124,00, de la cual \$58.341,00 se dijo que le correspondía pagar al Fondo de Previsión Social del Departamento de Bolívar y \$234.783,00 a la empresa Álcalis de Colombia Ltda en Liquidación. De esta forma, la pensión de jubilación se le reconoció al actor de forma concurrente entre entidades de derecho público “desde el día 3 de noviembre de 1993, fecha en que adquirió el derecho por cumplir 55 años de edad y 20 años de servicios, hasta el 3 de noviembre de 1998, fecha en que cumplió 60 años y el Instituto de Seguros Sociales le reconoció la pensión de vejez, fecha a partir de la cual será a cargo de la empresa únicamente el mayor valor generado entre la pensión de jubilación que se reconoce y la pensión de vejez”. A partir del 3 de noviembre de 1998, sólo reconoció el mayor valor causado entre la pensión de origen legal y la pensión de vejez obtenida del Instituto de Seguros Sociales.

Ahora bien, para determinar si la entidad demandada al momento de liquidar la primera mesada pensional del actor tuvo en cuenta la pérdida del valor adquisitivo de la moneda entre la fecha en que el accionante devengó su último salario promedio (1° de marzo de 1992 y el 28 de febrero de 1993) y la fecha a partir de la cual se le reconoció el derecho a una pensión de jubilación (3 de noviembre de 1993), es decir, si la primera mesada pensional del actor fue objeto de indexación, la Sala utilizara como parámetro puramente indicativo, la información estadística del Índice de Precios al Consumidor -IPC- certificado por el DANE38.

Si bien por regla general la determinación de la pérdida del poder adquisitivo de una pensión se establece comparando el número de salarios mínimos legales mensuales vigentes que para la época conformaban el salario promedio que el actor devengó en su último año de servicio, con el número de salarios mínimos legales mensuales que conforman la base salarial sobre la cual se le tasó la mesada reconocida al actor en su fecha de causación, no lo es menos que en el presente caso dicha comparación no se puede utilizar por las razones que a continuación se expondrán: (i) el accionante José Ramón Taborda Silva se retiró del servicio laboral el 28 de febrero de 1993 y el reconocimiento de la pensión de jubilación legal

se realizó a partir del 3 de noviembre de 1993, es decir, en el mismo año que dejó de trabajar; (ii) la regla general antedicha opera cuando lo que se pretende comparar es una pérdida del poder adquisitivo de carácter anual, es decir, cuando han pasado varios años entre la fecha de retiro laboral del actor y la del reconocimiento efectivo de la pensión; y, (iii) porque si se aplicara dicha regla general, no habría variación que corresponda a la pérdida efectiva del poder adquisitivo de la moneda, ya que el salario mínimo legal mensual para el año 1993, es el mismo en el mes de febrero que en el mes de noviembre, ya que su establecimiento es producto de negociaciones entre las centrales obreras, los industriales y el gobierno, o simplemente por decisión unilateral de éste último.

En este punto, la Sala estima importante señalar que en el año 1993 se presentó un fenómeno económico y social que desaceleró de forma temporal la economía y encareció el acceso a los bienes y servicios por parte de los ciudadanos, arrojando como resultado que las variaciones porcentuales del Índice de Precios al Consumidor de ese año terminaran totalizadas en un 22,60% (correspondiente a los 12 meses del año), es decir, se reportó una inflación elevada que marcó la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. Precisamente, dicha inflación total conlleva a que esta Sala de Revisión establezca si entre el mes de febrero de 1993 y el mes de noviembre del mismo año, se presentó una pérdida de poder adquisitivo de la moneda que justifique la indexación de la primera mesada pensional que recibió el actor; en otras palabras, debe analizar si se presentó un impacto determinante en la variación porcentual del IPC de los meses antedichos, al punto de convertirse en un detrimento para los intereses económicos del actor.

Para tal fin, aduciendo a la información estadística del DANE, la Sala observa que la sumatoria del IPC reportado mes a mes desde febrero hasta el 31 de octubre de 1993, corresponde al 14.86%³⁹, lo que significa que durante ese corto periodo el panorama inflacionario presentó una variación importante que condujo a que la moneda colombiana perdiera su poder adquisitivo⁴⁰, hallándose entonces eco a la justificación de la indexación que reclama el actor por esta vía constitucional. Y es que para ese año no era lo mismo el salario promedio devengado por el actor hasta febrero de 1993, que ese mismo salario representado en el mes de noviembre de 1993, pues como se indicó, la inflación causó que el acceso a los bienes y servicios se encareciera haciendo notorio el detrimento económico que sufrió la prestación reconocida al actor.

De esta forma, la Sala evidencia entonces que el salario promedio, base de liquidación de la pensión de jubilación reconocida por Álcalis de Colombia Ltda. al señor José Ramón Taborda Silva, no fue actualizado entre el momento en que efectivamente se retiró de la vida laboral y el instante a partir del cual reconoció el derecho por cumplimiento del requisito de edad, es decir, el 3 de noviembre de 1993.

5.1.3. Con ese panorama, la Sala concluye que el accionante José Ramón Taborda Silva le asiste el derecho a que el salario base de liquidación de su primera mesada pensional de jubilación, sea actualizado transitoriamente por el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y pagado por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, conforme lo establecen los Decretos 805 de 2000 y 2601 de 2009, ante la liquidación de la empresa Álcalis de Colombia Ltda., hasta tanto la justicia ordinaria laboral defina la contienda suscitada entre las partes.

Por tratarse de un amparo transitorio con el fin de evitar un perjuicio irremediable al actor, en esta oportunidad la Sala se abstendrá de reconocer el retroactivo correspondiente a las mesadas pensionales dejadas de indexar, en la medida que dadas las particulares condiciones de este caso, corresponde al juez ordinario laboral resolver en forma definitiva el asunto en el marco de su competencia y con arreglo a la jurisprudencia trazada por esta Corporación. Así mismo, si a ello hubiere lugar, los temas relacionados con la compartibilidad pensional entre los accionados y el Instituto de Seguros Sociales y el monto final de la pensión, son objeto de pronunciamiento del juez laboral, relevando al juez constitucional de su estudio.

5.1.4. Entonces, ante la existencia simultánea de la acción de tutela y del proceso ordinario laboral que pretenden la protección del derecho fundamental a la seguridad social mediante la indexación de la primera mesada pensional del actor, la Sala revocará la decisión de tutela y otorgará el amparo iusfundamental de forma transitoria hasta tanto el juez natural resuelva la litis de manera definitiva. En consecuencia, ordenará al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, que procedan a reconocer y pagar a José Ramón Taborda Silva, según sus competencias, la pensión de jubilación debidamente indexada, hasta tanto el juez de la causa resuelva el proceso ordinario laboral. Para tal fin, debe aplicar la fórmula establecida en la sentencia T-098 de 2005 (MP Jaime Araujo Rentería).

5.2. Expediente T-3009481:

5.2.1. El accionante, de 61 años de edad, solicita protección definitiva de sus derechos al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas, por cuanto a pesar de haber elevado diferentes derechos de petición a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá en los años 2007, 2008 y 2010, pidiendo la indexación de la primera mesada pensional, la misma se le ha negado de forma sistemática bajo el argumento de que las sentencias C-862 y C-891A de 2006 de la Corte Constitucional, solo aplican para pensiones legales reconocidas con base en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo y en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, pero no para las pensiones sanción establecidas en una Convención Colectiva de Trabajo.

El actor agotó el proceso ordinario laboral contra la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá en procura de obtener la indexación de su primera mesada pensional, el cual culminó con decisión absolutoria en ambas instancias porque los jueces de la causa estimaron que la figura de la indexación no opera para las pensiones sanción que tienen naturaleza convencional. En criterio del actor, ese argumento desconoce el hecho nuevo que generó la sentencia C-862 de 2006, máxime cuando en el mes de noviembre de 2006 puso en conocimiento de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, el comunicado de prensa de la sentencia de control abstracto de constitucionalidad.

Finalmente, el actor señala que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá vulnera su derecho a la igualdad, porque al señor Marcos Fidel López Moreno se le reconoció el derecho a la indexación de la primera mesada pensional mediante resolución No. 0250 del 17 de marzo de 2010, a pesar de tratarse de una pensión sanción de naturaleza convencional.

5.2.2. Con ese panorama, procede la Sala de Revisión a verificar si el actor cumple con los presupuestos formales y materiales de procedencia de la acción de tutela en el escenario que se discute la protección del derecho a la indexación de la primera mesada pensional (consideración 3 supra). Veamos:

(i) Está acreditado que el actor tiene el estatus de pensionado: En el expediente, a folios 1 a 7 del cuaderno principal, obra copia simple de la resolución No. 0582 del 20 de noviembre de

1995, por medio de la cual la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá reconoció a Augusto Díaz Hermida la pensión sanción desde el 25 de agosto de 1995, por valor de \$413.271,00.

(ii) El actor acreditó condiciones materiales que justifican el amparo constitucional: El accionante nació el 25 de agosto de 1950, por ende, en la actualidad tiene 61 años de edad cumplidos y se encuentra dentro del grupo de personas consideradas de la tercera edad (artículo 7° de la Ley 1276 de 2009). Además, sufre de enfermedad pulmonar obstructiva crónica (EPOC) y tiene bajo su cargo los gastos básicos propios y de su núcleo familiar, integrado por la esposa que no trabaja y sus dos hijos en edad estudiantil superior. El único ingreso económico fijo que posee el actor, es la mesada pensión “exigua” que recibe como extrabajador de la Empresa de Acueducto de Bogotá, situación que compromete la garantía del derecho al mínimo vital ante lo insuficiente que resulta para cubrir sus necesidades básicas.

(iii) Está acreditado que el actor buscó de forma diligente en sede administrativa la protección fundamental que ahora alega mediante la tutela: La Sala de Revisión observa que el accionante radicó 5 derechos de petición ante la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, de fechas 1° de noviembre de 2007, 28 de octubre de 2008, 1° de diciembre de 2008, 3 de agosto de 2010 y 15 de septiembre de 2010, solicitando la indexación de la primera mesada pensional. Como respuestas obtuvo la negativa de su petición, en síntesis, porque (i) en las pensiones sanción que son de naturaleza convencional, no es viable aplicar la figura de la indexación de la primera mesada pensional porque ésta se encuentra restringida para las pensiones legales; y, (ii) porque el Juzgado 12 Laboral de Descongestión del Circuito de Bogotá, en sentencia del 31 de octubre de 2006, confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá el 31 de mayo de 2007, decidió absolver a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá de la pretensión indexatoria.

En ninguna de las respuestas la entidad señaló la existencia de instancias administrativas adicionales que debiera el actor agotar, por lo cual se entiende satisfecho este requisito.

(iv) Atendiendo las especiales condiciones del caso, la Sala estima que el mecanismo de defensa judicial ordinario con que cuenta el accionante no es idóneo y eficaz, y por lo tanto hace procedente el estudio de fondo como mecanismo definitivo, en cuanto en el

demandante concurre un problema de salud, una amenaza a su mínimo vital y la calidad de sujeto de especial protección constitucional.

Sobre este punto, la Sala estima importante señalar que en el año 2006 el accionante inició un proceso ordinario laboral en contra de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, el cual correspondió decidir al Juzgado 12 Laboral de Descongestión del Circuito de Bogotá, quien dictó sentencia el 31 de octubre de 2006, negando la pretensión de la indexación de la primera mesada pensional porque no procede para las mesadas sanción de naturaleza convencional, ya que admitir lo contrario desconocería lo ofrecido por el empleador y se cambiarían las reglas para liquidar las pensiones extralegales. Esa decisión fue apelada y confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, el 31 de mayo de 2007, arguyendo que el reajuste pensional por devaluación de la moneda no opera para la pensión sanción que devenga el actor, dada la naturaleza convencional de la misma.

Frente al tema, dos puntos se deben resaltar: primero, en el escrito de tutela el accionante aclara que no se trata de controvertir las decisiones judiciales adoptadas en el pasado, sino plantear una pretensión nueva a la luz de lo expuesto en la sentencia C-862 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) y amparada en el criterio de que, si bien las mesadas pensionales causadas están sujetas a un término de prescripción, no ocurre lo mismo con el derecho a reclamar la actuación de la pensión. Y, segundo, para las fechas en que se dictaron las sentencias en el proceso ordinario laboral (31 de octubre de 2006 y 31 de mayo de 2007), si bien ya había sido expedida la sentencia C-862 de 2006 (19 de octubre de 2006 y texto disponible en relatoría el 24 de noviembre del mismo año), no lo es menos que esta Corporación en algunos casos ha reconocido que ante la cercanía de meses entre la fecha de la sentencia de constitucionalidad y la fecha de la decisión ordinaria laboral, se debe otorgar un margen temporal de conocimiento y difusión del fallo constitucional para que el mismo sea aplicado a cabalidad por los jueces naturales. En nuestro caso, la sentencia de primera instancia ordinaria laboral se dictó a escasos 11 días de proferida la sentencia C-862 de 2006, cuyo texto final para la época aún no se conocía, y el fallo de segunda instancia laboral se dictó pocos meses después de la sentencia de constitucionalidad. Por consiguiente, la Sala concluye que ante la falta de difusión y conocimiento por parte de los jueces de la causa, de la sentencia C-862 de 2006 que había sido expedida recientemente, la misma constituye un hecho nuevo a favor del actor que le habilita la vía ordinaria laboral para reclamar allí la indexación de la primera mesada pensional, sin que sea un obstáculo la existencia de la cosa

juzgada ordinaria.

Ahora bien, pasa la Corte a establecer si el referido mecanismo de defensa judicial resulta idóneo y eficaz. Para tal fin, evaluando las condiciones personales y familiares del actor, es posible inferir que cuenta con una pensión mensual precaria que escasamente le alcanza para cubrir sus necesidades básicas, pero que ante la difícil situación económica que atraviesa y que compromete su mínimo vital, la enfermedad diagnosticada que padece de EPOC y su edad que lo aísla del mercado laboral, resulta desproporcional y excesivo someterlo a un largo proceso ordinario ante la jurisdicción laboral. Entonces, la sumatoria de los aspectos antedichos flexibiliza ostensiblemente la rigurosidad del análisis formal de procedibilidad, al punto de tornar viable el estudio de fondo del amparo constitucional como mecanismo de defensa judicial definitivo.

(v) El actor demostró la procedencia formal de la tutela reclamada, esto es, que efectivamente su primera mesada pensional no fue indexada con el objeto de reparar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, acaecido entre el periodo en que fue desvinculado sin justa causa por el empleador y la fecha en que cumplió los requisitos para acceder a la pensión sanción:

Para analizar esta subregla, la Sala primero determinará si al accionante le asiste el derecho a la indexación de la primera mesada pensional, para lo cual, en un primer momento estudiará si esa figura se aplica a las pensiones convencionales, en un segundo momento expondrá el contenido de la resolución que reconoció la pensión sanción al actor y finalizará analizando si la base de liquidación de la mesada ha sido objeto de actualización.

Siguiendo el anterior esquema planteado, comenzaremos por analizar si la figura de la indexación de la primera mesada pensional se puede aplicar a las pensiones que derivan su naturaleza de un acuerdo convencional establecido entre el empleador y sus trabajadores. Trayendo a colación lo dicho por los jurisprudencia constitucional y estudiado en la consideración 4.4, el derecho a la indexación de la primera mesada pensional está reservado a una categoría determinada de sujetos -los pensionados- dentro de la cual su titularidad ha de ser universal, es decir, aplicable a todos los pensionados en procura de garantizar el derecho a la igualdad, pues la misma pérdida de poder adquisitivo de la moneda, a consecuencia de la inflación, la sufren las pensiones legales y las derivadas de convenciones

colectivas de trabajo. Entonces, dicha indexación si es posible aplicarla en el caso de pensiones cuya naturaleza es convencional, lo que desvirtúa el argumento que al respecto expusieron los jueces de tutela y la entidad accionada.

Establecido lo anterior, la Sala se ocupa de analizar el contenido de la resolución No. 0582 del 20 de noviembre de 1995, por medio de la cual la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá reconoció a Augusto Díaz Hermida la pensión sanción desde el 25 de agosto de 1995, por valor de \$413.271,00.

En la parte considerativa de la resolución se expone que el actor laboró en esa entidad desde el 16 de febrero de 1989 hasta el 2 de noviembre de 1990, fecha en la cual su contrato de trabajo a término indefinido como trabajador oficial, finalizó de forma unilateral y sin justa causa por parte del empleador, lo que le permitió ser beneficiario de la pensión sanción que consagraba el artículo 70 de la Convención Colectiva de Trabajo del año 1995, el cual exige más de 15 años de servicio laborado y 45 años de edad cumplidos, para acceder a la pensión que corresponde al 75% del promedio mensual de todo lo devengado por el trabajador en el último año de servicio. En efecto, el actor trabajó 15 años, 6 meses y 17 días⁴¹, y cumplió los 45 años el 25 de agosto de 1995, fecha a partir de la cual se le reconoció la prestación.

Para liquidar el monto de la mesada pensional, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá totalizó todos los ingresos que el actor devengó en su último año de servicio (6 de noviembre de 1989 al 5 de noviembre de 1990), lo que arrojó la suma de \$6'612.337,85, que fue dividida en 12 meses para sacar un promedio mensual (\$551.028,00) y del resultado obtenido asignó el 75% a título de monto pensional, es decir la suma de \$413.271,00.

Ahora bien, para determinar si la entidad accionada al momento de liquidar la primera mesada pensional del actor tuvo en cuenta la pérdida del valor adquisitivo de la moneda entre la fecha en que el accionante devengó su último salario mensual promedio (6 de noviembre de 1989 al 5 de noviembre de 1990) y la fecha a partir de la cual reconoció el derecho a la pensión sanción (25 de agosto de 1995), es decir, si la primera mesada pensional del actor fue objeto de indexación, la Sala acudirá a la regla general de comparar el número de salarios mínimos legales mensuales vigentes que para la época conformaban el salario promedio mensual que el actor devengaba, con el número de salarios mínimos que conforman la base salarial sobre la cual se tasó la mesada reconocida al actor en la fecha

que cumplió todos los requisitos para acceder a la pensión sanción. Veamos: el salario promedio del actor en su último año de servicio correspondía a cerca de 13.5 SMLMV (\$551.028,00 dividido en \$41.025,00 -smlmv del año 1990-), mientras que la base salarial sobre la cual se tasó la mesada reconocida en 1995 equivalía a 4.63 SMLMV (\$551.028,00 dividido en \$118.933,50 que corresponde al smlmv del año 1995).

La Sala evidencia entonces que el salario promedio base de liquidación de la pensión sanción reconocida por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá al señor Augusto Díaz Hermida, no fue actualizado entre el momento en que efectivamente se devengó (1989 y 1990) y el instante a partir del cual reconoció el derecho por cumplimiento del requisito de edad el 25 de agosto de 1995. Y es que, resulta evidente el detrimento económico que sufrió la prestación convencional, pues el salario promedio sobre el cual debía aplicarse la tasa de retorno del 75%, pasó de equivaler 13.5 smlmv en el año 1990, a corresponder a 4.63 smlmv en 1995.

5.2.3. Bajo ese marco, la Sala concluye que al señor Augusto Díaz Hermida le asiste el derecho a la indexación de su primera mesada pensional por parte de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, en tanto el detrimento patrimonial que sufrió su mesada por efecto del fenómeno inflacionario aún no ha sido reparado por parte de la entidad demandada, teniendo esta última la carga de hacerlo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, y lo señalado por esta Corporación en la sentencia C-862 de 2006 y la jurisprudencia reiterada sobre la materia.

Este punto precisamente es el que permite desvirtuar la alegada falta de inmediatez que indicaron los jueces constitucionales de instancia, en la medida en que la vulneración del derecho a obtener la indexación de la primera mesada pensional persiste mientras no se haya hecho efectivo su reconocimiento⁴².

5.2.4. De otro lado, el accionante alega la vulneración del derecho fundamental a la igualdad porque al señor Marco Fidel López Moreno, la entidad accionada si le indexó la primera mesada pensional mediante resolución No. 0250 del 17 de marzo de 2010 expedida por la Dirección de Gestión de Compensaciones de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá. Frente al tema, una vez revisada dicha resolución y la resolución No. 0873 del 9 de agosto de 2002, por medio de la cual se le reconoció a Marco Fidel López Moreno la pensión

sanción, la Sala observa que no existe un parámetro de igualdad entre éste y el caso del actor, por cuanto al señor López la pensión le fue reconocida con base en el artículo 72 de la convención colectiva, mientras que al accionante lo fue con base en el artículo 70 de la misma, es decir, dos normas diferentes con supuestos fácticos disímiles, porque en aquel artículo los requisitos para acceder a la pensión sanción son más de 10 años de servicio y menos de 15, y la edad de 50 años cumplidos del ex trabajador. Entonces, no puede existir un patrón claro de comparación que permita establecer la presunta vulneración del derecho a la igualdad. De contera, no será protegido por esta Corporación.

5.2.5. En este orden de ideas, la Sala encuentra que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá vulneró el derecho constitucional a la actualización de las pensiones en su contenido de indexación de la primera mesada pensional a Augusto Díaz Hermida al negar la referida actualización, impetrada por el actor a través de los diferentes escritos de petición que elevó ante esa entidad. En consecuencia, revocará las sentencias denegatorias de amparo, para en su lugar conceder la tutela definitiva del derecho constitucional conculcado.

Así, ordenará a la entidad accionada que reconozca y actualice el salario base para la liquidación de la primera mesada pensional del actor, esto es, el salario promedio devengado en el último año de servicio entre el 6 de noviembre de 1989 y el 5 de noviembre de 1990, hasta el 25 de agosto de 1995, día en que se causó el derecho a la pensión sanción; para tal efecto, debe aplicar la formula empleada por esta Corporación en la sentencia T-098 de 2005 (MP Jaime Araujo Rentería). Una vez establecida dicha indexación, deberá proceder al pago teniendo en cuenta, en caso de estimarlo necesario, el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral sobre el término de prescripción trienaria y la última petición elevada por el actor en septiembre de 2010.

Finalmente, se ordenará desvincular al Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá⁴³ y a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, por cuanto resulta claro que la sentencia C-862 de 2006 estaba recién expedida al momento en que dictaron sus providencias y, por ende, constituye un hecho nuevo a favor del actor. Así, la tutela no es contra providencia judicial.

IV. 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.- LEVANTAR la suspensión de términos ordenada en el presente trámite acumulado de revisión.

SEGUNDO.- REVOCAR la decisión adoptada el 29 de noviembre de 2010, por el Tribunal Administrativo de Bolívar, dentro de la acción de tutela que presentó José Ramón Taborda Silva contra la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia. En su lugar, CONCEDER el amparo transitorio del derecho constitucional a la actualización de las pensiones en su contenido de indexación de la primera mesada pensional a favor de José Ramón Taborda Silva, hasta tanto la justicia ordinaria laboral culmine el trámite judicial con sentencia en firme que resuelva la situación de actualización pensional del actor.

TERCERO.- ORDENAR al Director General del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y al Ministro de Comercio, Industria y Turismo, o quienes hagan sus veces, que conforme las competencias asignadas por la ley, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, procedan a actualizar, reconocer y pagar la mesada pensional debidamente indexada al señor José Ramón Taborda Silva, hasta tanto el juez de la causa resuelva el proceso ordinario laboral, para lo cual deben tener en cuenta la formula establecida en la sentencia T-098 de 2005 y la parte considerativa de este proveído, sobre todo el tema inflacionario mensual que reportaron los meses de febrero a octubre de 1993.

CUARTO.- REVOCAR las decisiones adoptadas el 13 de enero de 2011, por el Juzgado 55 Civil Municipal de Bogotá, y el 16 de febrero de la misma anualidad, por el Juzgado 23 Civil del Circuito de Bogotá, dentro de la acción de tutela que presentó Augusto Díaz Hermida contra la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá. En su lugar, CONCEDER el amparo definitivo del derecho constitucional a la actualización de las pensiones en su contenido de indexación de la primera mesada pensional a favor de Augusto Díaz Hermida.

QUINTO.- ORDENAR al representante legal de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, o a quien haga sus veces, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de

esta sentencia, reconozca y actualice el salario base para la liquidación de la primera mesada pensional del señor Augusto Díaz Hermida, esto es, el salario promedio devengado en el último año de servicio entre el 6 de noviembre de 1989 y el 5 de noviembre de 1990, hasta el 25 de agosto de 1995, día en que se causó el derecho a la pensión sanción. Para tal efecto, debe aplicar la formula empleada por esta Corporación en la sentencia T-098 de 2005. Una vez establecida dicha indexación, deberá proceder al pago teniendo en cuenta, en caso de estimarlo necesario, el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral sobre el término de prescripción trienaria y la última petición elevada por el actor en septiembre de 2010.

SEXTO.- DESVINCULAR del presente trámite de tutela al Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá y a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SÉPTIMO.- ORDENAR, a los jueces de primera instancia constitucional de los expedientes acumulados de la referencia, que verifiquen y velen por el cumplimiento cabal de la presente providencia, para lo cual harán los requerimientos del caso si los accionados no dan cumplimiento en el plazo señalado.

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

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

Magistrado Ponente

MARÍA VICTORA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

Ausente en comisión

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

1 A folios 8 a 14 del cuaderno principal, se observa fotocopia de la Resolución No. 0144 del 12 de junio de 2007, por medio de la cual la liquidadora de Álcalis de Colombia Ltda, reconoció a favor del señor José Ramón Taborda Silva una pensión de jubilación de origen legal compartida en cuantía mensual de \$293.124, a partir del 3 de noviembre de 1993 y hasta el 3 de noviembre de 1998, fecha en la cual el Instituto de Seguros Sociales le reconoció la pensión de vejez y desde la cual la empresa solo reconoció el mayor valor entre la pensión legal y la pensión de vejez.

2 Cfr. folio 7 del cuaderno principal.

3 Cfr. folio 15 ibídem.

5 De acuerdo con el comprobante de pago a pensionados del mes de septiembre de 2010, el actor devenga como pensión un valor neto de \$705.512,00 mensuales.

6 El accionante aporta varios recibos de servicios públicos domiciliarios y del impuesto predial, que sumados exceden los \$700.000,00 al mes.

7 A folios 35 a 51 del cuaderno principal, se observa copia de las resoluciones que reconocen el derecho a la indexación pensional a los señores Ismael Negrete Vega y Ramiro Tobón, en cumplimiento de fallos de tutela proferidos por el Tribunal Administrativo de Bolívar y el Juzgado Octavo Administrativo de Cartagena, respectivamente.

8 La resolución No. 0582 del 20 de noviembre de 1995, obra a folios 1 a 7 del cuaderno 1.

9 Los derechos de petición tienen fechas del 1° de noviembre de 2007, 28 de octubre de 2008, 1° de diciembre de 2008, 3 de agosto de 2010 y 15 de septiembre de 2010

10 El 17 de agosto de 2010, el accionante solicitó a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá que le expidiera copia auténtica de los actos administrativos por medio de los cuales le reconoció a Marcos Fidel López Moreno la pensión sanción y la indexación de la primera mesada pensional, pero la respuesta que obtuvo es que esos documentos están

protegidos por el derecho a la intimidad y, por ende, no le suministraron copia.

11 El accionante nació el 25 de agosto de 1950.

12 En este sentido se pueden consultar las sentencias T-815 de 2004 (MP Rodrigo Uprimny Yepes), T-098 de 2005 (MP Jaime Araujo Rentería) y T-469 de 2005 (MP Clara Inés Vargas Hernández), entre otras.

13 Así lo indicó las sentencias T-997 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva) y T-266 de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

14 Sentencias SU-544 de 2001 (MP Eduardo Montealegre Lynnet), T-1316 de 2001 (MP Rodrigo Uprimny Yepes) y T-983 de 2001 (MP Álvaro Tafur Galvis), entre otras.

15 Sentencias T-799 de 2007, T-046 de 2008 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-1251 de 2008 y T-457 de 2009 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

16 Este criterio fue expuesto en la sentencia C-862 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), así: “Las anteriores consideraciones resultan relevantes en lo que hace referencia al contenido del derecho a mantener el poder adquisitivo de las pensiones, porque a juicio de esta Corporación éste no se limita a la actualización de las mesadas pensionales una vez han sido reconocidas por la entidad competente, sino que también incluye la actualización del salario base para la liquidación de la primera mesada. Al respecto cabe destacar que las numerosas decisiones de tutela proferidas por esta Corporación en las cuales se ha ocupado de la indexación del salario base para liquidar la pensión de jubilación se ha entendido que esta pretensión en concreto esta cobijada por el derecho a la actualización de las mesadas pensionales. (...) // Se tiene, entonces que la jurisprudencia constitucional ha derivado de distintos preceptos constitucionales un derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de su mesada pensional dentro de cuyo ámbito de conductas protegidas se encuentra el derecho a la indexación de la primera mesada pensional.” (Negritas agregadas). Igualmente, véanse las sentencias T-266 de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-362 de 2010 (MP Juan Carlos Henao Pérez) T-457 de 2009 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-141 de 2009 (MP Mauricio González Cuervo), T-130 de 2009 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-991 de 2008 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-897 de 2008 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) y T-311 de 2008 (MP Rodrigo Escobar Gil), entre otras.

17 El principio de unidad de la Constitución fue propuesto por Konrad Hesse y consiste en que la norma constitucional no se puede interpretar en forma aislada, sino que debe considerarse dentro de un conjunto constitucional. Tomado del libro de Derecho Constitucional Colombiano del profesor Jacobo Pérez Escobar. Editorial Temis, Quinta Edición. 1997.

18 En virtud de este principio, cuando existe discrepancia entre dos o más fuentes formales del derecho aplicables a una determinada situación laboral, deberá elegirse aquella que favorezca al trabajador, y entre dos o más interpretaciones posibles de una misma disposición, se deberá preferir la que lo beneficie.

19 Sentencia T-457 de 2009 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

20 Sentencia C-862 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

21 Ibídem.

22 Ibídem.

23 Esta misma Sala Novena de Revisión, en la sentencia T-266 de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), sintetizó la ratio decidendi de la sentencia SU-120 de 2003, de la siguiente forma: “29.- En síntesis, en la sentencia SU-120 de 2003, la Corte Constitucional (i) advirtió la existencia del derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de su mesada pensional; (ii) identificó la omisión legislativa en que había incurrido el legislador al no contemplar la indexación del salario base de liquidación de la primera mesada pensional para aquellos trabajadores que no estaban amparados por la Ley 100 de 1993; (iii) fijó los criterios de orden constitucional que deben guiar la interpretación del juez al momento de colmar la referida laguna legislativa; (iv) amparó los derechos fundamentales a la igualdad de trato, al debido proceso, al trabajo y a la seguridad social de los accionantes, al encontrar que la autoridad judicial demandada desconoció el principio de favorabilidad en la interpretación de la ley laboral, e incurrió en causal de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales al apartarse de su precedente sobre la materia sin una justificación acorde con el orden constitucional. // Así mismo, cabe anotar que (v) el estudio efectuado por la Corte Constitucional se llevó a cabo dentro del marco fáctico y normativo de la acción de tutela contra providencias judiciales; (vi) el problema jurídico que se abordó tuvo

origen en la existencia de diversas interpretaciones contrarias entre sí sobre la indexación de la primera mesada pensional, efectuadas por parte del órgano encargado de unificar la jurisprudencia de la jurisdicción ordinaria, e involucró, primordialmente, el análisis sobre el desconocimiento del precedente judicial y la afectación de los principios de favorabilidad laboral e igualdad en la aplicación de la ley, sin detenerse a estudiar el raigambre constitucional o no del derecho a la actualización del salario base de liquidación y; (vii) condujo a la fijación de una línea de precedentes que estableció una regla jurisprudencial según la cual una autoridad judicial incurre en causal de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, cuando al momento de resolver una demanda ordinaria o contencioso administrativa en la que se pide la indexación de la primera mesada pensional de un trabajador que no está amparado por la Ley 100 de 1993, no integra la laguna legislativa existente sobre la materia, con los parámetros hermenéuticos dispuestos en el ordenamiento legal y constitucional, los cuales llevan a concluir que es procedente reconocer el derecho legal a la indexación de la primera mesada pensional”.

24 “ARTICULO 260. DERECHO A LA PENSION.

1. Todo trabajador que preste servicios a una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$ 800.000) o superior, que llegue o haya llegado a los cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o a los cincuenta (50) años si es mujer, después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Código, tiene derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación o pensión de vejez, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio.

2. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad expresada tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de los veinte (20) años de servicio.”

25 El artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo fue derogado por la Ley 100 de 1993, pero continúa produciendo efectos respecto de las personas que, antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, alcanzaron el reconocimiento pensional de conformidad con el mismo. Además, también continúa aplicándose a aquellas personas beneficiarias del régimen de transición que reúnen los requisitos descritos allí para acceder a la pensión de jubilación a

cargo del empleador.

26 Concretamente, la Corte encontró “i) que 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”.

27 La Corte declaró la exequibilidad condicionada del inciso 2° del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, bajo el entendido que el salario base para la liquidación de la primera mesada pensional de que trata este precepto, deberá actualizarse con base en la variación del índice de Precios al Consumidor, IPC, certificado por el DANE.

28 Esta línea ha sido desarrollada principalmente en las sentencias SU-120 de 2003 (MP Álvaro Tafur Galvis), C-862 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) y C-891A de 2006 (MP Rodrigo Escobar Gil). En esta última sentencia, puntualmente la Corte precisó lo siguiente: “La indexación de la primera mesada pensional se aplica a las pensiones reconocidas en cualquier tiempo y cualquiera que sea su naturaleza, de suerte que resulta indiferente si son de origen legal o convencional y si fueron reconocidas con base en normas que no contemplaban el referido mecanismo, como quiera que el carácter constitucional de este derecho impone la obligación a todos los operadores jurídicos de darle aplicación directa y, en tal sentido, proceder a indexar las mesadas pensionales con el fin de corregir las lesiones que el curso del tiempo y el efecto de la inflación puedan infligir a la capacidad adquisitiva de los pensionados.”

29 En ese mismo sentido se puede consultar la sentencia T-570 de 2009 (MP Humberto Antonio Sierra Porto). En ese fallo se trajo a colación la sentencia del 31 de julio de 2007 proferida por la Sala de Casación Laboral del Corte Suprema de Justicia, de la cual se resaltó que la posición mayoritaria de esa Corporación es la de admitir la actualización de la base salarial tanto para pensiones legales como extralegales o convencionales.

30 Sentencias T-362 de 2010 (MP Juan Carlos Henao Pérez), T-457 de 2009 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-447 de 2009 (MP Juan Carlos Henao Pérez), T-012 de 2008 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-014 de 2008 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-046 de 2008 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-129 de 2008 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-311

de 2008 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-991 de 2008 (MP Clara Inés Vargas), entre otras.

31 Sentencias T-999 de 2007 (MP Jaime Araujo Rentería), T-046 de 2008 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-908 de 2008 (MP Nilson Pinilla Pinilla), T-076 de 2010 (MP Nilson Pinilla Pinilla), T-483 de 2010 (MP Juan Carlos Henao Pérez).

32 Sentencias T-012 de 2008 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-908 de 2008 (MP Nilson Pinilla Pinilla), T-107 de 2009 (MP Clara Elena Reales Gutiérrez), T-141 de 2009 (MP Mauricio González Cuervo), T-148 de 2011 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) y T-384 de 2011 (MP Nilson Pinilla Pinilla).

33 Sentencias SU-120 de 2003 (MP Álvaro Tafur Galvis), C-862 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), C-891 A de 2006 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-696 de 2007 (MP Rodrigo Escobar Gil) y T-457 de 2009 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

34 Sentencias T-014 de 2008 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-130 de 2009 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-141 de 2009 (MP Mauricio González Cuervo) y T-366 de 2009 (MP Jorge Iván Palacio Palacio).

35 Sentencia T-628 de 2009 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

36 En este punto, importa precisar que si bien la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, en sentencia T-138 de 2010 (MP Mauricio González Cuervo), adujo que sólo los ciudadanos que superen la expectativa de vida certificada por el DANE, es decir, sobrepasen los 74 años de edad, están habilitados para reclamar la protección excepcional de su derecho pensional mediante la acción de tutela, no lo es menos que por mayoría la presente Sala de Revisión en varias sentencias ha sostenido que comparte el criterio según el cual, cuando una persona supera el índice de promedio de vida de los colombianos, se desdibuja la idoneidad y eficacia del mecanismo ordinario de defensa judicial, haciendo formalmente procedente el amparo, pero que ello no quiere decir que (i) solo son consideradas personas de la tercera edad aquellos individuos que superan la mencionada expectativa de vida, pues el debate fue zanjado con la expedición de la Ley 1276 de 2009, la cual clasifica como persona de la tercera edad a todo aquel ciudadano que supere los 60 años de vida; y, (ii) que la acción de tutela únicamente resulta procedente cuando se sobrepasa la edad de 74 años. Este mismo argumento que considera como persona de la

tercera edad a todo aquel individuo que supere los 60 años de edad, fue expuesto por el magistrado Juan Carlos Henao Pérez en el salvamento de voto de la sentencia T-354 de 2010 y por el Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva en el salvamento de voto de la sentencia T-505 de 2011.

37 De acuerdo con el recibo de nómina de pensionados correspondiente al mes de junio de 2010, el accionante percibe una mesada pensional de \$801.712, la cual se convierte en \$705.512 netos luego de ser descontado el pago de seguridad social en salud.

38 De conformidad con el inciso 2° del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas, no requieren prueba. En tratándose de los hechos notorios, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 21 de mayo de 2002 (exp 7328) MP Silvio Trejos Buenos, señaló que aquellos “exigen, por lo menos, que sean conocidos por la generalidad de las personas pertenecientes a un determinado medio local, regional o nacional, y que el juez tenga certeza de esa divulgación”. Toda vez que el IPC certificado por el DANE es de conocimiento público y tiene amplia divulgación a nivel nacional, las estadísticas que corresponden al año 1993 y que se encuentran publicadas en la página web de esa entidad (link: http://www.dane.gov.co/index.php?option=com_content&view=article&id=103&Itemid=76) serán tenidas como un hecho notorio para resolver el presente asunto.

39 IPC mes a mes del año 1993: febrero 3.25%, marzo 1.87%, abril 1.94%, mayo 1.60%, junio 1.54%, julio 1.23%, agosto 1.25%, septiembre 1.12%, octubre 1.06%. Total de esos meses: 14.86%.

40 Para contextualizar mejor el panorama inflacionario, resulta importante señalar que el IPC de los últimos 10 años se redujo a un cifra, la cual no ha superado el 8% en lo corrido de cada anualidad. Por ejemplo, en el año 2002 fue del 6.99%, en el año 2005 del 4.85%, en el año 2008 del 7.67% y en el año 2011 del 3.73%.

42 Al respecto, puntualmente se puede consultar la sentencia T-266 de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

43 Si bien el fallo de primera instancia proferido dentro del trámite ordinario laboral que adelantó el actor en contra de la EAAB, fue dictado por el Juzgado 12 Laboral de

Descongestión del Circuito de Bogotá, no lo es menos que dicho juzgado actualmente no existe y que el proceso reposa en el archivo del Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá. Así lo informó el actor y se logró corroborar por esta Sala de Revisión.