

T-488-15

ACCION DE TUTELA PARA PROTEGER EL DERECHO A LA INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL-Procedencia excepcional aunque exista otro medio de defensa judicial

INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL-Naturaleza jurídica

INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL-Contabilización del término de prescripción según sentencia SU.1073/12

DERECHO A LA INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL EN SITUACIONES ANTERIORES A LA EXPEDICION DE LA CONSTITUCION DE 1991-Precedente fijado en sentencia SU.1073/12

Referencia: expediente 4.861.697

Acción de Tutela interpuesta por Luis José Chona Ordoñez contra el Banco Popular.

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.

Bogotá, D.C., cinco (5) de agosto de dos mil quince (2015)

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Alberto Rojas Ríos y Jorge Iván Palacio Palacio, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la presente:

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo dictado por el Juzgado 13 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá en la acción de tutela de la referencia.

I. ANTECEDENTES.

Luis José Chona Ordoñez, por intermedio de apoderado, presentó acción de tutela contra el Banco Popular por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital, vida digna e igualdad.

1. Hechos

1.1. Manifiesta el accionante que el Banco Popular, por medio de la Resolución número 5 de 1991, le reconoció una pensión sanción por valor de \$ 5.050.00, equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente para esa época. La anterior decisión del Banco Popular deriva de cumplir el fallo emitido por la Corte Suprema de Justicia, de fecha 5 de diciembre de 1989, que dispuso “[c]ondena[r] al Banco Popular a pagar al demandante una pensión sanción una vez acredite la edad de 60 años de edad”.

1.2. Indica que tal reconocimiento pensional lo hizo el Banco sin tener en cuenta el derecho constitucional a mantener el poder adquisitivo de la pensión, por cuanto no trajo a valor presente el último salario mensual devengado por el actor, el cual era de \$ 8.977.22, suma que para el momento de la liquidación equivalía a 7.4 salarios mínimos de esa época (según cálculos del accionante).

1.3. Expone que entre el 15 y 28 de agosto de 2014, una vez agotado el procedimiento gubernativo para reclamar la indexación ante el Banco Popular, establecido en el artículo 6º del Código de Procedimiento Laboral, la entidad bancaria resolvió la petición manifestando “que el banco ha dado estricto cumplimiento a lo ordenado por la justicia ordinaria laboral y las disposiciones vigentes a la fecha del reconocimiento pensional”, y que “como la sentencia condenatoria que dispuso condenar al Banco Popular a pagar la pensión sanción a favor del señor Chona una vez acreditara cumplir 60 años de edad, nada dijo respecto de su cuantía, esta se ajustó al salario mínimo vigente a la fecha de causación tal como lo dispone la Ley 4 de 1976, artículo 2, tal como quedó consignado en la Resolución 05 de 1991 mediante la cual el Banco Popular reconoció a favor del señor Chona Ordoñez pensión sanción, notificada el 30 de enero de 1991, contra la cual no se interpuso recurso alguno y en consecuencia se encuentra debidamente ejecutoriada.”

1.4. Concluye que con la decisión anterior el Banco Popular desatendió los efectos erga omnes de la sentencia de constitucionalidad C-862 de 2006, sobre el poder adquisitivo de las pensiones, así como la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre la materia, especialmente la sentencia SU-1073 de 2012, que indicó que todos los pensionados del país tienen derecho a que se les reconozca la indexación pensional, sin importar el tiempo en que se adquirió el derecho, el tipo de pensión o la entidad que emitió el pronunciamiento.

1.5. Actualmente el accionante tiene 85 años de edad y presenta un diagnóstico de “LINFOMA HOGKIN CLÁSICO EST III B CON COMPROMISO DE MÉDULA ÓSEA POSIBLE LLC” lo que empeora su situación.[1]

2. Trámite de instancia y argumentos de la entidad demandada.

La acción de tutela fue interpuesta el 18 de septiembre de 2014 y su conocimiento correspondió al Juez Setenta (70) Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, quien mediante auto de esa fecha admitió la demanda y ordenó correr traslado a la entidad accionada. Surtido dicho trámite se obtuvo la respuesta que se reseña seguidamente.

En escrito radicado el 24 de septiembre de 2014 el Banco Popular, a través de apoderada, pone de presente las razones por las cuales considera que debe declararse improcedente la acción.

Afirma que el accionante pretende que se deje sin efecto una sentencia proferida por la jurisdicción ordinaria en proceso laboral, en la que no se ordenó la indexación de la primera mesada pensional. Explica que el demandante no interpuso recurso alguno contra la providencia con la finalidad de que se indexara la mesada pensional.

Agrega que no existe un perjuicio irremediable e inminente que ponga en riesgo la satisfacción de las necesidades básicas y la garantía del mínimo vital del accionante. Enfatiza, además, que la acción de tutela promovida por el ex trabajador atenta contra los principios de cosa juzgada y de autonomía funcional de los jueces, sin dejar de lado que el amparo no procede contra providencias judiciales.

Concluye que la demanda de tutela debe responder al requisito de inmediatez, el cual no se presenta por cuanto en el caso en estudio la pretensión que se reclama por vía de tutela se presenta “casi veinticinco (25) años después de la ejecutoria del fallo que resolvió el recurso extraordinario de casación”, interpuesto por el Banco Popular dentro del proceso ordinario laboral en que se adjudicó la pensión al señor José Chona Ordoñez.

II. PRUEBAS.

- Copia de la cédula de ciudadanía de Luis José Chona Ordoñez, nacido el 29 de julio de

1930 -85 años cumplidos- (folio 32 del cuaderno principal).

- Copia de la resolución núm. 5 de 1991, expedida por el Banco Popular, mediante la cual reconoce y ordena el pago de una pensión sanción mensual a favor del señor Luis José Chona Ordoñez (folios 33-36).

- Copia de la reclamación administrativa presentada por Luis José Chona Ordoñez al Banco Popular, el 15 de agosto de 2014, mediante la cual solicita la indexación de su pensión (folio 17 del cuaderno principal).

- Copia de la contestación a la petición que precede, emitida por el Banco Popular el día 28 de agosto de 2014, mediante la cual niega la solicitud elevada (folio 20 del cuaderno principal).

- Copia de los recibos de servicios públicos y del contrato de arrendamiento que dan cuenta de los gastos que sufraga mensualmente el señor Chona Ordoñez por un monto que circunda los \$700.000.00. Comprobantes de pago de la pensión que recibe mensualmente el accionante, por valor neto de \$598.000.00 (folios 21-28 del cuaderno principal).

- Copia de la declaración fuera de proceso rendida por la hija del accionante, para evidenciar que ayuda económicamente a su padre desde hace más de 10 años (folio 29 del cuaderno principal).

- Copia de la historia clínica del señor Luis José Chona Ordoñez (folios 30-31 del cuaderno principal).

- Copia de las sentencias T-362 de 2010 y T-835 de 2011, de la Corte Constitucional, y 2012-069, de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá (folios 37-118).

III. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN.

1. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Setenta Penal Municipal de Bogotá con Función de Control de Garantías, mediante fallo del 2 de octubre de 2014, niega el amparo de los derechos invocados por considerar improcedente la acción.

Arguye que la demanda no cumple con el principio de inmediatez debido a que se radicó después de 23 años del reconocimiento de la pensión respecto de la cual se persigue el reajuste. Además, expone que el interesado obtuvo esa pensión como resultado de un proceso ordinario laboral en el que tuvo la oportunidad de manifestar, mediante los recursos de ley, su desacuerdo con la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pero en el momento procesal oportuno guardó silencio.

2. Impugnación.

En forma oportuna el accionante impugna el fallo de primera instancia centrando su inconformidad en la manifestación del juzgado en relación con el requisito de inmediatez.

Argumenta que de tiempo atrás la Corte Constitucional “ha insistido, incluso hasta la saciedad, que cuando se trata de reclamaciones que buscan la actualización de la primera mesada pensional, es improcedente hablar de inmediatez a fin de negar la protección al derecho por el trascurso del tiempo”.

Cita la sentencia T-042 de 2011, en la cual se expresa que la negativa para el reconocimiento de actualización de la primera mesada pensional “puede originar la vulneración, amenaza o desconocimiento de un derecho que implica una prestación periódica”, y que si esa transgresión se presenta tiene un carácter de actualidad, de manera que en esta específica situación se cumple con el requisito de la inmediatez y, por consiguiente, se satisfacen los presupuestos exigidos para declarar procedente la acción”.

Recuerda que se trata de un adulto mayor de 85 años de edad, y que la tutela se interpone contra la decisión del Banco Popular de no indexar su pensión, pretensión diferente a la concedida en la sentencia que emitió la Corte Suprema de Justicia, toda vez que ese juicio no versó sobre indexación pensional sino sobre el despido injusto que sufrió el actor.

Agrega que si bien podría obtener el reajuste y retroactivo pensional por la vía ordinaria, tal y como hoy se reconoce a los pensionados anteriores a 1991, transcurriría mucho tiempo mientras ello acontece, sin que pueda dejarse de lado que se trata de un señor de avanzada edad que “simplemente busca pasar los últimos días de su vida con la pensión indexada para la que realmente trabajó y nada más; así sea por la protección del mecanismo

transitorio”.

3. Sentencia de segunda instancia.

Mediante decisión del 23 de enero de 2015, el Juez Trece Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá confirmó el fallo de primera instancia en el sentido de negar el amparo solicitado.

El ad-quem analiza la improcedencia de la acción de tutela al considerar que no se configuraron algunas de las condiciones exigidas por la Corte Constitucional, tales como haber acudido previamente a la jurisdicción ordinaria, ni haber acreditado las condiciones materiales del pensionado que justifiquen la protección por vía de tutela, como es la situación de persona de avanzada edad y la real afectación de derechos fundamentales.

Como complemento a las consideraciones anteriores el Juez Trece Penal del Circuito expone lo siguiente: “aun cuando el amparo constitucional puede proceder de manera excepcional, como mecanismo transitorio, mientras el juez natural define el asunto, es necesario constatar que, dadas las circunstancias del caso, la intervención del juez constitucional es imprescindible para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable o se compruebe la total ineficacia del otro medio de defensa”.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

1. Competencia.

Esta Sala es competente para analizar los fallos materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico.

Corresponde a la Corte Constitucional determinar si la negativa de una entidad a indexar la primera mesada pensional de un ex trabajador a quien le reconoció la pensión sanción antes de la Constitución de 1991, en cumplimiento de una orden judicial, vulnera los derechos al mínimo vital y al mantenimiento del poder adquisitivo de la pensión, bajo el argumento de que la autoridad judicial que la condenó al reconocimiento y pago de la

misma no obligó a ello.

La resolución de este problema jurídico puede hacerse mediante una reiteración de la jurisprudencia constitucional vigente sobre (i) procedibilidad de la acción de tutela para proteger el derecho a la indexación de la primera mesada pensional y (ii) el derecho a la indexación del salario de base para el cálculo de la primera mesada pensional. Con fundamento en ello (iii) analizará el caso concreto.

3. Procedibilidad de la acción de tutela para proteger el derecho a la indexación de la primera mesada pensional. Reiteración de jurisprudencia

3.1. La Carta Política de Colombia, en su artículo 86, y el Decreto 2591 de 1991, en su artículo 6º, consagran como regla general que la acción de tutela es un instrumento subsidiario de protección de los derechos fundamentales; por lo mismo, en principio no es el mecanismo natural para resolver las controversias relacionadas con asuntos prestacionales, particularmente en materia pensional.[2]

Sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela para proteger el derecho a la indexación de la primera mesada pensional, siempre y cuando se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable o cuando el medio judicial ordinario no sea eficaz ni expedito para otorgar una protección inmediata. En este sentido, por ejemplo, en la sentencia T-083 de 2004 la Corte explicó lo siguiente:

“3.3. No obstante lo dicho, la regla que restringe la participación de la acción de tutela en la protección de los derechos prestacionales tampoco es absoluta. Conforme con su propia filosofía, la Corte ha venido sosteniendo que, excepcionalmente, es posible el reconocimiento de esta clase de derechos por la vía del amparo constitucional, no solo cuando se ejerce como mecanismo transitorio, caso en el cual es necesario demostrar la existencia de un perjuicio irremediable, sino también cuando el medio judicial preferente es ineficaz o no es lo suficientemente expedito para brindar una protección inmediata, circunstancias que deben ser valorados por el juez constitucional en cada caso particular.”[3]

En la sentencia T-130 de 2009 esta Corporación estudió el caso de una persona que se pensionó de la Caja Agraria en 1999, sin que se hubiera actualizado su salario a la hora de

efectuar el cálculo de la mesada pensional. Una vez surtido el proceso ordinario laboral, resuelto desfavorablemente al peticionario en ambas instancias, la Corte convalidó que no era necesario haber interpuesto el recurso de casación por cuanto la postura de la Corte Suprema de Justicia tendía a negar la indexación de la primera mesada en pensiones convencionales, deviniendo infructuoso el referido recurso, por lo que en ese caso el actor podía acudir directamente a la acción de tutela. En dicha sentencia la Corte Constitucional se expresó en los siguientes términos:

“Respecto de la segunda exigencia atinente al agotamiento de todos los mecanismos judiciales de defensa requeridos para obtener el reconocimiento de su derecho pensional, conviene precisar que en el presente caso, a partir de la lectura del expediente, se evidencia que el actor agotó todos los medios judiciales ordinarios que se encontraban a su alcance por cuanto en vista de la jurisprudencia sentada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en el sentido de negar de manera constante la indexación de la primera mesada pensional en pensiones convencionales, acudir al recurso ordinario de casación devenía infructuoso, así que para evitar ese inconveniente y con ello superar el obstáculo que impedía su acceso a la administración de justicia, el actor resolvió acudir a la acción de tutela.”[4]

De igual manera ocurrió en la sentencia T-447 de 2009, en la cual se examinó el caso de una persona que instauró acción de tutela buscando la indexación de su mesada pensional después de haber cursado proceso ordinario laboral fallado desfavorablemente. Este Tribunal, al referirse a la procedencia de la acción de tutela, también consideró innecesario el requisito de haber agotado todos los mecanismos de defensa judicial teniendo en cuenta la posición de la Corte Suprema de Justicia de no conceder la indexación de la primera mesada pensional.

En la sentencia T-362 de 2010, esta Corte señaló que cuando se formule la acción de tutela como mecanismo principal en casos de reclamación de la indexación de la primera mesada pensional, el peticionario no se encontrará en la obligación de agotar los medios ordinarios de defensa y podrá acudir directamente a la tutela cuando el caso en concreto se enmarque en las hipótesis que han sido enumeradas por este Tribunal en los siguientes términos:

“Con base en el recorrido jurisprudencial que acaba de realizar la Sala, se pueden sacar las

siguientes conclusiones de utilidad para el caso concreto:

- La indexación de la primera mesada pensional es un instrumento que sirve para garantizar el derecho al mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, que se deriva de los artículos 48 y 53 de la Constitución Política.
- Su protección por vía de tutela ha sido procedente, cuando se configuran los requisitos señalados en el párrafo número 13 de este fallo, o cuando se vislumbra la configuración de un perjuicio irremediable, como consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental como el mínimo vital o la igualdad, en algunos casos con carácter definitivo y en otros con carácter transitorio, dependiendo de las precisas circunstancias de cada caso concreto.
- La edad de los afectados ha sido un elemento pilar de los fallos que han concedido la acción de tutela en estos casos, no solamente por el derecho a gozar de una especial protección constitucional consagrado en el artículo 46 de la Constitución Política, sino porque la combinación de la pérdida del poder adquisitivo del ingreso con el aumento de la edad, genera inminente el perjuicio irremediable que eventualmente puede recaer sobre estos sujetos.
- Circunstancias como la desproporción de los montos pensionales, el estado de liquidación del accionado, la edad y estado de salud del actor y la vía de hecho administrativa, son algunos de los factores que han sido ponderados por la Corte Constitucional para deducir la configuración del perjuicio irremediable y conceder el derecho en aquellos casos en los cuales las acciones judiciales ante la justicia ordinaria no fueron agotados previamente."

La Corte Constitucional, respecto de los peticionarios que en los casos entonces examinados reclamaban el derecho a la indexación de la primera mesada, estableció que no debían agotar todos los medios de defensa judicial, y particularmente el recurso extraordinario de casación, por cuanto se encontrarían con la aplicación de una jurisprudencia desfavorable y restrictiva que hacía inocuo su ejercicio.

En esta sentencia por ejemplo, la Corte concedió el amparo a una pensionada de Cajanal que había obtenido la pensión en 1989 con una mesada calculada sobre un salario no indexado. Ella había elevado solicitud de indexación ante Cajanal pero la respuesta que obtuvo fue negativa. Tenía 71 años, su madre, de 100, dependía de ella y los ingresos que

recibía eran insuficientes para cubrir su mínimo vital.

La Corte recordó varios casos en que los mecanismos de defensa judicial ordinarios no fueron agotados por el actor y en los cuales, sin embargo, concedió la tutela ordenando la indexación de la primera mesada pensional (sentencias T-1169 de 2003 y T-390 de 2009). En el asunto en concreto se determinó que la entidad demandada, al negar la indexación, desconoció el precedente constitucional de la sentencia C-862 de 2006 y ordenó a Cajanal que dejara sin efectos las resoluciones que negaron el derecho a indexar y que reconociera a la peticionaria la indexación de la primera mesada pensional sobre un salario actualizado entre el momento en que se desvinculó y el momento en que se jubiló.

Ahora bien, este Tribunal ha establecido que la acción será procedente cuando persiga solicitar la indexación de la primera mesada pensional, siempre que se trate de una persona que ya ha adquirido la mesada, haya actuado en sede administrativa, acudido a las vías judiciales ordinarias o demuestre que es imposible hacerlo y que acredite las condiciones materiales que justifiquen la protección por este medio. Sobre el particular en la sentencia T-935 de 2011 la Corte puntualizó lo siguiente:

“Ahora bien, tratándose de reliquidación de mesadas pensionales la jurisprudencia constitucional ha establecido unas subreglas de procedencia de la acción de tutela. Al respecto, la Sentencia T-526 de 2010 expuso las siguientes:

- a) Que la persona interesada haya adquirido el status de jubilado, o lo que es igual, que se le haya reconocido su pensión.
- b) Que el jubilado haya actuado en sede administrativa; es decir, que haya interpuesto los recursos de vía gubernativa contra el acto que reconoció la pensión, haya presentado la solicitud de reliquidación ante el respectivo fondo de pensiones o, en igual medida, requerido a la respectiva entidad para que certifique su salario real y ésta se hubiere negado.
- c) Que el jubilado haya acudido a las vías judiciales ordinarias para satisfacer sus pretensiones, se encuentre en tiempo de hacerlo o, en su defecto, demuestre que ello es imposible por razones ajenas a su voluntad.

d) Que el jubilado acredite las condiciones materiales que justifican la protección por vía de tutela, esto es, su condición de persona de la tercera edad, que la actuación resulta violatoria de sus derechos fundamentales como la dignidad humana, la subsistencia, el mínimo vital y la salud en conexidad con la vida u otras garantías superiores, y que el hecho de someterla al trámite de un proceso ordinario hace más gravosa su situación personal.”[5]

De esta forma, en algunos casos puede ser desproporcionado someter a una persona a la espera de un proceso ordinario que resuelva su pretensión. En sentencia T-182 de 2015, en relación con la indexación de una mesada pensional, este Tribunal señaló lo siguiente: “Por ejemplo, cuando se trata de adultos mayores, esta corporación ha manifestado que, por la disminución de sus capacidades físicas, la reducción de las expectativas de vida y la mayor afectación en sus condiciones de salud, estas personas constituyen uno de los grupos de especial protección constitucional y, por este motivo, resulta para ellos desproporcionado ser sometidos a esperar que en un proceso ordinario se resuelvan sus pretensiones”.

3.2. De otra parte en algunas oportunidades este Tribunal ha considerado una carga desproporcionada exigir a los peticionarios que agoten los mecanismos ordinarios de defensa judicial con ocasión de su particular condición socioeconómica y de salud.

En la sentencia T-457 de 2009, por ejemplo, la Corte estudió el caso de una persona que se había pensionado de Ecopetrol en 1981, sin que se hubiese actualizado el último salario para calcular la mesada pensional. Al observar que su mínimo vital se estaba viendo afectado y que por su avanzada edad sería inocuo que este cursara un proceso en la jurisdicción ordinaria, aceptó que el peticionario hubiese presentado algunas solicitudes de indexación frente a Ecopetrol, todas denegadas, y sin acudir a la jurisdicción ordinaria instaurara acción de tutela.

En ese caso el peticionario acreditó que él y su esposa tenían 77 y 73 años de edad, respectivamente, y presentaban problemas de salud, por lo que este Tribunal concluyó que someter al accionante a un proceso ordinario para solicitar la indexación del salario base para la liquidación de la primera mesada pensional resultaría desproporcionado y contrario a los artículos 13 y 46 de la Constitución. En consecuencia, ordenó a la entidad demanda reconocer y actualizar el salario base para la liquidación de la primera mesada pensional

del peticionario, de acuerdo con el Índice de Precios al Consumidor.

En términos similares, en sentencia T-182 de 2014 la Corte Constitucional estudió el caso de una persona pensionada por la Gobernación del Departamento del Valle del Cauca, en marzo 3 de 1977, quien mediante derecho de petición solicitó el pago de la indexación de la primera mesada pensional a esa entidad, pero la misma le fue negada. Al establecer la procedencia de la acción, la Corporación determinó que si bien era cierto que el actor contaba con otros mecanismos de defensa judicial, distintos al de la tutela, también lo era que se trataba de un sujeto de especial protección constitucional, ya que a la época de la acción contaba con 91 años de edad, circunstancia que no fue tomada en cuenta por el juez de instancia al señalar que el demandante debió haber acudido a otros mecanismos judiciales diferentes a la tutela.

La Corte determinó que era innegable que las vías ordinarias, que el juez de primera instancia consideró serían idóneas, superarían muy probablemente la expectativa de vida del actor, convirtiéndose la jurisdicción contenciosa administrativa y la ordinaria laboral en mecanismos no expeditos ni eficaces para ofrecer al actor la protección de sus derechos invocados. Por esta razón concluyó la importancia de que el actor obtuviera una respuesta urgente y una solución sin demoras a su situación. Por lo anterior, ordenó a la demandada reconocer y pagar la indexación de la primera mesada pensional. De igual manera, “en relación con el pago de las mesadas atrasadas, ordenar el pago retroactivo de las diferencias entre los valores efectivamente recibidos y el valor de la mesada indexada, comprendidos en los tres años anteriores contados a partir de la sentencia SU-1073 de 2012.”

3.3. En relación con el requisito de la inmediatez, este Tribunal ha manifestado que debe existir un tiempo razonable entre el momento de la ocurrencia del hecho que da lugar a la amenaza o transgresión del derecho fundamental y la interposición de la acción de tutela.

Sin embargo, si el asunto se relaciona con prestaciones periódicas como las mesadas pensionales, casos en los cuales la afectación es continua, es posible la interposición de la demanda en cualquier época, sin que sea válido declarar la improcedencia de la acción bajo el argumento de haber transcurrido mucho tiempo desde el momento en que se concedió la

pensión o se generó una modificación en el ordenamiento jurídico que dio lugar a la afectación u otro reparo de cualquier índole[6].

Así, por ejemplo, en la sentencia T-130 de 2009 la Corte explicó que no es posible invocar el supuesto de la inmediatez para negar el amparo solicitado cuando se encuentran de por medio derechos que vienen siendo vulnerados en el tiempo, toda vez que la transgresión persiste hasta que efectivamente sea indexada la mesada pensional.

En la sentencia T-206 de 2014 por ejemplo, la Corte estableció que la carga de inmediatez en interposición de la acción de tutela es desproporcionada cuando se trata de una persona de la tercera edad o que se encuentra en una situación de debilidad manifiesta. Al respecto estableció:

“El artículo 46 constitucional consagra la obligación del Estado de proteger y asistir a las personas de la tercera edad, garantizando su seguridad social integral, obligación que no prescribe ni caduca por el paso del tiempo.

Con base en estos postulados, es legítimo otorgar especial comprensión a las contingencias que pudieren incidir en que una persona de avanzada edad no acudiese al mecanismo constitucional de amparo, con la prontitud que se espera que lo haga una persona que no esté afrontando las debilidades que acompañan la senectud.”

De esta manera, la inmediatez no puede ser aplicada de manera estricta cuando se trate de vulneraciones que puedan persistir en el tiempo, como en el caso de derechos irrenunciables que no prescriben, como es el caso de la indexación de pensiones.

4. El derecho a la indexación del salario de base para el cálculo de la primera mesada pensional. Reiteración de jurisprudencia.

4.1. Antes de referirse al derecho de indexación de las mesadas pensionales, cabe recordar que la cuantía de toda pensión sanción que se otorgue, debe ser directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador si hubiese reunido todos los requisitos de ley para ser beneficiario de la pensión plena, la cual se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año en que se laboró.

Al respecto, la Ley 171 de 1961, mediante la cual se reforma ley 77 de 1959 y se dictan otras disposiciones sobre pensiones, establece lo siguiente:

“Artículo 8o._ 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 la vigencia de la presente ley, tendrá 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 solo 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 del Trabajo, y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.

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

Se concluye, de conformidad con la citada norma, que las entidades a cargo no pueden tomar como valor para liquidar la pensión, cualquier monto salarial sino que, contrario sensu, deben liquidarlo con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.

4.2. Por otra parte, han sido varios los pronunciamientos tanto de tutela[7] como de constitucionalidad[8] en los que la Corte Constitucional se ha referido al derecho a la indexación de la primera mesada pensional; en todos ellos ha protegido de manera uniforme el derecho a mantener el poder adquisitivo de la misma.

El fundamento constitucional en esta materia se encuentra consignado en el artículo 48 de la norma superior, según el cual:

“La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

(...)

Sin perjuicio de los descuentos, deducciones y embargos a pensiones ordenados de acuerdo con la ley, por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho.

(...)

Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, la ley podrá determinar los casos en que se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión.” (subrayado fuera del texto original).

También dispone el artículo 53 Superior que “[e]l Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales”.

Cuando esta Corte se pronunció sobre la constitucionalidad de la forma de liquidación y los requisitos para acceder a la pensión de jubilación contenidos en el Código Sustantivo del Trabajo, calificó como derecho fundamental la indexación del salario base para liquidar las pensiones de vejez, atendiendo al fenómeno de la inflación que en países como Colombia afectan fuertemente el poder adquisitivo de la moneda. De esta manera, la Corte ha preferido el mecanismo de la indexación para actualizar las obligaciones dinerarias, especialmente en materia de pensiones.

De forma que, basándose en los artículos constitucionales anteriormente citados, esta Corte ha explicado que el derecho a mantener el poder adquisitivo de las mesadas pensionales es de rango constitucional y se deriva, a su vez, de otro igual de importante: el de la indexación de la primera mesada pensional; o en otras palabras, la actualización del salario base con el que se realiza el cálculo de la primera mesada pensional.[9] En concreto, este Tribunal se ha referido a la indexación en los siguientes términos:

“De lo anterior se concluye que la jurisprudencia constitucional ha entendido que la indexación es un mecanismo para garantizar la actualización del salario base para liquidación de la primera mesada pensional, cuando ha mediado un tiempo sustancial entre el momento en que el trabajador se retira de su trabajo y el reconocimiento de la pensión. Dicha garantía tiene fundamento en el derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de la pensión y reside fundamentalmente en los artículos 48 y 53 de la Carta.”[10]

4.3. En la sentencia C-862 de 2006 la Corte hizo alusión al vínculo directo que existe entre el derecho al mínimo vital y la actualización de la mesada pensional. En esa providencia dijo:[11]

“La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado reiteradamente que existe un vínculo directo entre el derecho a la actualización de la mesada pensional y el goce efectivo del derecho al mínimo vital de los pensionados, quienes por regla general son adultos mayores acreedores de un especial nivel de protección constitucional. Así se estableció con claridad en la sentencia C-862 de 2006:

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 mínimo vital, en esa medida se han establecido presunciones tales como que el no pago de la mesada pensional vulnera el derecho al mínimo vital. 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, por regla general adultos mayores o personas de la tercera edad y por lo tanto sujetos de especial protección constitucional”.

Es así como, la Corte Constitucional ha enfatizado que de no existir actualización del valor de la mesada se vería afectado directamente el derecho al mínimo vital de las personas, por lo que se concluye que existe una relación próxima entre los dos derechos.

En este sentido, es necesario que en cada caso particular se valore cualitativamente el mínimo vital de una persona atendiendo a sus condiciones sociales, económicas y personales, de manera que el juez aprecie todas las circunstancias que rodean su entorno familiar, sus recursos, sus egresos sus necesidades y los montos que requiere para satisfacerlas de manera que pueda establecer si efectivamente se vulnera o no el derecho al mínimo vital.

Por consiguiente, en procura de estos derechos, la Corte Constitucional ha establecido una presunción de afectación a favor de quienes no han obtenido la actualización de sus mesadas pensionales, que periódicamente les permite acceder al conjunto de prestaciones que constituyen el mínimo vital y del cual, en muchas ocasiones, depende no solo el pensionado sino también su núcleo familiar.

4.4. Ahora bien, es de recordarse que con anterioridad a la Constitución de 1991 también se otorgaron pensiones y muchas de ellas no se ajustaron a las nuevas disposiciones y postulados propios del Estado Social de Derecho, por lo que será necesario referirse a la indexación de las mesadas pensionales causadas con anterioridad a la Carta Política de 1991[12].

En primer lugar es necesario aclarar que no es dable el pago de mesadas que hayan prescrito, por lo que solo se reconocerá el de aquellas causadas durante los tres años

anteriores a la fecha de expedición de la sentencia que estudie cada caso en particular. Respecto de este tema, la Corte Constitucional en la sentencia SU-415 de 2015, señaló:

“Contabilización del término de prescripción

5.9. Cuando se verifica una violación al derecho a la indexación del salario base de liquidación de alguna persona, la Corte se ha ocupado de establecer cómo debe contabilizarse el término de prescripción de las mesadas pensionales.

5.10. La regla establecida en la providencia mencionada fue reiterada en la sentencia SU-131 de 2013.[14] Allí se dispuso que a una persona cuyo derecho pensional fue causado con anterioridad a la Constitución Política de 1991, le fuera reconocido “el valor de la mesada indexada, comprendidos en los tres años anteriores, contados a partir de la fecha de esta sentencia.” Tal determinación se tomó con base en lo sostenido en la SU-1073 de 2012 sobre el derecho a la indexación de prestaciones causadas antes de la Constitución Política de 1991 y la forma de contabilizar el término de prescripción.[15]

5.11. Por tanto, la garantía de indexación de la primera mesada pensional de prestaciones causadas antes de la Constitución de 1991 se extiende retroactivamente para todas las mesadas no prescritas, causadas durante los tres (3) años anteriores a la fecha de expedición del fallo que estudia el caso actual, conforme a lo reglado en las sentencias de unificación de jurisprudencia SU-1073 de 2012 y SU-131 de 2013.”

Por consiguiente, se concluye que todos los pensionados, incluso aquellos que obtuvieron la pensión antes de 1991, tienen derecho a la indexación del salario base de liquidación, teniendo en cuenta que el fenómeno inflacionario afecta el poder adquisitivo de la moneda sin discriminación alguna, por lo que no actualizar las mesadas pensionales trasgrediría los derechos a la igualdad, la universalidad y la favorabilidad de los pensionados.

Esta garantía del derecho a la indexación se extiende a las mesadas no prescritas, comprendidas en los tres (3) años anteriores al fallo que estudia el respectivo caso.

En varias oportunidades la Corte ha otorgado el derecho a la indexación de las mesadas pensionales de quienes adquirieron su pensión con anterioridad a la entrada en vigor de la Carta Política de 1991.[16] En la sentencia T-1169 de 2003 se ordenó el pago indexado de

las mesadas pensionales reconocidas a favor de un ciudadano que había obtenido la pensión en 1980. En esa oportunidad la Corte se expresó al respecto en los siguientes términos:

“En efecto, el derecho a recibir la pensión que le fue reconocido al peticionario por un juez de la República en el año de 1980, debe ser interpretado en armonía con lo previsto en los artículos 13, 48, 53 y 230 de la Constitución, en concreto a la luz de los principios pro operario y de favorabilidad y en aras de proteger al trabajador como la parte más débil de la relación laboral.

Adicionalmente, la Corte considera que es contrario a los criterios de equidad y justicia pagar al demandante una mesada pensional tomando como base el salario que devengaba hace más de veinticinco años y sin ningún tipo de actualización que permita proteger el poder adquisitivo del dinero ante los fenómenos inflacionarios derivados del paso del tiempo.”[17]

En la sentencia T-457 de 2009, por su parte, la Corte fue enfática en recordar 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 Ley 100 y a la Constitución de 1991, toda vez que el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo afecta a todos los pensionados.[18]En esa ocasión sostuvo:

“De ahí que esta Corporación haya sido enfática en afirmar 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 Política de 1991, pues el fenómeno de pérdida de poder adquisitivo de la moneda afecta por igual a todos los pensionados. Al respecto, la Corte ha precisado que la situación relativa a los cambios en el ordenamiento jurídico, así como el reconocimiento de dicho fenómeno, no pueden confundirse con el hecho de que sólo a partir de la expedición la Carta y especialmente de las sentencias de esta Corporación SU-120 de 2003, C-862 y C-891A de 2006, es que el derecho a la indexación de la primera mesada pensional puede hacerse efectivo ante los jueces y la administración.”

También cabe mencionar lo señalado por esta Corte en sentencia SU-1073 de 2012, en la que se refirió al principio de la seguridad jurídica en relación con la indexación de las

mesadas pensionales, resaltando que sería desproporcionado exigir a los entes obligados cancelar sumas de dinero derivadas de un derecho que durante mucho tiempo fue incierto. En esa sentencia indicó:

“En primer lugar, resalta la Sala la necesidad de garantizar el principio de seguridad jurídica en este caso, pues la indeterminación en la existencia del derecho a la indexación de la primera mesada pensional, y la negativa de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia frente al reconocimiento de la indexación de pensiones causadas con anterioridad a 1991, podría acarrear problemas en la determinación del momento a partir del cual la prestación es exigible. En efecto, sería desproporcionado reclamar a los entes obligados cancelar sumas de dinero surgidas de un derecho que por mucho tiempo fue incierto.

Al respecto, se debe recordar que, sólo hasta que fue expedida la sentencia C-862 de 2006, la Corte definió con carácter erga omnes que a partir de la interpretación de los artículos 48 y 53 de la Constitución de 1991 debía entenderse que existe un derecho constitucional de todos los pensionados a que el monto de la primera mesada pensional se calcule sobre un salario base indexado, de acuerdo con la variación del índice de precios al consumidor. Por lo tanto, sólo a partir de tal fallo llegó a admitirse que dicho derecho beneficiaba a todos los pensionados, sin que sobre el particular pudieran hacerse distinciones discriminatorias entre beneficiarios de pensiones legales, convencionales, ordinarias, pensiones sanción, etc. Estas consideraciones, como se reitera, se basaron en la interpretación de la Carta Política de 1991.

No obstante, ni siquiera en 2006 existía una posición uniforme en relación con las pensiones causadas bajo el marco constitucional de 1886.

De manera que, es a través de esta sentencia de unificación que la Corte Constitucional consolida la jurisprudencia con el fin de proteger el principio de seguridad jurídica respecto de los fallos judiciales divergentes que han proferido distintas jurisdicciones, los cuales han impedido la realización del derecho universal de la indexación. En este sentido, es sólo hasta esta sentencia de unificación que la Corte ha resuelto las contradicciones creadas por las diferentes decisiones judiciales respecto a la indexación de la primera mesada de las pensiones reconocidas antes de 1991.

De ahí que, sólo hasta este momento exista claridad sobre la obligatoriedad de indexar las

pensiones reconocidas antes de la Constitución de 1991, de manera que desde la fecha hay certeza sobre la exigibilidad de la indexación y la obligación de las autoridades de efectuar su reconocimiento.

En segundo lugar, observa la Sala que, en caso de ordenar el pago retroactivo de la indexación desde la fecha en la que se presentó la primera reclamación a la entidad, se pondría en riesgo la estabilidad financiera del Sistema General de Pensiones, desconociendo otro principio constitucional: el de sostenibilidad fiscal consagrado en el artículo 334 de la Constitución Política, que ordena que el mismo debe “orientar a las Ramas y órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.”

En la misma providencia estableció, en concordancia con el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, que señala que “[l]as acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto”, que pese a que el derecho a la indexación de la primera mesada pensional es universal, al existir divergencia interpretativa sobre su procedencia en aquellas causadas antes de 1991, sólo a partir de esa decisión de unificación se podría predicar un derecho cierto y exigible.

Por último, en relación con la fórmula que debe emplearse para calcular la indexación pensional, la jurisprudencia ha señalado que deberá ser la establecida a partir de la sentencia T- 098 de 2005, por tratarse de la que mejor se aviene a los mandatos de la Carta Política.[19]

5. Caso concreto

5.1. El primer asunto del cual se debe ocupar la Sala es el atinente a la procedibilidad de la tutela, toda vez que los jueces de instancia negaron la acción por cuanto consideraron que no se configuró el requisito de la inmediatez, que el actor pudo haber acudido a las acciones laborales ordinarias y contenciosas administrativas, y por no haberse acreditado las condiciones materiales que justifiquen la protección por vía de tutela, como sería la situación de persona de avanzada edad y la real afectación de derechos fundamentales.

Sobre lo anterior la Sala recuerda que si bien es cierto que el Constituyente consagró las acciones ordinarias para la protección de los derechos laborales, no lo es menos que cuando es inminente que pueda ocasionarse un daño irremediable es procedente acudir a la acción de tutela. [20]

5.2. En el caso bajo estudio, después de analizadas las pruebas allegadas al expediente, la Sala advierte que el accionante tiene 85 años de edad y presenta un diagnóstico de “LINFOMA HOGKIN CLÁSICO EST III B CON COMPROMISO DE MÉDULA ÓSEA POSIBLE LLC”[21], por lo que se verifican al menos dos circunstancias que omitió valorar el juez de instancia, ya que señaló que el señor Luis José Chona Ordoñez debió haber acudido a otros mecanismos judiciales diferentes a la tutela, sin tener en cuenta su estado de salud y su avanzada edad.

Además, de acuerdo con la documentación aportada, el accionante posee como ingresos únicamente el valor de \$616.000.00, que recibe por concepto de pensión, con los cuales debe atender los gastos de servicios públicos, que ascienden a \$ 497.000.00, de arriendo, equivalentes a \$ 400.000.00, y de manutención de él y de su esposa, por valor de \$ 300.000.00, lo que finalmente no es suficiente y tampoco le permite dedicar suma alguna a su recreación o gastos imprevistos, por lo que requiere del apoyo de su familia cercana.[22]

Con la edad que cuenta, la situación económica y las enfermedades que padece el accionante, el señor Luís José Chona Ordoñez no se encuentra en capacidad de defender sus derechos fundamentales ante la jurisdicción ordinaria.

Siendo esa la situación del accionante, las vías ordinarias que el juez de segunda instancia señaló como las apropiadas superarían muy probablemente su expectativa de vida, convirtiéndose la jurisdicción ordinaria laboral en mecanismo no expedito ni eficaz para brindar al actor la protección oportuna de sus derechos.

Resulta necesario que el actor obtenga una respuesta urgente y una solución sin demoras a su situación. Por tal razón, la Sala encuentra que la presente acción de tutela es procedente, por lo cual realizará el examen de fondo del caso en estudio.

5.3. Ahora bien, de los hechos narrados en el escrito de tutela y de los documentos

aportados en el trámite de la acción la Sala encuentra probados los siguientes sucesos:

Al señor Luis José Chona Ordoñez se le reconoció, mediante sentencia judicial, a partir del 29 de julio de 1990, una pensión sanción a cargo del Banco Popular, otorgada mediante Resolución núm. 5 de 1991.

Mediante petición de fecha 15 de agosto de 2014, dirigida al Banco Popular, el actor solicitó el pago de la indexación de la primera mesada pensional.

A través de respuesta de fecha 28 de agosto de 2014, el Banco le negó la solicitud bajo el argumento de haber dado estricto cumplimiento a lo ordenado por la justicia ordinaria laboral y las disposiciones vigentes a la fecha del reconocimiento pensional; y que teniendo en cuenta que la sentencia condenatoria nada dijo respecto de su cuantía, esta se ajustó al salario mínimo vigente a la fecha de causación, tal como lo dispone la Ley 4 de 1976, artículo 2º, como se refleja en la Resolución 5 de 1991 mediante la cual el Banco Popular reconoció a favor del señor Chona Ordoñez la pensión.

Por esto, el señor Luis José Chona Ordoñez instauró acción de tutela para que se ordene al Banco Popular la indexación de su primera mesada pensional.

5.4. En primer lugar, observa esta Sala, que el Banco Popular incurrió en un primer error al conceder la pensión sanción del actor estableciendo como monto de la misma un salario mínimo y no promediar los salarios devengados por el accionante durante los últimos años de servicios, como indica el artículo 8º de la ley 171 de 1961, estudiada en el acápite de las consideraciones de esta sentencia, por lo que en primer lugar, deberá ajustarse la misma de conformidad con el promedio de salarios devengados durante el último año de servicios.

Así, teniendo en cuenta que Banco Popular le reconoció una pensión sanción por valor de \$5.050.00, equivalente a un salario mínimo legal vigente para esa época, y que el actor manifiesta que al terminar sus servicios devengaba \$8.977.22, deberá verificar los montos que efectivamente devengaba y promediar el monto de conformidad con los salarios recibidos durante el último año.

5.5. Considera la Sala que la negativa por parte del Banco Popular al reconocimiento y pago

de la indexación de la mesada pensional del actor, al estimar erróneamente que no tenía la obligación de indexar, toda vez que la autoridad judicial que lo condenó al pago de la pensión sancionada expresó al respecto, constituye una vulneración de los derechos del accionante, quien cumple con la condición del paso del tiempo entre el retiro y el reconocimiento de la pensión, lo cual es requerido para acceder a la indexación de la primera mesada pensional.

De manera que, teniendo en cuenta lo establecido por esta Corte, al ser la mesada pensional un mecanismo que garantiza el derecho al mínimo vital de las personas de la tercera edad, toda vez que se trata de una prestación periódica dineraria que permite a las personas acceder a sus prestaciones constitutivas de ese mínimo vital, no reconocer la pérdida de capacidad adquisitiva de la moneda vulneraría, dicho derecho.

En este sentido, una vez valorado el mínimo vital de actor, junto con sus condiciones sociales, económicas y personales, sus ingresos, egresos y en sí los montos que requiere para que no se le vulnere este derecho, se tiene que los gastos del accionante ascienden a un valor de \$1.197.000.00, mientras que sus ingresos no superan los \$616.000.00 que recibe por concepto de pensión sancionada, toda vez que no cuenta con otra fuente de ingresos que le permita satisfacer sus necesidades básicas.

Por lo anterior, teniendo en cuenta las condiciones necesarias para acceder al pago de la indexación pensional, como se expuso en la parte considerativa de esta sentencia, la Corte Constitucional ha definido en qué circunstancias se accede a la misma.

Por otra parte, la legislación ha establecido que todas las personas tienen derecho a la actualización del salario base para liquidación de la primera mesada pensional, cuando ha mediado un tiempo sustancial entre el momento en que se retira de su trabajo y le es reconocida efectivamente la pensión, garantía que tiene fundamento en el derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de la pensión. En el presente caso, se tiene que el señor Chona dejó de trabajar el 31 de julio de 1974 y su pensión le fue reconocida a partir del 29 de julio de 1990, por lo que su caso se enmarca dentro de los supuestos requeridos para ser acreedor de la actualización de su mesada pensional.

5.6. En consecuencia, esta Sala procederá a revocar los fallos del 2 de octubre de 2014 y

23 de enero de 2015 proferidos por el Juzgado Setenta Penal Municipal de Bogotá con Función de Control de Garantías y el Juzgado Trece Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, respectivamente, y en su lugar, concederá el amparo de tutela.

El Banco Popular deberá actualizar el salario de base para el cálculo de la mesada pensional del señor Luis José Chona Ordoñez y mientras dure vigente esta prestación pensional, le sea consignada al señor Luis José Chona Ordoñez la suma indexada y actualizada de su pensión de acuerdo con los parámetros fijados por la jurisprudencia constitucional, aplicando la fórmula explicada en la resolución del caso concreto de esta sentencia.

5.7. La fórmula que deberá aplicar el Banco Popular para efectuar la indexación de la primera mesada pensional del actor es la siguiente.[23]

$R = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$

índice inicial

El valor presente de la condena (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el promedio de lo devengado por el demandante durante el último año de servicios, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor vigente a la fecha a partir de la cual se reconoció la pensión, entre el índice inicial, que es el existente al 31 de julio de 1974, fecha en la que dejó de trabajar en el Banco Popular.

Debe determinarse así el valor de la primera mesada pensional actualizada a la fecha en que se causó el derecho a la pensión -29 de julio de 1990, fecha en la que cumplió los 60 años exigidos para ser beneficiario de la misma-. El Banco Popular procederá a reconocer y liquidar los reajustes pensionales de los años posteriores, conforme a la normatividad aplicable.

Después establecerá la diferencia resultante entre lo que debía pagar y lo que efectivamente cubrió como consecuencia del reconocimiento de la pensión. De dichas sumas no se descontarán los aportes que por ley corresponda hacer al pensionado al sistema de seguridad social en salud, si se encuentra que los mismos se pagaron.

La suma insoluta o dejada de pagar, será objeto de ajuste al valor, desde la fecha en que se

dejó de pagar hasta la notificación de esta sentencia, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

índice inicial

Donde el valor presente de la condena (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de pagar al pensionado, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor vigente a la fecha de notificación de esta sentencia, entre el índice inicial, que es el vigente al causarse cada mesada pensional.

Por tratarse de una obligación de tracto sucesivo, la entidad demandada aplicará la fórmula separadamente, mes por mes, empezando por la primera mesada pensional que devengó el actor sin actualizar, y para los demás emolumentos (primas), teniendo en cuenta que el índice aplicable es el vigente al causarse cada una de las prestaciones.

V. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia del 23 de enero de 2015, proferida por el Juzgado Trece Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, que decidió en segunda instancia la acción de tutela instaurada por el señor Luis José Chona Ordoñez contra el Banco Popular S.A. En su lugar, CONCEDER la tutela de sus derechos a la vida en condiciones dignas, al mínimo vital, a la seguridad social, al mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones y a la indexación de la primera mesada pensional.

Segundo.- ORDENAR al Banco Popular S.A. que, en un término de diez (10) días hábiles, contados a partir de la notificación del presente fallo:

-Reconozca y actualice la base de liquidación de la pensión del señor Luis José Chona Ordoñez, desde el 31 de julio de 1974, fecha en la que dejó de trabajar en el Banco Popular,

de acuerdo con el índice de precios al consumidor, como se indica en los considerandos de esta providencia, de manera retroactiva y en aquellas mesadas que no se encuentren prescritas, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

Tercero.- Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado Ponente

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Folios 30 y 31.

[2] Sentencias T-371 de 1996, T-476 de 2001, T-1083 de 2001, T-634 de 2002, T-611 de 2008 y T-425 de 2009, entre otras.

[3] En esta sentencia la Corte estudió el caso de dos personas que consideraron vulnerado su derecho a la igualdad por la entidad demandada, toda vez que se abstuvo de corregir los aportes liquidados sobre asignaciones equivalentes de cargos internos que no fueron desempeñados por los aportantes. A juicio de los accionantes, el hecho de que la Corte Constitucional, el Tribunal Superior del Distrito Judicial y la Corte Suprema de Justicia, hayan ordenado en ocasiones anteriores a la misma entidad que corrigiera la situación de quienes

se encontraban en situaciones similares a las suyas, obligaba a la Administración y a los jueces de inferior jerarquía a aplicar los mismos fundamentos jurídicos frente a sus súplicas. La Corte ordenó al Ministerio de Relaciones Exteriores que enviara nuevamente al Seguro Social la información que constitucionalmente corresponde para la pensión de vejez de uno de los actores, como son los salarios que realmente él devengó en su cargo de Cónsul, haciendo la conversión de la moneda extranjera con la cual le fueron cancelados los salarios a moneda colombiana, para que esta nueva circunstancia material fuera tomada en cuenta por el Seguro Social en una correcta liquidación de la pensión de vejez del actor.

[4] En este caso la Corte ordenó dejar sin efectos la sentencia que por vía ordinaria profirió el Tribunal Superior de Bogotá, sólo en cuanto negó la indexación, y ordenó a esa autoridad que iniciara las gestiones pertinentes para volver a proferir un fallo de fondo en el caso del accionante.

[5] Sentencias T-534 de 2001, T-1016 de 2001, T-620 de 2002, T-634 de 2002 y T-1022 de 2002, entre otras.

[6] Sentencias T-328 de 2004 y T-158 de 2006, entre otras.

[7] Sentencias SU-120 de 2003, T-1169 de 2003, T-805 de 2004, T-815 de 2004, T-1197 de 2004, T-098 de 2005, T-296 de 2005, T-469 de 2005, T-635 de 2005, T-425 de 2007, T-815 de 2007, T-1055 de 2007, T-789 de 2008, T-130 de 2009, T-366 de 2009, T-390 de 2009, T-425 de 2009, T-447 de 2009, T-457 de 2009, T-906 de 2009, T-362 de 2010 y T-901 de 2010, entre otras.

[8] Sentencias C-862 de 2006 y C-891 A de 2006, entre otras.

[9] Ver sentencias T-045 de 2007, T-425 de 2007, T-130 de 2009, T-366 de 2009, T-425 de 2009, T-447 de 2009, T-457 de 2009 y T-362 de 2010, entre otros pronunciamientos de la Corte en los que ha reconocido y protegido la existencia de este derecho. De particular importancia es la sentencia SU-120 de 2003, en la cual la Corte unificó su doctrina de tutela sobre “el derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de su mesada pensional”.

[10] Sentencia T- 255 de 2013.

[11] “En el asunto objeto de examen, se cuestiona la exequibilidad del artículo 260 del C.S.T., el cual fue derogado expresamente por el artículo 289 de la Ley 100 de 1993, se podría argumentar entonces, como hacen los intervinientes, que la disposición acusada carece de vigor y por lo tanto la demanda es inepta. No obstante, la Corte Constitucional considera que los enunciados normativos demandados, especialmente el inciso segundo del artículo 260 del C. S. T., continúan produciendo efectos jurídicos respecto de ciertos trabajadores que cumplían las condiciones señaladas en este precepto para tener derecho a la pensión de jubilación. Prueba de ello son los numerosos casos que han llegado a conocimiento de esta Corporación, vía revisión de tutela, en los cuales se ha debatido la indexación de la primera mesada de las pensiones reconocidas aplicando el inciso segundo del artículo 260 del C.S.T. Por esa razón no le asiste razón a quienes solicitan un fallo inhibitorio por sustracción de materia.” En esta ocasión, la Corte Constitucional resolvió declarar exequibles la expresión “salarios devengados en el último año de servicios”, contenida en el numeral 1) del artículo 260 del C. S. T. y el numeral 2) de la misma disposición, en el entendido 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.”

[12] El 7 de julio de 1991 entró en vigencia la Constitución Política de Colombia.

[13] En la parte resolutive de todos los casos de la sentencia SU-1073 de 2012 se estableció lo siguiente respecto del pago retroactivo de las mesadas pensionales: “ORDENAR el pago retroactivo de las diferencias entre los valores efectivamente recibidos y el valor de la mesada indexada, comprendidos en los tres años anteriores, contados a partir de la expedición de la presente sentencia de unificación.”

[14] MP Alexei Julio Estrada, AV Nilson Pinilla.

[15] Esta interpretación también ha sido recogida por las sentencias T-1086 de 2012 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-103 de 2013 (MP Mauricio González Cuervo), T-255 de 2013 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-027 de 2014 (MP María Victoria Calle Correa), T-220 de 2014 (MP María Victoria Calle Correa) y T-887 de 2014 (MP María Victoria Calle Correa). En esas providencias se estudiaron casos de personas que reclamaban la indexación de la primera mesada pensional de prestaciones causadas antes de la

Constitución Política de 1991, y se ordenó el pago retroactivo de aquellas mesadas comprendidas en los tres años anteriores a la fecha de expedición de cada una de las sentencias. En efecto, en la parte resolutive de la sentencia T-1086 de 2012 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) se ordenó “el pago retroactivo únicamente de las mesadas pensionales correspondientes a los tres (3) años anteriores a la fecha de expedición de esta sentencia.”; en la T-103 de 2013 (MP Mauricio González Cuervo) se dispuso “pagar el retroactivo de las diferencias entre los valores efectivamente recibidos y el valor de la mesada indexada, comprendidos en los tres años anteriores, contados a partir de la notificación de esta sentencia.”; en la T-255 de 2013 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) se dispuso “el pago retroactivo de las diferencias entre los valores efectivamente recibidos y el valor de la mesada indexada, comprendidos en los tres años anteriores a la fecha de expedición de esta sentencia.”; y en las sentencias T-027 de 2014 y T-220 de 2014 (MP María Victoria Calle Correa) se ordenó “el retroactivo de la indexación de las mesadas pensionales que no estén prescritas, causadas dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de expedición de esta sentencia.”

[16] Sentencias T-1169 de 2003, T-098 de 2005, T-469 de 2005 y T-045 de 2007, entre otras.

[17] En igual sentido, se puede consultar la sentencia T-836 de 2007.

[18] Sentencias SU-120 de 2003, T-098 de 2005 y T-469 de 2005, ente otras.

[19] En esa providencia se estableció que el ajuste de la mesada pensional del demandante se hará según la siguiente fórmula:

índice inicial

Según la cual el valor presente de la condena (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el promedio de lo devengado por el demandante durante el último año de servicios, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor vigente a la fecha a partir de la cual se reconoció la pensión, entre el índice inicial.

Debe determinarse así el valor de la primera mesada pensional actualizada. La entidad

encargada procederá a reconocer y liquidar los reajustes pensionales de los años posteriores, conforme a la normatividad aplicable.

Después establecerá la diferencia resultante entre lo que debía pagar y lo que efectivamente pagó como consecuencia del reconocimiento de la pensión.

La suma insoluta o dejada de pagar, será objeto de ajuste al valor, desde la fecha en que se dejó de pagar hasta la notificación de esta sentencia, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

Donde el valor presente de la condena (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de pagar al pensionado, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor vigente a la fecha de notificación de esta sentencia, entre el índice inicial, que es el vigente al causarse cada mesada pensional.

Por tratarse de una obligación de tracto sucesivo, la Corte estableció que la entidad demandada debería aplicar la fórmula separadamente, mes por mes, empezando por la primera mesada pensional que devengó el actor sin actualizar, y para los demás emolumentos (primas), teniendo en cuenta que el índice aplicable que debe ser el vigente al causarse cada una de las prestaciones.

[20] Ver sentencias T-576 de 2012, T-584 de 2012, T-661 de 2012 y T-082 de 2013 entre otras, respecto de la procedencia de la acción de tutela.

[21] Historia Clínica visible a folios 30 y 31.

[22] Folios 21-28 del cuaderno principal.

[23] Cfr. Sentencia T- 098 de 2005.