

Sentencia T-779/08

ACCION DE TUTELA PARA INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL-Requisitos

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para reconocimiento o reliquidación de pensiones

ACCION DE TUTELA-Caso en que el no agotamiento de la vía gubernativa puede considerarse una omisión justificada

ACCION DE TUTELA-La efectividad del medio alternativo de defensa debe ser examinada en concreto

Referencia: expediente T-1878879

Acción de Tutela instaurada por José Vicente Rojas Angarita vs. Caja Nacional de Previsión Social Cajanal.

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá D.C trece (13) de agosto de dos mil ocho (2008).

La Sala Sexta de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra -quien la preside-, Nilson Pinilla Pinilla y Humberto Antonio Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la Sentencia proferida el día tres (3) de marzo de dos mil ocho 2008 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso de tutela incoado por José Vicente Rojas Angarita vs. Caja Nacional de Previsión

Social Cajanal.

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Cinco de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la Sentencia correspondiente.

1. Solicitud

El señor José Vicente Rojas Angarita actuando a través de apoderado judicial, solicita al juez de tutela que proteja sus derechos fundamentales a la indexación de la primera mesada pensional o a mantener el valor adquisitivo de su pensión, de protección especial a las personas de la tercera edad y al mínimo vital, presuntamente vulnerados por la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal. Fundamenta su solicitud en los siguientes hechos y argumentos de derecho:

a. El demandante se retiró del servicio el 16 de octubre de 1977 y adquirió el derecho a la pensión el 28 de agosto de 1992.

b. Su mesada pensional fue reconocida en febrero de 2001 y liquidada con base en el salario mínimo vigente para 1977, pero por razones de prescripción trienal se le dio efectos fiscales a partir de febrero de 1997.

c. Hoy en día devenga un salario mínimo mensual legal, sin que jamás se le haya efectuado la indexación de su mesada pensional.

d. El 20 de junio de 2007 el demandante presentó ante Cajanal petición de reliquidación de su pensión jubilatoria, invocando el derecho constitucional a la indexación de la primera mesada pensional, acompañando copia de la Sentencia C-862 de 2006, emanada de esta Corporación judicial, que, dice el demandante, reconoce el citado derecho. Sin embargo, mediante Resolución N° 53168 de noviembre de 2007, tal solicitud de reliquidación fue denegada. Bajo el argumento según el cual "...el accionante adquirió el estatus jurídico en

vigencia de la ley 33 de 1985, norma que no consagra la posibilidad de INDEXAR LA PRIMERA MESADA PENSIONAL...”.

e. Contra la anterior Resolución el demandante no interpuso recurso alguno por la vía gubernativa, al considerarlo ineficaz y además teniendo en cuenta lo prescrito por el artículo noveno del Decreto-Ley 2591 de 1991, que no exige para la procedencia de la acción la previa interposición de recursos administrativos.

f. Sostiene que la actitud de Cajanal desconoce no solo la jurisprudencia sentada por esta Corporación en sede de constitucionalidad, sino también la acogida por la Corte Suprema de justicia en diferentes fallos.

g. Finalmente pone de presente que su situación de ser un hombre casado, enfermo, responsable de la manutención de su familia, que paga arriendo y devenga solamente un salario mínimo mensual.

Con fundamento en los anteriores hechos y argumentos de derecho, el demandante solicita al juez de tutela que se ordene al gerente de Cajanal que proceda a reliquidar su pensión de jubilación, con reconocimiento a su favor del derecho constitucional a la indexación de la primera mesada pensional, “por el período comprendido entre el 16 de octubre de 1977 y el 21 de febrero de 1997, o actualización de la pensión con base en la variación del índice de precios al consumidor (IPC) certificado por el DANE, sin perjuicio de los reajustes anuales y mesadas adicionales que ordena la ley, y se efectúe el pago inmediato de todos los dineros que se le adeudan. Lo anterior, conforme a las previsiones que contiene la sentencia C-862 de octubre 19/2006 de la Honorable Corte Constitucional.”

Recibida la anterior demanda, el Juzgado quince Laboral del Circuito de Bogotá la admitió y corrió traslado de la misma a la Caja Nacional de Previsión Social. El término del traslado venció en silencio.

3. Pruebas obrantes dentro del expediente

Obran en el expediente, entre otras, las siguientes pruebas documentales:

a. Copia de la resolución mediante la cual se le reconoció la pensión al demandante.

- b. Copia de la resolución mediante la cual se denegó su solicitud de reliquidación.
- c. Copia del memorial mediante el cual se solicitó a Cajanal reliquidar la pensión del demandante.

II. ACTUACIÓN JUDICIAL

1. Sentencia proferida el veintiocho (28) de enero de dos mil ocho (2008) por el Juez Quince Laboral del Circuito de Bogotá.

Mediante sentencia proferida el (28) de enero de dos mil ocho (2008), el Juez Quince Laboral del Circuito de Bogotá decidió tutelar el derecho de petición del demandante y ordenar a la Caja Nacional de Previsión que en el término de cuarenta y ocho horas “atienda, ofrezca respuesta, y por sobre todo, notifiquen de manera efectiva a JOSÉ VICENTE ROJAS ANGARITA, el acto administrativo por el cual resuelve la petición relacionada con reliquidación de pensión de jubilación...”.

Respecto de petición central contenida en la demanda, decidió “(d)ecларar improcedente la presente acción con relación a la indexación de la primera mesada pensional”.

En sustento de las anteriores decisiones, el a quo consideró que el demandante pedía la protección de su derecho fundamental de petición, porque la entidad demandada no había dado respuesta a su solicitud de reliquidación pensional. Y dando por hecho que tal respuesta no se había producido, ordenó darla.

No obstante, en relación con la solicitud de reliquidación de la primera mesada pensional formulada en la demanda, el fallo explicó que dado que la acción de tutela no había sido consagrada para iniciar procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios, para crear instancias adicionales o para modificar las reglas sobre competencia judicial, no era posible que por esta vía se accediera a la solicitud de reliquidación pensional presentada con la demanda. Así las cosas, al existir otro mecanismo de defensa judicial al alcance del actor, cual era la jurisdicción ordinaria laboral, en lo relativo a la reliquidación pensional solicitada, la acción de tutela debía considerarse improcedente.

2. Impugnación de la anterior decisión.

Al ser notificado de la anterior decisión, el demandante la impugnó con fundamento en los siguientes argumentos:

Repara el impugnante en que el fallo de primera instancia comienza por proteger el derecho fundamental de petición, aduciendo que Cajanal había guardado silencio o había omitido resolver la solicitud de reliquidación pensional por él formulada. Señala entonces que con lo anterior se hacía claro que el juez había incumplido con su deber de analizar la demanda y las pruebas a ella acompañadas, por lo cual no había caído en cuenta de que en el presente caso no se había pretendido la protección del derecho de petición, por la elemental razón de que Cajanal sí había respondido a su petición de reliquidación, aunque en forma negativa, de todo lo cual obraba prueba en el plenario.

Adicionalmente, el impugnante pone de manifiesto que el fallo que ataca no tuvo en cuenta la jurisprudencia sentada por esta Corporación en la Sentencia C-862 de 2006, ni la ineficacia de los medios de defensa judiciales alternos existentes a disposición del actor, como tampoco su situación de ser un hombre casado, enfermo, responsable de la manutención de su familia, que paga arriendo y devenga solamente un salario mínimo mensual. Circunstancias que afectan su mínimo vital de subsistencia y que tornan inaplazable la intervención del juez de tutela.

3. Sentencia proferida el tres (3) de marzo de dos mil ocho (2008) por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Mediante sentencia proferida el tres (3) de marzo de dos mil ocho (2008), la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá decidió confirmar la sentencia impugnada.

Como fundamento de esta decisión expuso que las pretensiones del actor no eran asuntos puramente constitucionales, es decir, que no se estaba frente a la violación de un derecho de aquellos cuyo amparo podía buscarse mediante la acción de tutela. De lo que se trataba era de un conflicto jurídico que debía ser resuelto por el juez natural ordinario o especial, constituido para tal efecto.

Adujo también el ad quem, que el derecho que pretendía reclamar el demandante podía haber nacido desde hacía más de diez años, por lo cual desde entonces había tenido la oportunidad de acudir ante el juez natural en la defensa del mismo. Recordó entonces que la

acción de tutela no tenía un carácter supletivo, sustitutivo o paralelo a los medios ordinarios de defensa judicial, por lo cual la situación del actor debía someterse a un proceso judicial ante la jurisdicción correspondiente.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

La Sala Sexta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de esta referencia. Además, se procede a la revisión en virtud de la selección practicada por la Sala correspondiente y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

2. Lo que se debate.

Según se expuso en el acápite de Antecedentes de la presente Sentencia, el demandante se desempeñó como servidor público hasta el 16 de octubre de 1977, habiendo cumplido con el tiempo de cotizaciones requerido para acceder al reconocimiento de la pensión de jubilación, pero sin haber cumplido la edad exigida para esos propósitos. El 28 de agosto de 1992, al alcanzar dicha edad, adquirió el derecho a la pensión de jubilación que mediante Resolución le fue reconocida por la demandada en febrero de 2001 y liquidada con base en el salario mínimo vigente para 1977. En la actualidad devenga un salario mínimo mensual legal vigente.

En junio de 2007 el demandante presentó ante Cajanal petición de reliquidación de su pensión jubilatoria, solicitud que, mediante Resolución N° 53168 de noviembre de 2007, le fue denegada. Contra este acto administrativo no interpuso recurso alguno por la vía gubernativa, al considerar que el mismo resultaba ineficaz.

Interpone la presente acción de tutela, con el propósito de que el juez constitucional ordene la reliquidación de su pensión a partir de la indexación de la primera mesada pensional. El juez que conoció en primera instancia, tuteló el derecho de petición, desconociendo que el mismo sí había sido satisfecho, pero denegó por improcedente la solicitud de reliquidación

pensional, al estimar que el demandante contaba con mecanismos alternos de defensa judicial para alcanzar este propósito. Esta última decisión judicial fue confirmada en segunda instancia por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Así las cosas, corresponde a esta Sala determinar en primer lugar si la presente acción de tutela resulta procedente, a pesar de que existiendo otro mecanismo de defensa judicial al alcance del actor él no ha acudido a su utilización, y de que tampoco agotó la vía gubernativa en relación con la Resolución desestimativa de la solicitud de reliquidación pensional que formuló ante Cajanal. Si del anterior estudio se llegara a encontrar que a pesar de la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, la presente acción es procedente, entonces debería la Sala recordar su jurisprudencia relativa al derecho de indexación del salario base de liquidación de la primera mesada pensional, para establecer si al actor se le ha vulnerado este derecho, de modo que el juez deba ordenar una medida de protección inmediata.

3. La procedencia de la acción de tutela cuando es interpuesta para lograr la efectividad del derecho a la indexación del salario base de liquidación de la primera mesada pensional.

3.1 En relación con los requisitos de procedencia de la acción de tutela cuando ella es incoada para lograr la efectividad del derecho a la indexación del salario base de liquidación de la primera mesada pensional, es decir, a aquellas circunstancias que tienen que estar presentes para que el juez constitucional pueda entrar a estudiar y decidir una acción de tutela interpuesta para estos propósitos, la jurisprudencia constitucional ha definido lo siguiente:

En la Sentencia T-224 de 20071, la Corte reiteró que la procedencia de la acción de tutela para lograr la indexación de la primera mesada pensional había sido condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos, a saber: "(i) la adquisición por el interesado del status de pensionado, (ii) el agotamiento de las vías judiciales ordinarias en procura de obtener la indexación o la demostración de la imposibilidad de acudir a ellas por razones ajenas a su voluntad, (iii) la actuación en sede administrativa con miras a lograr la satisfacción de la pretensión mediante la presentación de las reclamaciones y recursos propios de esas instancias y (iv) la violación de derechos fundamentales aunada a la existencia de condiciones materiales que justifiquen la protección que brinda la acción de tutela2."

Ciertamente, sobre este tema la Corte ha dicho lo siguiente:

“6. La Corte ha señalado la procedencia excepcional de la acción de tutela como mecanismo idóneo para solicitar la indexación de pensiones reconocidas, siempre que se cumplan los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias. Adicionalmente, en casos como el que se estudia la Corte ha encontrado que existen ciertos requisitos especiales de procedibilidad, que ha resumido, en la sentencia T- 083 de 2004, como sigue:

“Que la persona interesada haya adquirido el status de jubilado, o lo que es igual, que se le haya reconocido su pensión”.³

“ Que haya actuado en sede administrativa; es decir, que haya interpuesto los recursos de vía gubernativa contra el acto que le 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.”⁴

“Que 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”⁵.

“Que se 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”.⁶

3.2. Recordada la jurisprudencia relativa a los requisitos de procedencia de la acción de tutela cuando es interpuesta para obtener la indexación de la primera mesada pensional, la Sala pasa a verificar si ellos se cumplen en el presente caso.

3.2.1. En cuanto al primero de tales requisitos, es decir a aquel según el cual la persona interesada debe haber adquirido el status de jubilado, o lo que es igual, debe habersele reconocido su pensión, se tiene que al aquí demandante le fue reconocida su pensión de jubilación mediante Resolución N° 003821 de febrero 22 de 2001. Copia de dicha resolución obra en el expediente.⁷ Así las cosas, el cumplimiento de este primer requisito de

procedencia de la acción se encuentra acreditado.

3.2.2. En lo concerniente a que el interesado “haya actuado en sede administrativa; es decir, que haya interpuesto los recursos de vía gubernativa contra el acto que le 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”, la Sala observa que el aquí demandante no interpuso ningún recurso contra la mencionada Resolución 003821 de febrero 22 de 2001 mediante la cual le fue reconocida su pensión. No obstante, posteriormente durante el año 2007 sí presentó solicitud de reliquidación ante la entidad aquí demandada, la cual fue despachada en forma negativa.

Se pregunta entonces la Sala si este segundo requisito de procedencia puede considerarse cumplido, y al respecto estima que la respuesta es positiva, por dos razones que pasan a exponerse:

La primera de estas razones radica en que este segundo requisito consiste en haber “actuado en sede administrativa” lo cual puede satisfacerse de varias maneras que son alternas, a saber: (i) habiendo “interpuesto los recursos de vía gubernativa contra el acto que le reconoció la pensión”; o (ii) habiendo “presentado la solicitud de reliquidación ante el respectivo fondo de pensiones”; o (iii) habiendo “requerido a la respectiva entidad para que certifique su salario real y ésta se hubiere negado”. En el caso de autos, el actor no agotó la vía gubernativa respecto de la Resolución que le reconoció su pensión, pero sí presentó solicitud de reliquidación ante Cajanal, que no accedió a esta petición. Con ello dio cumplimiento a este requisito de procedencia de la acción de tutela. En efecto, obra en el expediente copia del derecho de petición mediante el cual el demandante hizo tal solicitud⁸ y también copia de la Resolución mediante la cual la misma fue denegada⁹.

La segunda de las razones que llevan a concluir que el segundo de los requisitos de procedencia de la acción de tutela está cumplido en este caso radica en que, a juicio de la Sala, el no agotamiento de la vía gubernativa contra la Resolución de reconocimiento pensional, con miras a la actualización de la pensión, puede considerarse una omisión justificada, si se tiene en cuenta que para el año 2001, fecha de la respectiva Resolución, el estado de la legislación y el de la jurisprudencia hacían que los recursos por la vía

gubernativa intentados para lograr la indexación de la primera mesada pensional carecieran de vocación alguna de prosperidad; ciertamente, para ese entonces no había fundamento legal ni pronunciamiento jurisprudencia alguno que reconocieran el derecho a dicha indexación; ahora bien, ese estado de cosas persistió hasta cuando fue expedida la Sentencia C-862 de 2006¹⁰, en la cual esta Corporación, interpretando los artículos 48 y 53 de la Constitución, reconoció la existencia del derecho a la actualización periódica de la pensión, derecho constitucional que no se limita a la garantía de reajuste periódico de la mesada pensional, sino que comprende también el derecho a la actualización del salario base para la liquidación de la primera mesada.

Por lo tanto, para febrero de 2001, cuando se expidió la Resolución que reconoció la pensión del aquí demandante, no existía un fundamento legal específico que permitiera entender que los recursos por la vía gubernativa pudieran llegar a ser eficaces para lograr la indexación de la primera mesada pensional, y tampoco la jurisprudencia de esta Corporación, en sede de constitucionalidad, había producido la interpretación auténtica de los artículos 48 y 53 constitucionales según la cual todos los pensionados tienen un derecho de actualización de su derecho pensional. Así las cosas, no resulta razonable exigir hoy en día, que en aquella época se hubieran agotado dichos recursos para ese propósito.

3.2.3. En lo relativo al tercer requisito de procedencia de la acción de tutela cuando es interpuesta para lograr la efectividad del derecho a la indexación del salario base de liquidación de la primera mesada pensional, consistente en que el demandante “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”, la Sala encuentra lo siguiente:

En su momento, es decir en febrero de 2001, el demandante no acudió a las vías judiciales para demandar la Resolución mediante la cual se reconoció su mesada pensional, a fin de lograr la indexación del salario base de liquidación de la primera mesada. No obstante, esta omisión parece justificada, por las mismas razones que justifican también el no agotamiento de la vía gubernativa contra la mencionada Resolución, razones que acaban de exponerse en el numeral anterior.

Sin embargo, se tiene que en la presente oportunidad en junio de 2007 el demandante

presentó ante Cajanal petición de reliquidación de su pensión jubilatoria, invocando el derecho constitucional a la indexación de la primera mesada pensional, y acompañando copia de la Sentencia C-862 de 2006. Esta petición fue denegada mediante Resolución N° 53168 de noviembre de 2007, contra la cual el actor no interpuso los recursos procedentes por la vía gubernativa, ni acudió a las vías judiciales ordinarias. En sustento de dicha omisión, explica que consideró que dicha vía gubernativa hubiera resultado “ineficaz”.

Visto lo anterior, se pregunta la Sala si esta actitud omisiva del demandante puede considerarse justificada, o si ella conlleva el incumplimiento de uno de los requisitos jurisprudencialmente decantados, exigidos para la procedencia de la acción de tutela cuando es utilizada para lograr la efectividad del derecho a la indexación del salario base de liquidación de la primera mesada pensional.

Al respecto la Sala encuentra lo siguiente:

En el estado actual de desarrollo jurisprudencial, no es posible considerar que de manera general, impersonal y abstracta la vía gubernativa y las acciones judiciales ordinarias son “ineficaces” para lograr la efectividad del derecho a la indexación del salario base de liquidación de la primera mesada pensional. Ciertamente, a partir de la expedición de la Sentencia C-862 de 2006¹¹, existe una interpretación auténtica del alcance de los artículos 48 y 53 constitucionales según la cual todos los pensionados tienen un derecho de actualización de su derecho pensional, que involucra el derecho de actualización del salario base de liquidación, en aquellos casos en que la pensión fue reconocida con fundamento en una remuneración devengada en época anterior al reconocimiento, sin haberla traído a valor actual según el crecimiento del índice de precios al consumidor (IPC), es decir sin haberla “indexado”.

En efecto, en la citada Sentencia Sentencia C-862 de 2006 la Corte declaró la exequibilidad del 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° del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, “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.” Como fundamento de esa decisión expuso, entre otras, las siguientes consideraciones:

“Las anteriores consideraciones resultan relevantes en lo que hace referencia al contenido del derecho a mantener el poder adquisitivo de las pensiones, porque a juicio de esta Corporación éste no se limita a la actualización de las mesadas pensionales una vez han sido reconocidas por la entidad competente, sino que también incluye la actualización del salario base para la liquidación de la primera mesada. Al respecto cabe destacar que las numerosas decisiones de tutela proferidas por esta Corporación en las cuales se ha ocupado de la indexación del salario base para liquidar la pensión de jubilación se ha entendido que esta pretensión en concreto esta cobijada por el derecho a la actualización de las mesadas pensionales.”

Esta interpretación auténtica adoptada en sede de constitucionalidad había sido recogida antes por distintas salas de revisión de tutela de la Corte Constitucional,¹² y posteriormente a la citada Sentencia C-862 de 2006 ha seguido siendo sistemáticamente reiterada¹³. Así mismo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha aceptado la referida interpretación de los citados artículos constitucionales, y ha considerado que resulta aplicable a todas las pensiones causadas con posterioridad a la Constitución Política de 1991. En ese sentido esa Sala ha explicado así su evolución jurisprudencial:

“Valga recordar que ya en vigencia de la Constitución Política de 1991, esta Corte venía disponiendo la indexación de la base salarial de la pensión extralegal y de la restringida de jubilación. Así por ejemplo lo definió en las sentencias del 8 de febrero, radicación 7996 y del 5 de agosto, radicación 8616, ambas de 1996. Sin embargo, posteriormente, dicha doctrina fue recogida, para negarla, principalmente, en la sentencia del 18 de agosto de 1999, radicado 11818.

“Luego, se admitió la reevaluación en comento, por mayoría de los integrantes de la Sala, solo para los eventos en que se reclamaran pensiones con fundamento en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, últimamente, también para las pensiones legales causadas a partir de la vigencia de la Constitución Política de 1991, según sentencia del 20 de abril de 2007, radicado 29470 y, más recientemente, en sentencia de 26 de junio de 2007, radicado 28452, en las que se utilizaron como soporte básico las decisiones de la Corte Constitucional del 19 de octubre y 1º de noviembre de 1996 (sic¹⁴), radicaciones D-6247 y D-6246, respectivamente. De suerte que, ahora, ante los antecedentes citados, la corporación reexamina el tema propuesto, variando su tesis, por mayoría.

“Pues bien, el fundamento constitucional jurisprudencial referido es el que a su vez otorga pleno soporte a la actualización de la base salarial de las pensiones, sin diferenciarlas por su origen, pues la misma tesis —según la cual la omisión del legislador no puede afectar a una categoría de pensiones, y a las que, por consiguiente, corresponde aplicarles la legislación vigente para otras, con el mecanismo de la indexación, para efectos de liquidar una mesada pensional actualizada—, es de recibo tratándose de pensiones extralegales o convencionales, pues estas no corresponden, en rigor, a una prestación nueva, porque aún, con anterioridad a la nueva Constitución Política y a la expedición de la Ley 100 de 1993, existían regímenes legales que protegían a los trabajadores del sector privado y oficial, de ciertas contingencias surgidas con ocasión de la ejecución del contrato de trabajo, de la propia naturaleza humana del trabajador o también de eventos fortuitos de diferente orden, que afectaran su vida laboral o, incluso, que pusieran fin a su existencia, con perjuicio de su núcleo familiar.

“Es que el reconocimiento de una pensión extralegal, entre ellas la convencional, no determina en principio más que un mejoramiento de un derecho mínimo legal, mediante el cual se flexibilizan las exigencias para su causación o simplemente incrementan su cuantía; luego, respecto de estas prestaciones extralegales, también caben los postulados constitucionales previstos en los artículos 48 y 53 de la Constitución Nacional, que prevén el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones legales.

“El actual criterio mayoritario, que admite la actualización de la base salarial tratándose de pensiones legales causadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la nueva Constitución, impera también ahora para las extralegales, como sería el caso de las convencionales, según lo anotado.

“Lo anterior porque, en verdad, no hay razón justificativa alguna para diferenciar, a un trabajador pensionado de acuerdo con la ley, con uno con arreglo a una convención, porque, valga agregar, el impacto del fenómeno económico de la inflación, lo padece tanto el uno como el otro, amén de que si la corrección monetaria no conduce a hacer más onerosa una obligación pensional, sino a mantener el valor económico de la moneda frente a su progresivo envilecimiento, su aplicación, respecto de pensiones extralegales, sean ellas convencionales o voluntarias, no altera de ninguna forma el acto inicial de reconocimiento, porque simplemente lo que se presenta es una actualización del monto para mantener su valor constante.

“Como conclusión de lo precisado, resulta obligado para la Sala reconocer procedente la actualización del ingreso base de liquidación de la pensión convencional aquí demandada, dado que se causó en vigencia de la actual Constitución Política, y con apoyo, se repite, en los estudios de constitucionalidad efectuados en la Sentencia D-6247 del 19 de octubre de 2006 y D-6246 del 1º de noviembre del mismo año, atrás referidos”.¹⁵(Paréntesis y negrillas fuera del original)

De esta manera, tanto esta Corporación judicial como la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, esta última de manera general a partir de julio de 2007, vienen reconociendo el derecho de la indexación del salario base de liquidación de la primera mesada pensional, respecto de aquellas pensiones causadas a partir de la expedición de la Constitución vigente, como es el caso de la pensión reconocida al aquí demandante.¹⁶ Por lo cual, para cuando Cajanal emitió Resolución N° 53168 de noviembre de 2007, denegando la solicitud de reliquidación por él solicitada, no era posible considerar que de manera general la vía gubernativa y las subsiguientes acciones judiciales por la vía ordinaria resultaban “ineficaces” de cara al reconocimiento del derecho de indexación.

Así pues, de manera general no era posible que el demandante considerara que el agotamiento de la vía gubernativa, que daba paso a la posibilidad de acudir a la vía ordinaria laboral, constituía un mecanismo de defensa generalmente ineficaz para lograr el reconocimiento de su derecho a la indexación del salario base de liquidación de la primera mesada pensional. No obstante, la jurisprudencia ha indicado que “la efectividad del medio alternativo de defensa frente a la acción de tutela debe ser examinada en concreto. En otras palabras, no basta que el otro medio de defensa se encuentre plasmado, en forma abstracta, en el ordenamiento jurídico, sino que debe, además, ofrecer la posibilidad de que, por su conducto, sea posible el restablecimiento cierto y actual de los derechos fundamentales que el demandante considera han sido amenazados o vulnerados.”¹⁷ (Negrillas fuera del original) Así pues, la eficacia de la vía gubernativa y de las subsiguientes acciones judiciales ordinarias, como mecanismos alternos de defensa existentes a disposición del actor, para conseguir a través de ellas el reconocimiento de su derecho a la indexación del salario base de liquidación pensional, debe ser valorada por esta Sala en concreto, en decir a la luz de las circunstancias particulares de su situación personal.

Al respecto, en el caso que ocupa su atención la Sala encuentra lo siguiente: Está probado en

el expediente que el demandante nació el 28 de agosto de 1937, por lo cual a la fecha alcanza los 70 años de edad, estando próximo a cumplir los 71. Devenga un salario mínimo mensual vigente, y afirma no ser propietario de vivienda propia, pagar arriendo y tener personas a cargo en su condición de padre de familia. Sin embargo, no precisa en qué consisten estas obligaciones familiares, ni adjunta prueba alguna relativa a ellas. Agrega que se encuentra enfermo, pero no allega constancias al respecto.

Visto lo anterior, se pregunta la Sala si el sólo hecho de ser el actor una persona que devenga una pensión equivalente al salario mínimo mensual legal vigente hacía que los mecanismos ordinarios de defensa judicial previstos por el legislador se tornaran en ineficaces, relevándolo de acudir a ellos, de manera que la acción de tutela tuviera que ser admitida directamente como acción sustitutiva y prevalente, llamada a desplazar las vías ordinarias que no fueron utilizadas ni pueden ya utilizarse. Al respecto encuentra que la respuesta es negativa. Ciertamente, la circunstancia de recibir dicha asignación mensual no implica per se que el trámite de dichas acciones ordinarias conlleve el desconocimiento de derechos fundamentales, y considerarlo así equivaldría a admitir que un amplio sector de la población -conformado por todos los asalariados o pensionados que devengan el salario mínimo mensual legal- está legitimado sin más para utilizar la acción de tutela como mecanismo prevalente y sustitutivo de defensa judicial, cuando quiera que sus pretensiones se dirijan a cuestionar la cuantía de dicha asignación salarial o pensional.

A juicio de la Sala la demostración de la ineficacia de los medios de defensa alternos implica el despliegue de una actividad probatoria que demuestre que en el caso particular los mismos no serán aptos para lograr la satisfacción del derecho fundamental que se reclama, cosa que no sucede en este caso.

Además, observa la Sala que el demandante no interpuso la presente acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, y que no lo hizo por cuanto al haber omitido la oportuna utilización de la vía gubernativa contra la Resolución que denegó la reliquidación pensional que solicitó, eliminó la posibilidad de acudir a dichas vías judiciales ordinarias. Por lo cual con su inactividad evidenció que no existe una real amenaza de consumación de un daño irremediable en la esfera de sus derechos fundamentales. Si así fuera, hubiera desplegado una actividad acuciosa, demostrativa de que su situación personal le impedía esperar a los trámites de las vías ordinarias, y hubiera tramitado oportunamente

la acción de tutela, como mecanismo transitorio para evitar la consumación o la agravación de una situación lesiva de sus derechos fundamentales.

Así las cosas, la Sala no encuentra acreditado el cumplimiento del tercer requisito de procedencia de la acción de tutela cuando ella es intentada para lograr la indexación del salario base de liquidación pensional, relativo a haber acudido a las vías judiciales ordinarias para satisfacer sus pretensiones, encontrarse en tiempo de hacerlo o, en su defecto, demostrar que ello era imposible por razones ajenas a su voluntad.

Finalmente, no pasa inadvertido a la Sala, que tanto para la petición de reliquidación presentada ante Cajanal, como para la tramitación de la presente acción de tutela, el demandante estuvo representado por un apoderado judicial, profesional del derecho que conocía del carácter subsidiario de la presente acción, no obstante lo cual omitió agotar la vía gubernativa contra la Resolución que denegó la reliquidación pensional, e interponer la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, previa la demostración del mismo.

En tal virtud, en la parte resolutive de la presente decisión se confirmará el fallo de primera instancia, que denegó por improcedente la presente acción.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia proferida el tres (3) de marzo de dos mil ocho (2008), por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

SEGUNDO. Por Secretaría General líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARTHA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

2 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-083 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil, reiterada en la Sentencia C-045 de 2007. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

3 Reiterado en Sentencias T-534 y T-1016 de 2001.

4 Ver Sentencias T-634 y T-1022 de 2002.

5 Ver Sentencias T-634 y T-1022 de 2002.

6 Sentencia T- 620 de 2004

7 Ver folio 10.

8 Ver folio 6 del expediente.

9 Ver folio 13 del expediente.

10 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. En este fallo la corte declaró exequibles los numerales 1 y 2 del artículo 260 del C. S. T., en el entendido que el salario base para la

liquidación de la pensión de jubilación de que trata este precepto debe ser actualizado con base en la variación del índice de precios del consumidor IPC certificada por el DANE.

11 Reiterada en la Sentencia C-891A de 2006

12 Sobre indexación de la primera mesada pensional pueden ser consultadas, entre otras, las siguientes sentencias: SU-120 de 2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), T-1169 de 2003 (M.P. Clara Inés Vargas), T-805 de 2004 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-815 de 2004 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes), T-1197 de 2004 (M.P. Jaime Araújo Rentería), T-098 de 2005 (M.P. Jaime Araújo Rentería), T-469 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas), T-635 de 2005 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), C-862 de 2006 (M.P. Humberto Sierra Porto), T-C-891^a de 2006 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-296 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa). En esta última, la acción de tutela igualmente se dirigía contra la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, por haberse negado a indexar la primera mesada pensional de un extrabajador de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, en liquidación, reiterando lo expuesto en sentencia SU-120 de 2003.

13 Ver sentencias C-881A de 2006, T-573 de 2007, T-425 de 2007, T-070 de 2007, T-1059 de 2007, T-046 de 2008, entre otras.

14 La corte incurre en error al señalar el año de expedición de estas sentencias. No son de 1996, sino de 2006. Nota del despacho del magistrado sustanciador.)

15 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de julio 31 de 2007, Radicación 29022. M.P. Camilo Tarquino Gallego.

16 El demandante adquirió el derecho a la pensión el 28 de agosto de 1992.

17 Sentencia C-162 de 1998