

Sentencia T-384/11

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-Procedencia excepcional/ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-Caso en que se demanda a empleador privado por no haber hecho las cotizaciones a la seguridad social/ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para reconocimiento de prestaciones económicas pensionales

DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LA PENSION SANCION PARA TRABAJADORES OFICIALES Y DEL SECTOR PRIVADO-Reiteración de jurisprudencia

ACCION DE TUTELA PARA INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL-Reiteración de jurisprudencia sobre su procedencia

INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL-Beneficio se aplica a las pensiones reconocidas en cualquier tiempo, sin que importe su origen convencional o legal

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. A partir de los mencionados fallos, corresponde a los empleadores efectuar directamente la indexación de la primera mesada; de no hacerlo, el afectado podrá desarrollar la actuación correspondiente y acudir ante las autoridades judiciales competentes para demandar su pretensión. De igual manera, son condiciones necesarias para pretender la indexación pensional mediante la acción de tutela, las siguientes: a) Que el interesado haya adquirido la calidad de pensionado; b) Que haya agotado la actuación en sede gubernativa, mediante el uso de los recursos y medios de impugnación propios de ese ámbito, en procura de satisfacer su pretensión de indexación; c) Que haya acudido oportunamente a la jurisdicción ordinaria con el fin de obtener el reconocimiento de la indexación de la primera mesada, o que acredite las condiciones materiales que justifiquen la protección por vía de tutela, como lo es la condición de persona de avanzada edad y la real afectación de derechos fundamentales

DERECHO AL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PENSION SANCION-Tiene carácter prestacional

La cuestión que se analiza es de evidente relevancia constitucional. En efecto, esta Corte ha indicado reiteradamente que el derecho al reconocimiento y pago de la pensión sanción tiene un carácter prestacional, pero inherente a la protección de la vida en condiciones dignas del ex trabajador en su vejez, constituyéndose en un instrumento para amparar derechos fundamentales como la vida misma, la integridad física y el mínimo vital. La omisión injustificada en el otorgamiento de seguridad social en pensiones, es un incumplimiento de los deberes de salvaguarda de derechos inalienables de las personas de la tercera edad, quienes obviamente se hallan en circunstancias de debilidad manifiesta y vulnerabilidad (arts. 46 y 13 superiores), máxime cuando median graves desatenciones de deberes insoslayables para un empleador. De igual forma, se tiene que las cuestiones relativas a la actualización del salario base de liquidación de la primera mesada pensional tienen una innegable importancia constitucional, ya que, como se explicó, el artículo 53 superior reconoce explícitamente el derecho al mantenimiento del poder adquisitivo de las mesadas, que además se encuentra relacionado con otras normas constitucionales, como la esencia del Estado Social de Derecho (art. 1º), el principio de favorabilidad laboral (art. 53), el principio de protección especial a las personas de avanzada edad (arts. 13 y 46 ib.) y el derecho fundamental al mínimo vital. Además, tal como se señaló en apartes anteriores, la Corte en sentencia C-891A de 2006 emitió un claro pronunciamiento respecto al derecho a obtener el reconocimiento a la indexación de la pensión sanción

Referencia: expediente T- 2934161

Acción de tutela instaurada por Hernán Arias Ríos, contra Unimezclas S.A.

Procedencia: Juzgado Treinta y Uno Civil Municipal de Bogotá.

Magistrado Ponente:

NILSON PINILLA PINILLA.

Bogotá, D. C., dieciséis (16) de mayo de dos mil once (2011).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Humberto Antonio Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En la revisión del fallo proferido por el Juzgado Treinta y Uno Civil Municipal de Bogotá, no impugnado, dentro de la acción de tutela instaurada por Hernán Arias Ríos, contra Unimezclas S.A.

El asunto llegó a la Corte Constitucional por remisión que hizo el mencionado despacho judicial, según lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991; el 31 de enero del 2011, la Sala N° 1 de Selección lo eligió para revisión.

I. ANTECEDENTES

El señor Hernán Arias Ríos promovió acción de tutela, en octubre 26 de 2010, contra Unimezclas S.A., aduciendo vulneración de los derechos a la “vida, vida digna, mínimo vital, seguridad social”, por los hechos que a continuación son resumidos.

1. El accionante, de 73 años de edad, manifiesta que estuvo “vinculado a la Empresa CONY LTDA desde el 30 de agosto de 1972 (sic), hasta el día 30 de agosto de 2003, desempeñando la labor de MECÁNICO DIESEL. La contratación inicial fue por obra o labor contratada”.

1. Durante la vigencia de la “relación laboral con Empresa CONY LTDA, está sufrió diferentes transformaciones de índole comercial, que afectaron su nombre inicial”, sin embargo el contrato de trabajo “permaneció intacto, pues seguí haciendo labores de mecánico diesel hasta el año 2003” (octubre 1°), fecha en la cual se dio por terminado el vínculo contractual.

1. Agregó que en “los casi 30 años que trabajé con ellos, estuve convencido por la buena fe, pues en el desprendible de pago, me descontaban lo pertinente para los pagos legales (pensiones y cesantías), ello no fue así... durante estos 38 años de labor continua a la misma empresa aunque con distintos nombres, sólo registraba según las bases de datos e historia

laboral 199 semanas cotizadas” (f. 14 cd. inicial).

1. Posteriormente, acudió a la empresa demandada con el propósito de informar lo acaecido, frente a lo que recibió en septiembre 25 de 2003 la respuesta de que le sería reconocida “la pensión – sanción y pagada de forma vitalicia mensualmente y que radicaría un documento en las Oficinas del Ministerio de la Protección Social, en el que se daría constancia de ello”.

1. Relató que en el documento mediante el cual se le comunicó la terminación del contrato de trabajo quedó estipulado el compromiso de “acercarse en un término prudencial a concretar con nosotros las prestaciones a que tenga derecho y, por su mesada pensional, dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes”.

1. Finalmente, le fue reconocida pensión sanción a partir de agosto 29 de 2003, obligación que fue asumida y cumplida por parte de la empresa demandada hasta el mes de abril de 2010, cuando, sin justificación alguna, dejó de realizar los pagos correspondientes a la pensión otorgada. Señaló que ha presentado diferentes requerimientos ante la compañía Unimezclas S.A. y el Ministerio de la Protección Social buscando una solución a su problema, pero no ha obtenido respuesta favorable.

7. Adicionalmente, reconoce que “la vía ordinaria para lograr el pago de las mesadas, es la jurisdicción laboral, pero realmente se me han afectado... mi derecho fundamental al mínimo vital y a la vida digna... a mis 73 años que expectativa podría tener de satisfacer rápido mis derechos. Pertenezco a la población... adulta mayor o de la tercera edad, sujetos de especial protección por el estado y los particulares”.

B. Pretensión.

A partir de lo relatado, el actor pide le “paguen los meses de abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre y octubre de 2010 adeudados” (f. 18 cd. inicial) y, de igual manera, “lo correspondiente a la indexación o actualización pensional ordenada en sentencia

C-891A/06..." También solicita se ordene "que sea un Fondo de Pensiones legalmente constituido, quien me pague la pensión-sanción, en atención a la mora y retrasos de la empresa Unimezclas...".

C. Documentos relevantes cuya copia obra dentro del expediente.

1. Contrato individual de trabajo "de duración por la labor contratada", con "fecha de iniciación de labores 30 de agosto de 1978" (f. 2 ib.).

2. Acta de fecha agosto 29 de 2003, en la cual se lee: "Reconocer y pagar a favor del señor HERNÁN ARIAS RÍOS..., desde la fecha de la presente y en forma vitalicia y/o hasta que se asuma su reconocimiento por el ISS, el pago de la pensión sanción, en valor de un salario mínimo legal mensual vigente, en efectivo en las instalaciones de la tesorería de la empresa y en los primeros cinco (5) días de cada mes" (fs. 3 y 4 ib.), y comunicación de octubre 1° de 2003, en tal sentido (f. 6 ib.).

3. Reporte de semanas (198.57) cotizadas en pensiones, por el empleador, al Instituto de Seguros Sociales (f.7 ib.).

4. Memorando y respuesta del Ministerio de la Protección Social, relacionados con "la demora en el pago de cuatro mesadas pensionales y mesadas adicionales, por parte de la empresa Unimezclas S.A." (fs. 8 ib.).

5. "Requerimiento extrajudicial" dirigido por el actor a Unimezclas S.A., solicitando el pago de las mesadas pensionales (agosto 2010, fs. 11 y 12 ib.).

D. Respuesta de las entidades requeridas.

i) Mediante escrito presentado en noviembre 16 de 2010, el Asesor del Grupo de Acciones Constitucionales de la Oficina Jurídica y de Apoyo Legislativo del Ministerio de la Protección Social, expresó que "debe declararse la improcedencia de la acción de tutela en referencia contra el Ministerio de la Protección Social por falta de legitimación por pasiva, toda vez que esta entidad no es ni fue el empleador del accionante, sino que por el contrario, tal y como se menciona en el escrito de tutela, fue trabajador de la empresa UNIMEZCLAZ S.A. lo que implica que no existe ni existió un vínculo de carácter laboral entre el accionante y esta entidad, y por lo mismo no existen obligaciones ni derechos recíprocos de índole laboral

entre estos dos, lo que da lugar a que haya ausencia por parte de este Ministerio, bien sea por acción u omisión, de vulneración o amenaza alguna de los derechos fundamentales invocados por el accionante”.

ii) La empresa Unimezclas S.A. guardó silencio.

Mediante fallo de noviembre 17 de 2010, el Juzgado 31 Civil Municipal de Bogotá negó el amparo pedido, estimando que “no se evidencia violación alguna de los derechos fundamentales del actor, pues de una parte, el derecho reclamado es de naturaleza económica, sin que se advierta la conexidad con un derecho de categoría fundamental, pues lo que se pone de presente... es una diferencia jurídica sobre la procedencia del reconocimiento de unos beneficios económicos otorgados en una pensión sanción, lo que escapa al ámbito protector de la acción de tutela”, en torno a lo cual “el legislador ha previsto mecanismos, distintos al aquí impetrado que ofrece (sic) más garantías que la acción interpuesta” (fs. 35 a 37 cd. inicial).

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Primera. Competencia.

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

Segunda. Lo que se analiza.

Esta Sala de Revisión determinará si los derechos invocados por el señor Hernán Arias Ríos, fueron vulnerados por la empresa Unimezclas S. A., debido a que a partir del mes de abril de 2010 dejó de efectuar el pago correspondiente a la pensión sanción, que le había reconocido en agosto de 2003.

Tercera. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra particulares.

El inciso final del artículo 86 de la Constitución Política, establece que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público, cuando se afecte de manera grave y directa el interés colectivo, o en aquellos casos en los que el

solicitante se encuentre en estado de subordinación o indefensión. En este sentido, el Decreto 2591 de 1991, “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, en su artículo 42 especificó los eventos en los cuales procede la acción de tutela contra particulares.

Frente a ello, cuando el titular de la acción constitucional persigue defender sus derechos fundamentales ante la violación o riesgo de su ocurrencia por la acción u omisión del particular, esta corporación ha señalado (T-351 de julio 30 de 1997, M. P. Fabio Morón Díaz.):

“... que la indefensión hace referencia a una situación relacional que implica la dependencia de una persona respecto de otra, no tiene origen en la obligatoriedad derivada de un orden jurídico o social determinado se configura sobre situaciones de naturaleza fáctica en cuya virtud la persona afectada en su derecho carece de defensa por acción u omisión para proteger sus derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio; es decir que la indefensión es entendida como la posibilidad de dar respuesta efectiva ante la violación o amenaza de que se trate. Así mismo, ha dicho también esta Corte que el estado de indefensión o impotencia se analizará teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, de las personas involucradas, de los hechos relevantes tales como las condiciones de desprotección, circunstancias económicas, sociales, culturales y los antecedentes personales de los sujetos procesales, por ello el concepto de indefensión es esencialmente relacional. Ello significa que el estado de indefensión en que se encuentra el ciudadano en relación con otros particulares habrá que determinarlo, por parte del juez de tutela de acuerdo al tipo de vínculo que existe entre ambas partes.

En este orden de ideas, estima la Sala que la tutela contra particulares extrae su fundamento socio-político del desvanecimiento de la distinción entre lo público y lo privado que caracteriza a la comunidad contemporánea; el fenómeno de la indefensión está encaminado a proteger a las personas de los abusos provenientes de cualquier poder: económico, social, religioso, cultural, etc.”

Lo anterior significa que la acción de tutela constituye un mecanismo excepcional, también idóneo para enfrentar las trasgresiones de particulares contra personas que, por su condición o limitaciones, en la hipótesis de la indefensión, se encuentran desposeídas de los recursos

físicos o jurídicos eficaces para proteger y hacer respetar sus derechos fundamentales, ante situación vulneradora inadmisibles e insoportables, como evidentemente le sucede a un trabajador sobre quien no se efectuaron, debiendo haberse hecho y a pesar de anunciarse, las cotizaciones a la seguridad social para su pensión, cubriéndosele luego mes a mes por el propio empleador, pero últimamente suspendida abruptamente, cuando ya tiene 73 años de edad (f. 1 cd. inicial).

Cuarta. Procedencia excepcional de la acción de tutela respecto a reconocimientos pensionales.

Por otra parte, en el mismo artículo 86 de la Constitución se establece que la acción de tutela es un mecanismo constitucional al alcance de toda persona, para procurar la protección de sus derechos fundamentales, que sólo procede cuando el afectado no disponga de otro mecanismo idóneo de defensa judicial, salvo que se utilice como medio transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual ha de estar probado y debe ser inminente y grave¹, emergiendo entonces como necesario el amparo.

En este sentido, debe recordarse que por el principio de subsidiariedad, la procedencia de la acción de tutela está supeditada a la inexistencia o la ineficacia de otro medio de defensa judicial, a través del cual pueda ser restablecido o preservado el derecho atacado, situación que determinará el juez de tutela en el caso concreto, frente a los hechos y el material probatorio correspondiente².

Teniendo en cuenta lo anterior, el reconocimiento de una prestación pensional mediante acción de tutela se torna improcedente, en principio, pues el ordenamiento jurídico nacional ha dispuesto procedimientos judiciales específicos para la solución de conflictos de ese origen, sea en la jurisdicción laboral ordinaria o en la contencioso administrativa, según corresponda.

No obstante, la regla general de improcedencia de la tutela en razón a lo mencionado, presenta opciones que han sido desarrolladas por esta corporación³, al señalar que “de manera excepcional y como mecanismo transitorio, el juez de tutela puede ordenar el reconocimiento de dicha prestación económica, si: (i) existe certeza sobre la ocurrencia de un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales si el reconocimiento de la pensión no se hace efectivo; (ii) se encuentra plenamente demostrada la afectación de los derechos

fundamentales al mínimo vital y a la vida digna del accionante o de su núcleo familiar; (iii) los beneficiarios del derecho pensional son sujetos de especial protección constitucional; y, (iv) cuando conforme a las pruebas allegadas al proceso, el juez de tutela determina que efectivamente, a pesar de que le asiste al accionante el derecho pensional que reclama, éste fue negado de manera caprichosa o arbitraria”.

Quinta. Derecho al reconocimiento de la pensión sanción para los trabajadores oficiales y del sector privado. Reiteración de jurisprudencia.

5.1. En el derecho laboral colombiano, el reconocimiento de la pensión sanción surgió como mecanismo para evitar que el empleador despidiera al trabajador, sin justa causa, cuando aún no cumplía los requisitos necesarios para obtener la pensión de jubilación merecida por el tiempo de servicios y como protección en la senectud.

Así lo refirió la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al precisar que la pensión sanción busca “disuadir a los empleadores que desearan despedir sin justa causa a trabajadores con antigüedad de servicio superior a los 10 años -y que no alcanzaran los 20-, asegurándoles una pensión proporcional que reemplazara en parte la jubilación plena frustrada por el despido abusivo”⁴.

Por ello, a manera de sanción a la terminación injusta del contrato laboral y como una forma de resarcir perjuicios, el “empleador debía reconocer una pensión correspondiente a un promedio de los salarios devengados en el último año de servicios, en proporción al tiempo trabajado, al trabajador que hubiere laborado más de 15 años y 10 años al cumplir 60 años o 50 años de edad, respectivamente”⁵.

5.2. La disposición que creó el reconocimiento a la pensión sanción estaba enmarcada en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, cuyo tenor literal era:

“El trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos (\$800.000.00) después de haber laborado para la misma, o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente ley, tendrán derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa

edad con posterioridad al despido.

Si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los cincuenta (50) años de edad, o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. Si, después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión pero sólo cuando cumpla sesenta (60) años de edad.

La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo de Trabajo, y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.

En todos los demás aspectos la pensión aquí prevista se regirá por las normas legales de la pensión vitalicia de jubilación.

Parágrafo. Lo dispuesto en este artículo se aplicará también a los trabajadores ligados por contrato de trabajo con la administración pública o con los establecimientos públicos descentralizados, en los mismos casos allí previstos y con referencia a la respectiva pensión plena de jubilación oficial”.

Posteriormente, dicha pensión fue definida en el artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el 37 de la Ley 50 de 1990, quedando finalmente establecido en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, así (no está en negrilla en el texto original):

“El trabajador no afiliado al Sistema General de Pensiones por omisión del empleador, que sin justa causa sea despedido después de haber laborado para el mismo empleador durante diez (10) años o más y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente Ley, tendrá derecho a que dicho empleador lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad si es hombre, o cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

Si el retiro se produce por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos

servicios, la pensión se pagará cuando el trabajador despedido cumpla cincuenta y cinco (55) años de edad si es hombre, o cincuenta (50) años de edad si es mujer, o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido.

La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida y se liquidará con base en el promedio devengado en los últimos diez (10) años de servicios, actualizado con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor certificada por el DANE.

PARÁGRAFO 1o. Lo dispuesto en el presente artículo se aplicará exclusivamente a los servidores públicos que tengan la calidad de trabajadores oficiales y a los trabajadores del sector privado.

PARÁGRAFO 2o. Las pensiones de que trata el presente artículo podrán ser conmutadas con el Instituto de Seguros Sociales.

PARÁGRAFO 3o. A partir del 1o. de enero del año 2014 las edades a que se refiere el presente artículo, se reajustarán a sesenta y dos (62) años si es hombre y cincuenta y siete (57) años si es mujer, cuando el despido se produce después de haber laborado para el mismo empleador durante diez (10) años o más y menos de quince (15) años, y a sesenta (60) años si es hombre y cincuenta y cinco (55) años si es mujer, cuando el despido se produce después de quince (15) años de dichos servicios.”

5.3. Esta corporación mediante sentencia C-891A de noviembre 1° de 2006, M. P. Rodrigo Escobar Gil, “estudió la constitucionalidad del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 que consagraba el derecho del trabajador a obtener una pensión sanción cuando fuera despedido sin justa causa. Para solicitar la inconstitucionalidad de dicho artículo el demandante argumentó que no existían mecanismos para indexar el salario base de liquidación de la pensión sanción... la Corte aclaró que a pesar de que el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 fue

derogado por el artículo 37 de la Ley 50 de 1990 y éste, a su vez, por el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, aún producía efectos, pues existían varios casos de personas que fueron despedidas injustamente con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y que mediante un proceso laboral les fue reconocida la pensión sanción bajo la aplicación del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, ya que era la norma vigente al momento del despido”.

Frente a ello, la Corte en esa oportunidad constató que la ausencia de mecanismos que permitieran indexar la pensión sanción era una omisión legislativa inconstitucional, que “sobrevino con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 que puso de presente la insuficiencia de la regulación contenida en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 al incorporar, como ‘un principio constitucional claro’6, que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales”7, observando además que “el derecho a la igualdad proporciona un argumento importante en orden a justificar que las pensiones causadas en vigencia del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 y cuya exigibilidad se produce después de la entrada en vigor de la Constitución de 1991 deban ser indexadas según la fórmula expresamente prevista en el citado artículo 133 de la Ley 100 de 1993, por cuanto así lo exige la Constitución y, en particular, su artículo 13, en concordancia con los artículos 48 y 53”8.

Así las cosas, en esa oportunidad puesto que “el segmento demandado del artículo 8º de la Ley 171 de 1961” no contemplaba la actualización de la pensión sanción que el Constituyente de 1991 previó para todas las pensiones en los artículos 48 y 53 superiores, la Corte Constitucional decretó su exequibilidad, “bajo el entendimiento de que comprende la actualización constitucionalmente prevista y, en consecuencia, en todos aquellos casos en los cuales el derogado artículo 8º de la Ley 171 de 1961 todavía surta efectos, se deberá aplicar el mecanismo de actualización de la pensión sanción previsto en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, esto es, el índice de precios al consumidor, respecto del salario base de la liquidación y de los recursos que en el futuro atenderán el pago de la referida pensión”.

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

La indexación de la primera mesada pensional ha sido objeto de varios pronunciamientos de esta corporación9, tanto por vía de amparo de derechos fundamentales en acciones de

tutela, como por control abstracto, esto último a través de sentencias de constitucionalidad.

“... 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 esta base salarial expresamente; iii) que no existe precepto que excluya o prohíba tal indexación. No obstante existe un principio constitucional claro, esto es que el ‘Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales’ - artículo 53 C.P., y suficientes disposiciones del ordenamiento que denotan un afán permanente del legislador por compensar la pérdida del poder adquisitivo de las pensiones. En este orden de ideas, incumbe al juez confrontar la situación concreta de las personas que aspiran a acceder a la pensión en las condiciones anotadas y remediar la injusticia que se deriva de la omisión legislativa anotada, obrando en todo conforme lo habría hecho el legislador, de haber considerado la situación específica, es decir conforme con la Constitución Política.”

Ya en control abstracto, mediante los fallos C-862 de octubre 19 de 2006 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto) y C-891-A de noviembre 1° del mismo año (M. P. Rodrigo Escobar Gil), esta corporación se pronunció sobre la exequibilidad de los artículos 8° de la Ley 171 de 1961 y 260 (parcial) del Código Sustantivo del Trabajo, respectivamente, proclamando el derecho de los jubilados a la indexación de la primera mesada pensional, sin importar la categoría que ostenten ante el sistema de seguridad social:

“Si bien el derecho a la actualización de la mesada pensional surge en virtud de lo que la doctrina ha denominado el proceso de especificación en el reconocimiento de los derechos, de manera tal que su titularidad se reserva a una determinada categoría de sujetos -los pensionados- dentro de tal categoría su titularidad ha de ser universal, y por lo tanto exclusiones derivadas del tránsito legislativo carecen de justificación.”¹⁰

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

todos los jubilados.

En este mismo sentido se pronunció ulteriormente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el asunto de radicación 29022, sentencia de julio 31 de 2007 (M. P. Camilo Tarquino Gallego), dentro de un proceso ordinario promovido contra la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, corroborando la rectificación¹¹ de su anterior posición jurisprudencial, que sostenía la improcedencia de la indexación de la primera mesada de pensiones legales y convencionales. Sobre el particular, expuso:

“... no hay razón justificativa alguna para diferenciar, a un trabajador pensionado de acuerdo con la ley, con uno con arreglo a una convención, porque, valga agregar, el impacto del fenómeno económico de la inflación, lo padece tanto el uno como el otro, amén de que si la corrección monetaria no conduce a hacer más onerosa una obligación pensional, sino a mantener el valor económico de la moneda frente a su progresivo envilecimiento, su aplicación, respecto de pensiones extralegales, sean ellas convencionales o voluntarias, no altera de ninguna forma el acto inicial de reconocimiento, porque simplemente lo que se presenta es una actualización del monto para mantener su valor constante. Como conclusión de lo precisado, resulta obligado para la sala reconocer procedente la actualización del ingreso base de liquidación de la pensión convencional aquí demandada, dado que se causó en vigencia de la actual Constitución Política, y con apoyo, se repite, en los estudios de constitucionalidad efectuados en la sentencia D-6247 del 19 de octubre de 2006 y D-6246 del 1 de noviembre del mismo año, atrás referidos...”¹²

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

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

Tales requisitos hacen referencia a la relevancia constitucional del asunto y que se hayan

ejercido los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable. Tratándose de una irregularidad procesal, ésta debió conllevar consecuencias definitivas, no subsanables de otra manera y, de otra parte, se deberá acudir a la acción de tutela en un término proporcionado y razonable (“inmediatez”), con la comprensión debida cuando la conculcación es continua y permanece en el tiempo, haciendo que conserve la actualidad.

De igual manera, son condiciones necesarias para pretender la indexación pensional mediante la acción de tutela, las siguientes¹³:

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

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

b. Que haya acudido oportunamente a la jurisdicción ordinaria con el fin de obtener el reconocimiento de la indexación de la primera mesada, o que acredite las condiciones materiales que justifiquen la protección por vía de tutela, como lo es la condición de persona de avanzada edad y la real afectación de derechos fundamentales.

Séptima. El caso bajo estudio.

7.1. Es claro que la acción de tutela es un mecanismo esencialmente residual o subsidiario, que “sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial” (art. 86 Const.), salvo que se utilice para evitar un perjuicio irremediable, o que la vía común, regular u ordinaria de defensa carezca de idoneidad o de oportunidad para la subsanación requerida.

7.2. Como quedó expuesto, el señor Hernán Arias Ríos, de 73 años de edad, estuvo vinculado con Unimezclas S. A. (luego de una serie de modificaciones la empresa quedó finalmente con esta última denominación), “desde el 30 de agosto de 1972, hasta el día 30 de agosto de

2003”, sociedad que no efectuó apropiadamente los aportes y pagos al régimen de pensiones para que el trabajador accediera a la pensión de jubilación, pero que reconoció en agosto 29 de 2003, la pensión sanción a favor del accionante pensión sanción, “en forma vitalicia y/o hasta que se asuma su reconocimiento por el ISS” (f. 4 cd. inicial).

7.3. El actor interpuso la presente acción por considerar vulnerados sus derechos fundamentales, en cuanto la empresa demandada, a partir de abril de 2010, dejó de realizar el pago mensual de la pensión otorgada, al igual que no ha efectuado la indexación correspondiente, aplicando “el mecanismo de actualización de la pensión sanción previsto en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, esto es, el índice de precios al consumidor, respecto del salario base de la liquidación y de los recursos que en el futuro atenderán el pago de la referida pensión”, tal como quedo establecido en la sentencia C-891A de noviembre 1° de 2006, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

7.4. El peticionario ha solicitado ante el Ministerio de la Protección Social y mediante “requerimiento extrajudicial” a Unimezclas S.A., el pago de las mesadas pensionales adeudadas (fs. 11 y 12 ib.), sin obtener respuesta favorable.

7.5. Aparece en los documentos allegados al expediente, sin refutación, que el accionante carece de otros ingresos económicos para su subsistencia, afirmándose además en la demanda, con razón, que “la vía ordinaria para lograr el pago de las mesadas, es la jurisdicción laboral, pero realmente se me han afectado... mi derecho fundamental al mínimo vital y a la vida digna... a mis 73 años que expectativa podría tener de satisfacer rápido mis derechos. Pertenezco a la población... adulta mayor o de la tercera edad, sujetos de especial protección por el estado y los particulares”. Lo cual permite presumir la afectación al mínimo vital del pensionado.

7.6. Teniendo en cuenta lo referido con anterioridad y los precedentes constitucionales citados, respecto a la procedencia de la acción de tutela y el reconocimiento tanto de la pensión sanción como la indexación de la misma, además de advertir que la sociedad accionada guardó silencio frente a lo solicitado en este trámite, lo cual da lugar a la aplicación de la presunción de veracidad estatuida en el artículo 20 del Decreto 2591 (“... se tendrán por ciertos los hechos...”), se constata:

7.6.1. La cuestión que se analiza es de evidente relevancia constitucional. En efecto, esta Corte ha indicado reiteradamente que el derecho al reconocimiento y pago de la pensión sanción tiene un carácter prestacional, pero inherente a la protección de la vida en condiciones dignas del ex trabajador en su vejez, constituyéndose en un instrumento para amparar derechos fundamentales como la vida misma, la integridad física y el mínimo vital.

La omisión injustificada en el otorgamiento de seguridad social en pensiones, es un incumplimiento de los deberes de salvaguarda de derechos inalienables de las personas de la tercera edad, quienes obviamente se hallan en circunstancias de debilidad manifiesta y vulnerabilidad (arts. 46 y 13 superiores), máxime cuando median graves desatenciones de deberes insoslayables para un empleador.

Además, tal como se señaló en apartes anteriores, la Corte en sentencia C-891A de 2006 emitió un claro pronunciamiento respecto al derecho a obtener el reconocimiento a la indexación de la pensión sanción.

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

Al actor le fue reconocida la pensión sanción por la empresa Unimezclas S. A., ante la responsabilidad de la compañía empleadora por no haber efectuado los aportes respectivos, pensión que fue suspendida de manera unilateral, inopinada y arbitraria por parte de la misma sociedad.

7.6.3. Desde otro aspecto, ha de observarse que el actor no había solicitado la indexación correspondiente, que ahora pide por medio de esta acción.

Así, aunque hacia el derecho a la igualdad proporcione un argumento importante “que las pensiones causadas en vigencia del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 y cuya exigibilidad se produce después de la entrada en vigor de la Constitución de 1991, deban ser indexadas según la fórmula expresamente prevista en el citado artículo 133 de la Ley 100 de 1993, por cuanto así lo exige la Constitución y, en particular, su artículo 13, en concordancia con los artículos 48 y 53”¹⁵ (no está en negrilla en el texto original), la falta de solicitud previa en el ámbito de la relación trabajador - empleador, o alguna otra gestión consecuente, inhibe que

la tutela conduzca a un reconocimiento de un ajuste ni siquiera planteado oportunamente.

Con todo, estando fijada la pensión en el equivalente de un salario mínimo legal mensual, esto conduce a que vaya ajustándose con él, año a año.

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

La demanda de tutela fue presentada en octubre 26 de 2010 (f. 19 cd. inicial), después de que la empresa demandada, en el mes de abril del mismo año, dejó de cancelar las mesadas pensionales, que le habían sido reconocidas a partir de agosto de 2003, retardo de cerca de seis meses que, sin embargo, la Corte asume como razonable, ante las condiciones del actor y la incertidumbre, dado lo abrupto e inexplicado de la nueva vulneración, que además sigue acaeciendo y prolongándose mes a mes.

7.7. Así las cosas, se tiene que el señor Hernán Arias Ríos, de 73 años de edad, ostenta la calidad de pensionado, al en efecto habersele otorgado la pensión sanción. Exclusivamente de esa mesada depende que pueda atender sus necesidades básicas, hallándose severamente cercenado su mínimo vital al dejar de percibirla, circunstancia que impone aplicar las excepciones a la regla general de improcedencia de la tutela, resultando a todas luces frustráneo que se le exigiere acudir a la lenta vía ordinaria laboral.

7.8. En tal virtud, será revocada la sentencia proferida por el Juzgado 31 Civil Municipal de Bogotá el 17 de noviembre de 2010, que negó la tutela pedida por el señor Hernán Arias Ríos, la cual se concederá en defensa de sus derechos a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital, disponiendo que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, la empresa Unimezclas S. A., por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, si aún no lo ha efectuado, pague desde el mes de abril de 2010 lo adeudado y continúe cubriendo la pensión sanción reconocida a favor del demandante, ajustándola año a año sobre la base del salario mínimo legal mensual que rija en cada período.

III. DECISIÓN

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

Primero: REVOCAR el fallo proferido en noviembre 17 de 2010, no impugnado, por el Juzgado 31 Civil Municipal de Bogotá negó la tutela solicitada por el señor Hernán Arias Ríos, contra la empresa Unimezclas S. A..

Segundo: En su lugar, se dispone TUTELAR los derechos a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital del señor Hernán Arias Ríos, disponiendo que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, la empresa Unimezclas S. A., por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, si aún no lo ha efectuado, pague desde el mes de abril de 2010 lo adeudado y continúe cubriendo la pensión sanción reconocida a favor del demandante, ajustándola año a año sobre la base del salario mínimo legal mensual que rija en cada período.

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

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

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaría General

- 1 Cfr. C-595 de julio 27 de 2006, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.
- 2 Cfr. T-1019 de octubre 17 de 2008, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, entre otras.
- 3 T-063 de febrero 9 de 2009, M. P. Jaime Araújo Rentería.
- 4 Cf. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sección Segunda, sentencia de septiembre 29 de 1994, M.P. Hugo Suescún Pujols..
- 5 Cfr. T- 580 de agosto 27 de 2009, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- 7 Cfr. C-891A de 2006, M.P, Rodrigo Escobar Gil.
- 8 Ibídem.
- 9 Cfr., entre otras, C-862 de octubre 19 de 2006 (M. P. Humberto Sierra Porto); C- 891A de noviembre 1° de 2006 (M. P. Rodrigo Escobar Gil); SU-120 de febrero 13 de 2003 (M. P. Álvaro Tafur Galvis); T-313 de abril 7 de 2008 (M. P. Rodrigo Escobar Gil).
- 10 C-862 de octubre 19 de 2006 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto).
- 11 Así mismo se pronunció en abril 20 de 2007, en el asunto de radicación 29470 (M. P. Luis Javier Osorio López). Cfr. también la decisión de la Sala Penal en asunto de tutela 39122, de noviembre 11 de 2008 (M. P. Augusto Ibáñez Guzmán).
- 12 En los asuntos D-6247 y D-6246, fueron dictadas, respectivamente, las precitadas sentencias C-862 y C-91A de 2006, de las fechas referidas.
- 13 T-696 de septiembre 6 de 2007 (M. P. Rodrigo Escobar Gil).
- 14 Cfr. T-1059 de diciembre 6 de 2007, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-311 de abril 4 de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil, entre otras.
- 15 Cfr. C-891A de 2006, ya citada.