

Sentencia T-483/10

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

INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL-Precedente constitucional fijado en la sentencia C-862 de 2006

ACCION DE TUTELA PARA INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL-Procede sobre base de liquidación actualizado con el IPC

Referencia: expediente T-2.556.375

Acción de Tutela instaurada por Higinio Cualla García contra Litografía Colombia S.A.

Magistrado Ponente:

Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Colaboró: Javier Francisco Arenas Ferro

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

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, JORGE IVÁN PALACIO PALACIO y JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

dentro del trámite de revisión de los fallos dictados por el Juzgado Sesenta y Cinco Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, el ocho (8) de septiembre de dos mil nueve (2009), y por el Juzgado Cuarenta y Nueve Penal del Circuito de Bogotá, el dieciséis (16) de octubre de dos mil nueve (2009), en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

El veinte (20) de agosto de dos mil nueve (2009), el señor Higinio Cualla García instauró acción de tutela contra Litografía Colombia S.A., por considerar que dicha empresa transgredía sus derechos fundamentales al debido proceso, al mínimo vital, a la vida digna y a la seguridad social.

Los hechos relatados por el demandante en la acción de tutela se resumen así:

1. Laboró para la empresa Litografía Colombia S.A. por veintitrés (23) años, dos (2) meses y cinco (5) días, pues ingresó el trece (13) de abril de mil novecientos cuarenta y cinco (1945) y se retiró el diecisiete (17) de junio de mil novecientos sesenta y ocho (1968).

2. Indicó que el monto que recibió como último salario equivalía a nueve mil doce pesos (\$9.012), cuando el salario mínimo en ese momento se aproximaba a los cuatrocientos veinte pesos (\$420), razón por la cual devengaba, al momento de retirarse, "(...) un promedio de 21.4 salarios mínimos legales mensuales vigentes (...)" (Cuad. 1, folio 2).

3. Señaló que el primero (1º) de septiembre de mil novecientos ochenta y dos (1982), cumplió con el requisito de edad para acceder a la pensión de vejez. Por lo que se le reconoció la prestación "(...) en un monto de seis mil setecientos cincuenta y nueve pesos (\$6.759) y un ajuste de dos mil quinientos dos pesos (\$2.502) para obtener pensión equivalente al salario mínimo legal de la época" (Cuad. 1, folio 2).

4. Enfatizó que tras enterarse de la sentencia C-862 de 2006, providencia con efecto erga omnes mediante la cual se estableció la regla de que el salario base para liquidar la primera mesada pensional debía ser actualizado según las variaciones del IPC, se dirigió a la empresa demandada, el diecisiete (17) de febrero de dos mil siete (2007), pues la mesada pensional debía ser reajustada a cuatro millones doscientos treinta mil trescientos cuarenta y dos pesos (\$4.230.342).

5. La empresa demandada no contestó su petición, razón por la cual fue necesario instaurar una acción de tutela, que fue fallada a su favor. En cumplimiento de dicha decisión, el diez (10) de mayo de dos mil siete (2007), la empresa demandada le informó que "(...) incrementa[ría] las mesadas de su pensión desde el dieciocho (18) de febrero de dos mil

cuatro (2004)” (Cuad. 1, folio 4). Posteriormente, el seis (6) de enero de dos mil ocho (2008) solicitó a la empresa dar cumplimiento a la indexación y ante la ausencia de respuesta inició incidente de desacato ante la autoridad judicial que conoció la acción de tutela por la transgresión de su derecho fundamental de petición. Finalmente, el dos (2) de marzo de dos mil nueve (2009), Litografía de Colombia manifestó que había adelantado la indexación y que “(...) necesitaba una previa conciliación de las partes para plantear la forma de pago y la cuantía” (Cuad. 1, folio 4).

6. Relató que, a pesar de lo anterior, la empresa no efectuó la indexación y la modificación de la mesada pensional, por lo que recurrió al Centro de Conciliación de la Universidad Católica de Colombia, en Convenio con el Ministerio de la Protección Social, para dirimir el conflicto. Esto se llevó a cabo el once (11) de mayo de dos mil nueve, sin que se llegara a un acuerdo conciliatorio entre las partes.

7. Enfatizó que en la actualidad cuenta con más de 81 años de edad y su salud se encuentra deteriorada pues padece “(...) una enfermedad coronaria, insuficiencia renal crónica, hipotiroidismo, [y] esófago de Barret (...)”. Así las cosas, a su parecer se halla en una situación de debilidad manifiesta.

## 2. Solicitud de tutela

Con fundamento en los anteriores hechos, el gestor del amparo solicitó al juez de tutela que, tras amparar transitoriamente los derechos invocados, ordenara a la empresa demandada que efectuara la indexación, el reajuste y pago de las mesadas pensionales a que tiene derecho.

## 3. Intervención de la parte demandada

La empresa demandada, obrando dentro del término conferido por la autoridad judicial de primera instancia para ejercer su derecho de defensa, se opuso a las pretensiones del accionante e indicó que no había transgredido derecho fundamental alguno.

Argumentó que para la liquidación de la pensión se tuvo en cuenta el mandato expreso del artículo 260 del CST vigente para esa época. Por lo demás, a su parecer, el salario que recibe el actor, correspondiente al mínimo mensual legal vigente, es suficiente para atender su

derecho fundamental al mínimo vital. A su parecer, la sentencia C-862 de 2006 sólo produce efectos hacia el futuro, por lo que no puede cubrir a personas que se hayan pensionado con anterioridad al momento en el cual dicha providencia fue proferida.

Así mismo, apuntó que la acción de tutela debería ser declarada improcedente, toda vez que existen los mecanismos ordinarios de defensa judicial y no se observa la ocurrencia de un perjuicio irremediable. En este sentido, enfatizó además, que no se cumple con el requisito de inmediatez, pues el actor cumplió el requisito de tiempo cotizado hace más de 41 años.

#### 4. Pruebas relevantes aportadas al proceso

a. Copia de la cédula de ciudadanía correspondiente a Higinio Cualla García, con fecha de nacimiento treinta (30) de agosto de mil novecientos veintisiete (1927) (Cuad. 1, folio 10).

a. Oficio remitido por la empresa Litografía Colombia S.A. al Instituto Colombiano de Seguros Sociales (ISS), con fecha veintitrés (23) de enero de mil novecientos sesenta y siete (1967), donde se indica que el sueldo del actor equivalía a tres mil pesos (\$3.000) (Cuad.1 , folio 11).

a. Copia de la Liquidación Definitiva de Cesantías y demás Prestaciones Sociales de Higinio Cualla García, donde se indica que el tiempo de servicios fue de "(...) 23 años, 2 meses y 5 días". Así mismo, se señala que entre el catorce (14) de enero de mil novecientos sesenta y tres (1963) y junio diecisiete (17) de mil novecientos sesenta y ocho (1968), "(...) el sueldo básico [equivalió] a \$3.105,00[, las adiciones varias correspondieron a ] \$5.916, 67,[ para un] total promedio mensual de \$9.011,67". (Cuad. 1, folio 12 a 15)

a. Liquidación de la pensión vitalicia de jubilación del señor Higinio Cualla García, con fecha del trece (13) de junio de mil novecientos ochenta y tres (1983), donde se indica que el "(...)

valor pensión de jubilación equivale al 75% de \$9.012,00 [pesos], promedio mensual correspondiente al último año de servicios”. Por tanto, la suma correspondería a \$6.759,00 pesos “(...) más ajuste para completar el valor del salario mínimo vigente [de] \$2.502,00, [por lo que el valor] total de la pensión de jubilación [es de] \$9.261,00 (Cuad. 1, folio 16).

a. Petición presentada a Litografía Colombia S.A., el diecisiete (17) de febrero de dos mil siete (2007), donde el actor indica que “(...) según [la] sentencia C-862 de 2006 de fecha diecinueve (19) de octubre de dos mil seis (2006) (...) el salario base para la liquidación de la primera mesada pensional (...) deberá ser actualizado con base en la variación del IPC (...)”. Así mismo, el actor enfatiza en la petición que con base en lo anterior, “(...) para el uno (1) de septiembre de mil novecientos ochenta y dos (1982) ostentaba un salario base de ciento cuatro mil setecientos diez pesos con noventa y un pesos (\$104.710,91), por lo que para el dos mil siete (2007), aplicando el IPC, le correspondería una mesada pensional de cuatro millones doscientos treinta mil trescientos cuarenta y dos pesos (\$4.230.342) (Cuad. 1, folio 19-21)

a. Respuesta expedida por la empresa demandada, el diez (10) de mayo de dos mil siete (2007), donde se le indica al actor que en cumplimiento de la sentencia de tutela proferida por el Juzgado Cuarenta y Tres Penal Municipal de Bogotá, el siete (7) de mayo de dos mil siete (2007), le informa que “(...) la empresa incrementará las mesadas de su pensión desde el dieciocho (18) de febrero de dos mil cuatro (2004) en adelante. Así mismo, se indica que tienen conocimiento de que “(...) La Corte Constitucional viene debatiendo sobre la necesidad de incrementar las pensiones, mediante la indexación de la primera mesada, desde hace varios años después de 1982, luego de más de 25 años, específicamente desde 2003 en adelante (...)” (Cuad. 1, folios 22 y 23).

a. Escrito del gestor del amparo, radicado ante la empresa demandada el seis (6) de enero de dos mil ocho (2008), donde señala que no le han empezado a reconocer el incremento de la mesada pensional desde febrero de dos mil cuatro (2004) (Cuad. 1, folios 24 y 25).

a. Certificación expedida por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística - DANE -, donde se establece el IPC desde diciembre de mil novecientos sesenta y siete (1967) hasta enero de dos mil ocho (2008) (Cuad. 1, folio 28 a 39).

a. Acta no conciliada 01, expedida el once (11) de mayo de dos mil nueve (2009) en el centro de conciliación de la Universidad Católica de Colombia, donde concurren el gestor del amparo y el representante legal de la empresa demandada (Cuad. 1, folio 44 a 45).

a. Resumen de historia clínica de Higinio Cualla García, con fecha seis (6) de febrero de dos mil ocho (2008), donde se observa como antecedentes patológicos del actor los siguientes: "(...) enfermedad coronaria con angioplastia + stent # 3 hace 1 año, insuficiencia renal crónica, hipotiroidismo, esófago de barret (...)". Así mismo, se indican como antecedentes quirúrgicos los siguientes: "(...) colecistectomía, prostatectomía (...)". Como antecedentes farmacológicos se indican: "clopidogrel, tiroxina, lovastatina, metoprol, amlodipino, omeprazol, furosemida, alopurinol". Consta, así mismo, que el accionante estuvo hospitalizado desde el seis (6) de febrero de dos mil ocho (2008) hasta el día doce (12) del mismo mes (Cuad. 1, folio 48 a 51).

## II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

### 1. Primera instancia

Conoció de la causa en primera instancia el Juzgado Sesenta y Cinco Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá, que mediante sentencia del ocho (8) de septiembre de dos mil nueve (2009), resolvió amparar transitoriamente los derechos invocados por el accionante y ordenarle a la empresa accionada efectuar la indexación de la primera mesada pensional.

El a quo indicó, en primer lugar, que la acción de tutela resultaba procedente debido al acaecimiento de un perjuicio irremediable, que sustentó en el hecho de que el actor cuente con más de 81 años de edad, que su situación de salud sea precaria – dado que “(...) padece enfermedad coronaria, insuficiencia renal crónica, hipotiroidismo y esófago de barret (...)” (Cuad. 1, folio 215), y que sus ingresos son equivalentes a un salario mínimo legal mensual.

En segundo lugar, señaló que el caso concreto reúne los requisitos señalados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional para que prospere la orden de reliquidación de la primera mesada pensional. En este sentido, indicó que el actor es pensionado; que se inició el procedimiento administrativo, así como el agotamiento de las vías ordinarias judiciales – dado que el actor intentó conciliar con la empresa demandada -, pero no fue posible por causas ajenas a la voluntad del accionante. Así mismo, señaló que es evidente la transgresión de los derechos fundamentales del gestor del amparo, pues cuando se retiró de la empresa devengaba más de 21 salarios mínimos.

Aunado a lo anterior, enfatizó que a pesar de que las normas relativas a la indexación aparecieran en el ordenamiento jurídico con posterioridad a la Constitución de 1991 y a la Ley 100 de 1993, lo cierto es que sería contrario al principio de igualdad aplicarlas exclusivamente para aquellas personas que se pensionaran con posterioridad a las mismas. Así mismo, a pesar del tiempo transcurrido entre el momento en el cual el demandante adquirió el estatus de pensionado y el reclamo efectuado en torno a la pérdida del valor constante del dinero, lo cierto es que se cumple el presupuesto de la inmediatez, pues el accionante inició “(...) el respectivo procedimiento administrativo para obtener el reajuste y actualización de su mesada pensional (...) durante los años 2007 y 2009 y, ante su negativa, debió acudir a su declaración por vía de tutela (...)” (cuad. 1, folio 222). Enfatizó lo anterior señalando que sólo hasta la sentencia C-862 de 2006 se estableció definitivamente que “(...) el salario base para la liquidación de que trata el precepto [-numeral 2º, artículo 260 CST -] deberá ser actualizado con base en variación del Índice de Precios al Consumidor, IPC, certificado por el DANE” (Cuad. 1, folio 222).

Finalmente, la autoridad judicial de primera instancia ordenó a “(...) la empresa Litografía Colombia S.A., que (...) [indexara] la primer (sic) mesada pensional, reajustando el salario base de liquidación con el Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE; [actualizara y pagara] cada una de las mesadas pensionales a favor de Higinio Cuella García,

para lo cual la entidad [podría] aplicar la prescripción trienal” (Cuad. 1, folio 223)

## 2. Apelación

Inconforme con la decisión del a quo, la empresa demandada apeló la decisión de primera instancia señalando que en el caso bajo estudio no se observa el acaecimiento de un perjuicio irremediable que torne procedente la acción de tutela o que el demandante se halle o en estado de indefensión. Así mismo, enfatizó que el gestor del amparo debió acudir a las instancias ordinarias de defensa judicial desde el año dos mil siete (2007) y que “(...) cuando se le reconoció la pensión (...) en el año 1983, no se encontraba vigente la Ley 100 de 1993, [así como tampoco] se encontraba vigente el art. 53 de la Constitución Política de 1991”. (Cuad. 1, folio 237)

## 3. Segunda instancia

Conoció del recurso de alzada el Juzgado Cuarenta y Nueve Penal del Circuito de Bogotá, que mediante providencia del dieciséis (16) de octubre de dos mil nueve (2009) resolvió revocar la decisión del a quo y en su lugar denegar el amparo solicitado, a pesar de que todos sus argumentos giran en torno a la improcedencia de la acción de tutela en el caso de la referencia.

Como fundamento de la sentencia, indicó que en el acervo probatorio no se evidenciaba en qué condiciones económicas vivía el accionante, o si eventualmente tenía otro tipo de ingresos. En este sentido, argumentó que la carga de la prueba se encuentra en cabeza de la parte interesada, que debe aportar los medios probatorios que sustentan sus pretensiones. Sin embargo, enfatizó que tras adelantar llamadas telefónicas con la empresa accionada, se constató que “(...) el monto actual de la pensión (...) asciende a la suma de quinientos diez mil setecientos diecinueve pesos (\$510.719,00), según se advierte de constancia secretarial (...)” (Cuad. 2, folio 8). Concatenado a lo anterior, apuntó que la pensión fue reconocida al accionante hace décadas, sin que el gestor del amparo hubiera mostrado motivo alguno de inconformidad “(...) y sólo hasta que [tuvo] conocimiento del contenido de la sentencia C-862 de 2006 (...) [emprendió] labores para obtener la indexación que persigue” (Cuad. 2, folio 9). Finalmente, adujo que a pesar de la edad del actor y de su precario estado de salud, no se puede pasar por alto el tiempo que ha transcurrido entre el momento que adquirió el estatus de pensionado y su pretensión actual, pues “(...) no aparece debidamente justificado que

haya esperado hasta ahora para formular la respectiva reclamación (...)” (Cuad. 2, folio 9). Así las cosas, a juicio del ad quem, todo lo anterior “(...) conlleva a restarle fuerza probatoria a la existencia de un presunto perjuicio irremediable (...) (Cuad. 2, folio 9).

### III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Remitido el expediente a esta Corporación, la Sala de Selección número Dos, mediante Auto del veintiséis (26) de febrero de dos mil diez (2010), dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

#### 1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer de la revisión de los fallos materia de acción de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes, así como por la escogencia del caso por la Sala de Selección.

#### 2. Problema jurídico y esquema de resolución

De los hechos narrados y probados en el proceso, corresponde a esta Sala de Revisión determinar si la empresa demandada - Litografía Colombia S.A.- al negarse a indexar el salario base de liquidación utilizado para fijar el monto de la pensión que debe recibir el accionante, transgredió sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la igualdad.

Para resolver el anterior problema jurídico, la Sala reiterará la jurisprudencia de esta Corporación en torno a (2.1) la procedencia de la acción de tutela para solicitar la indexación de la primera mesada pensional. Así mismo, (2.2) se referirá al derecho a la indexación del salario base para la liquidación de la mesada pensional. Posteriormente, (3) se resolverá el caso bajo estudio.

2.1 Procedencia de la acción de tutela para solicitar la indexación de la primera mesada pensional. Reiteración de jurisprudencia.

2.1.1 Para determinar la procedencia de la acción de tutela, cuando quiera que se trate de conflictos relativos a la indexación de la primera mesada pensional, es necesario distinguir dos supuestos, que dependen de si se acude a la mencionada acción como mecanismo definitivo o si se recurre a ella como un instrumento subsidiario para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable. En el primer caso, la Corte ha indicado en múltiples fallos<sup>1</sup>, como reglas de procedibilidad de la acción de tutela, las siguientes:

\* Que el interesado hubiera adquirido la calidad de pensionado;

\* Que hubiera agotado la actuación en sede gubernativa mediante el uso de los recursos y medios de impugnación propios de esa instancia, en procura de satisfacer su pretensión de indexación. Ahora, si se trata de aquellas pensiones que han de ser canceladas por las empresas, este requisito se entiende agotado con la petición presentada ante estas últimas;

\* Que hubiera acudido oportunamente a la jurisdicción ordinaria con el fin de obtener el reconocimiento de la indexación de la primera mesada;

\* Que acreditara las condiciones materiales que justifican la protección por vía de tutela, esto es, la condición de persona de la tercera edad y la afectación de sus derechos fundamentales, como el mínimo vital y la igualdad.

2.1.2 Ahora bien, como quiera que la acción de tutela es subsidiaria y residual conforme a lo establecido en el artículo 86 de la Constitución, así como en el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, para que proceda como mecanismo transitorio se requiere que se evidencie el acaecimiento de un perjuicio irremediable, que conforme a la jurisprudencia de esta Corporación<sup>2</sup> es aquél que reúna las condiciones de gravedad, inminencia y que requiera actuaciones urgentes e impostergables para evitar que se materialice el daño<sup>3</sup>.

Como quiera que se trata de conflictos relativos a la indexación de la primera mesada

pensional, el acaecimiento de un perjuicio irremediable permite analizar de forma menos estricta el segundo y tercer elementos necesarios para la procedencia de la acción de tutela. Es decir, la autoridad judicial podrá amparar el derecho de manera transitoria a pesar de que la persona no haya agotado todo el procedimiento administrativo o no haya iniciado actuación alguna ante la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, es claro que el juez de tutela puede ser flexible ante el no lleno de tales requisitos en tanto su no cumplimiento obedezca a causas ajenas a la voluntad o a la desidia del demandante. Distinto es el caso de las exigencias relativas a la condición de pensionado del actor, al igual que a la violación del derecho, pues además de ser relevantes para determinar la procedencia de la acción de tutela, lo son también para la prosperidad de la misma.

Con todo, el juez de tutela aún observando el acaecimiento de un perjuicio irremediable, debe analizar la idoneidad de los medios judiciales de defensa existentes para determinar si los mismos son eficaces para proteger los derechos fundamentales en pugna. Esto se desprende, precisamente, del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, que en su numeral primero señala que "(...) La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante". Cuando quiera que se observe que los mecanismos de defensa judicial, debido a las condiciones especiales del caso concreto, no tienen la potencia real de proteger los derechos en pugna, el juez de tutela podrá amparar definitivamente el derecho y resolver de plano el conflicto jurídico objeto del proceso.

2.1.3 Así mismo, para que la acción de tutela sea procedente, en ambos casos, como mecanismo definitivo o transitorio, se ha indicado que la parte interesada debe actuar dentro de un término razonable - que debe analizarse según las circunstancias del caso -. Por lo tanto, se exige que el actor haya actuado bajo el presupuesto de la inmediatez ante el juez de tutela para resolver el conflicto jurídico que lo aqueja.

2.2 El derecho a la indexación del salario base para la liquidación de la mesada pensional. Reiteración de jurisprudencia.

2.2.1 La jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido el derecho de las personas pensionadas a que les sea indexada la primera mesada pensional, acto que hace referencia a la actualización del valor real del ingreso base de liquidación que se adoptó para fijar dicha

prestación. Esta garantía tiene sustento, entre otras, en los artículos 48 y 53 de la Carta que disponen que “(...) la Ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante (...)”, al igual que la garantía del “(...) derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales”, respectivamente. Sobre el particular, en sentencia C-862 de 20064 esta Corporación indicó que “tal reconocimiento legal no se trata de un mero acto de liberalidad del Legislador, pues la jurisprudencia constitucional ha sostenido que se trata de la materialización de diversos preceptos de rango constitucional, los cuales configuran realmente un derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de su mesada pensional”.

2.2.2 En la referida sentencia se expresó, además, que tal derecho “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 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”.

Y es que la indexación, según la referida sentencia, debe ser entendida como el mecanismo mediante el cual se adecúan sumas dinerarias a las variaciones de los precios, que entre otras, se deben a la inflación. En efecto, en la mentada providencia se señaló que la indexación es un “sistema que 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.”. En otras palabras, se trata de una herramienta para mantener el valor originario de la

prestación en dinero a que tiene derecho y para que la pérdida del valor adquisitivo de una suma nominal no afecte al acreedor del mismo.

2.2.3 Con base en lo anterior, esta Corporación ha establecido de forma reiterada que todos los pensionados - sin distinción - tienen derecho a que la mesada pensional sea actualizada, al igual que el salario base que sirvió de parámetro para liquidarla. En efecto, ese fue precisamente el problema jurídico que se analizó en la sentencia C-862 de 2006, pues de una de las posibles interpretaciones de la disposición acusada surgía el problema de que a determinados trabajadores, que habían cumplido con el requisito de tiempo cotizado mas no con el de edad mínima, se les liquidaba la pensión a partir del salario histórico, perdiendo con ello la capacidad adquisitiva que habían alcanzado mediante el último salario devengado. Así las cosas, en esta providencia se declaró la exequibilidad del artículo 260 del C.S.T en el entendido de que "(...) el salario base para la liquidación de la primera mesada pensional de que trata este precepto, deberá ser actualizado con base en la variación del Índice de Precios al Consumidos, IPC, certificado por el DANE (...)".

En este orden de ideas, es claro que todo pensionado tiene el "(...) derecho a mantener el poder adquisitivo de las pensiones, [que] 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 (...)”<sup>5</sup>.

2.2.4 Entonces, cuando la pensión se haya reconocido conforme al salario histórico, según la sentencia C-862 de 2006, se debe indexar el salario base que sirvió para liquidar la mesada pensional - sin perjuicio de las subsiguientes actualizaciones conforme el IPC de la prestación en sí misma -, pues es un mecanismo adecuado para proteger los intereses y principios constitucionales en juego, entre los que se encuentra el mínimo vital, la seguridad social y la igualdad.

## 1. Análisis del caso en concreto

### 3.1 De la procedencia

3.1.1 En el caso objeto de estudio, es necesario analizar la procedencia de la acción de tutela

como mecanismo transitorio, pues, además de que el actor solicita este tipo de amparo, no ha acudido ante la jurisdicción ordinaria para resolver el conflicto jurídico que lo aqueja. Con todo, a pesar de determinarse lo anterior, y si las circunstancias del caso lo exigen, la Sala determinará si es viable el amparo definitivo dada la ausencia de idoneidad de los mecanismos ordinarios de defensa judicial.

La Sala considera que este postulado - relativo a la procedibilidad de la acción en comento - se cumple a cabalidad, toda vez que se observa la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable por dos razones, que acertadamente fueron señaladas por la autoridad judicial de primera instancia en su encomiable providencia. De un lado, el gestor del amparo es una persona de casi 83 años de edad, que nació el treinta (30) de agosto de mil novecientos veintisiete (1927) (Cuad. 1, folio 10). A esto se le suma que sufre hace varios años quebrantos de salud, tanto así que en el dos mil ocho (2008) tuvo que ser hospitalizado por casi una semana. En efecto, en el expediente obra la historia clínica del señor Cualla, donde consta que el gestor del amparo fue internado el seis (6) de febrero del mencionado año y fue dado de alta hasta el día doce (12) del mismo. De igual modo, se evidencia que tiene varios antecedentes patológicos, entre los que se encuentran los siguientes: “(...) enfermedad coronaria con angioplastia + stent # 3 hace 1 año, insuficiencia renal crónica, hipotiroidismo, esófago de Barrett (...)”. Por lo demás, también se observa que ha sido sometido a cirugías como “(...) colecistectomía [y] prostatectomía (...)”. Finalmente, se demuestra que ha utilizado fármacos, entre los que se indican: “clopidogrel, tiroxina, lovastatina, metoprol, amlodipino, omeprazol, furosemida, alopurinol” (Cuad. 1, folio 48 a 51).

A juicio de esta Sala, ambos elementos, esto es el estado de salud del gestor del amparo, así como su avanzada edad, hacen ostensible que en el caso concreto se cumplan los elementos de gravedad e inminencia del daño, así como la urgencia e impostergabilidad de la actuación judicial para evitar que el mismo se consolide.

3.1.2 De otro lado, en cuanto a la inmediatez, la Sala constata que el accionante actuó con rapidez apenas se enteró de la existencia de la sentencia C-862 de 2006. En efecto, dicha providencia fue proferida el diecinueve (19) de octubre de dos mil seis (2006) y el señor Cualla se dirigió a la empresa demandada el diecisiete (17) de febrero del dos mil siete (2007) y le informó sobre la existencia de la mentada decisión adoptada por esta

Corporación. Esto encuentra sustento dentro del acervo probatorio, donde se observa la petición presentada a Litografía Colombia S.A., el diecisiete (17) de febrero de dos mil siete (2007). En ella, el accionante expresamente le indica a la empresa demandada que "(...) según [la] sentencia C-862 de 2005 de fecha diecinueve (19) de octubre de dos mil seis (2006) (...) el salario base para la liquidación de la primera mesada pensional (...) deberá ser actualizado con base en la variación del IPC (...)" (Cuad. 1, folios 19-21).

3.1.3 En conclusión, y en pleno acuerdo con el criterio que al respecto formuló el a quo, como quiera que se cumple con el requisito de inmediatez y se observa el acaecimiento de un perjuicio irremediable, es evidente que la acción instaurada por el señor Higinio Cualla contra Litografía Colombia S.A. es procedente como mecanismo transitorio. Empero, la Corte considera, además, que las circunstancias del caso - como se analizará a continuación - impelen a que el amparo sea concedido de forma definitiva, pues amén de tratarse de un sujeto de especial protección constitucional dada su edad, padece graves trastornos de salud.

3.2 De la afectación de los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social e igualdad.

3.2.1 En el caso bajo estudio se cumplen los requisitos que ha definido la jurisprudencia de esta Corporación para que prospere la acción de tutela y se ordene la indexación del salario base de liquidación utilizado para determinar el monto correspondiente a la mesada pensional, tal y como lo ordenó el a quo, sin perjuicio de la posterior actualización de la prestación en sí misma.

3.2.2 En efecto, el actor es pensionado, derecho que le fue reconocido el trece (13) de junio de mil novecientos ochenta y tres (1983), momento en el cual se tomó como promedio mensual del último año de servicios la suma de \$9.012,00 pesos, monto que devengaba el accionante en mil novecientos sesenta y ocho (1968) (Cuad. 1, folio 16). Así las cosas, el primer requisito para que la acción de tutela prospere se cumple a cabalidad, pues es claro que ostenta la calidad de pensionado.

3.2.3 En cuanto a la acreditación de las condiciones materiales que justifican la protección por vía de tutela, esto es, la afectación de los derechos fundamentales como el mínimo vital, la seguridad social y la igualdad, si bien es cierto que no es posible determinar la

transgresión al primero, máxime si se tiene en cuenta que el demandante lleva viviendo con un salario mínimo desde el trece (13) de junio de mil novecientos ochenta y tres (1983), sí es posible constatar la transgresión del derecho a la igualdad, así como a la seguridad social, pues - como se señaló con anterioridad - a partir de la sentencia C-862 de 2006, providencia con efectos erga omnes, todos los pensionados - sin distinción alguna - tienen derecho a que el ingreso base de liquidación que sirvió como parámetro para fijar la mesada pensional, sea indexado. Como quiera que la empresa demandada no ha dado cumplimiento a esto, es evidente entonces la violación de los derechos fundamentales en comento.

Y es que no se puede pretermitir que para el diecisiete (17) de junio de mil novecientos sesenta y ocho (1968) el señor Cualla devengaba un promedio anual de \$9.012,00 pesos (Cuad. 1, folio 17) y que este mismo valor nominal fue utilizado más de quince años después para calcular la mesada pensional que le correspondía, sin que se hiciera ajuste alguno para garantizar que el demandante no sufriera la pérdida del valor real de su crédito pensional (Cuad. 1, folios 12 a 16). Así, a pesar de que el gestor del amparo haya padecido tal detrimento patrimonial a partir de mil novecientos ochenta y tres (1983), y por lo mismo no pueda decirse que en este momento se le afecte su mínimo vital debido a que no es posible constatar que la variación económica conlleve una carga insoportable<sup>6</sup>, es evidente que la ausencia de actualización del Ingreso Base de Liquidación transgredió su derecho fundamental al mantenimiento del poder adquisitivo y al reajuste de la pensión de vejez.

3.2.4 En cuanto a la actuación ante la empresa demandada, que para este caso por tratarse de las pensiones que directamente corresponde cancelar al empleador es análoga a la actuación en sede administrativa, en el acervo probatorio se halla la petición presentada por el actor ante Litografía Colombia S.A. el diecisiete (17) de febrero de dos mil siete (2007) y en la cual expresa la necesidad de que el ingreso base de liquidación que se utilizó sea indexado para que la pensión que le corresponde se ajuste al valor real a que tiene derecho (Cuad.1 folio 19 a 21).

3.2.5 Finalmente, en cuanto a la regla relativa a que el accionante haya acudido oportunamente ante la jurisdicción ordinaria, como fue señalado anteriormente, en el caso concreto se observa el acaecimiento de un perjuicio irremediable, por lo que este requisito no es oponible a la situación que actualmente padece el gestor del amparo. Con todo, cabe señalar que apenas tuvo conocimiento de la sentencia C-862 de 2006, además de acudir

ante la empresa, intentó una conciliación que no llegó a feliz término por causas ajenas a la voluntad del señor Cualla (Cuad. 1, folio 44 a 45).

3.2.6 Así las cosas, como quiera que el actor tiene derecho a que sea indexado el ingreso base de liquidación que se utilizó en el año 83 para determinar el monto de su mesada pensional y que la autoridad judicial de primera instancia concedió el derecho, la Sala revocará la sentencia proferida por el ad quem y en su lugar confirmará la decisión adoptada por el a quo, en el sentido de que amparó los derechos invocados, pero concederá de forma definitiva la protección a los mismos, dado el precario estado de salud del actor, al igual que su avanzada edad. Ambas condiciones hacen que los medios ordinarios de defensa judicial no sean, a juicio de esta Sala, idóneos para proteger los derechos fundamentales del señor Cualla, que es un sujeto de especial protección constitucional. De igual modo, se especificará que la demandada deberá indexar mediante el IPC el ingreso base de liquidación que obtuvo tras promediar lo devengado por el accionante el último año de servicios en mil novecientos sesenta y ocho (1968), desde este momento y hasta el 1º de septiembre de mil novecientos ochenta y dos (1982), fecha a partir de la cual se reconoció la pensión al demandante (Cuad. 1, folio 16).

A partir de ese momento, esto es, el 1º de septiembre de mil novecientos ochenta y dos (1982), se aplicará a la mesada de los años subsiguientes los reajustes de ley. Finalmente, la empresa deberá cancelar al actor la diferencia existente entre lo que realmente le pagó como mesada pensional y la suma que resulte tras el cálculo referido a partir del dieciocho (18) de febrero de dos mil cuatro (2004), como quiera que el señor Cualla solicitó la indexación de la primera mesada pensional el diecisiete (17) de febrero de dos mil siete (2007) y que las diferencias causadas tres años antes estarían prescritas.

#### IV DECISIÓN

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

#### RESUELVE:

Primero. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Nueve Penal del Circuito de Bogotá, el dieciséis (16) de octubre de dos mil nueve (2009), y en su lugar CONFIRMAR,

parcialmente, la sentencia proferida por el Juzgado Sesenta y Cinco Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, el ocho (8) de septiembre de dos mil nueve (2009), que concedió transitoriamente el amparo solicitado por Higinio Cualla contra Litografía Colombia S.A.

Segundo. CONCEDER el amparo definitivo de los derechos fundamentales a la igualdad y a la seguridad social del señor Higinio Cualla y ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Sesenta y Cinco Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, el ocho (8) de septiembre de dos mil nueve (2009), en el sentido de que Litografía Colombia S.A. deberá indexar con base en el IPC el ingreso base de liquidación que obtuvo tras promediar lo devengado por el accionante el último año de servicios en mil novecientos sesenta y ocho (1968), a partir de ese momento y hasta el 1º de septiembre de mil novecientos ochenta y dos (1982). A partir de entonces, se aplicará a la primera mesada indexada los reajustes de ley.

Tercero. ORDENAR a Litografía Colombia S.A. que en el término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, cancele la diferencia resultante entre lo que realmente le pagó como mesada pensional a Higinio Cualla y la suma que mensualmente le correspondería tras el cálculo mencionado en el numeral 2º de la parte resolutive de esta sentencia. Cosa que deberá hacer a partir del dieciocho (18) de febrero de dos mil cuatro (2004), teniendo en cuenta que las diferencias anteriores a este último año estarían prescritas.

Cuarto. LÍBRESE por Secretaría la comunicación 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.

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado Ponente

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Ver al respecto, entre otras, las sentencias T-447 de 2009, T-045 de 2004, T-805 de 2004, T-863 de 2002 y SU-120 de 2003

2 Sentencia Su-544 de 2001.

3 Un ejemplo donde en casos similares como el que se estudia se concedió el amparo transitorio, debido al acaecimiento de un perjuicio irremediable, puede observarse en la sentencia SU-975 de 2003. En esta providencia, la Corte se pronunció sobre dos casos en los cuales los afectados eran personas de la tercera edad con quebrantos de salud, y solicitaban el reajuste de la mesada pensional por vulneración del derecho a la igualdad dado que recibían una pensión manifiestamente inferior a la de otras personas de condiciones prestacionales iguales. En ninguno de los casos se había acudido a la jurisdicción ordinaria.

4 Mediante la cual se analizó la exequibilidad del artículo 260 del CST y se declaró el inciso segundo ajustado a la Constitución en el entendido de que se debía indexar la primera mesada pensional para todos los pensionados sin distinción alguna, comprendiendo dentro de estos a aquellas personas que se pensionaron con anterioridad a la Ley 100 de 1993.

5 Sentencia C-862 de 2006

6 Ver, al respecto, la sentencia T-400 de 2009.