

Sentencia T-789/08

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Situaciones de procedencia

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales de procedibilidad

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Carácter residual y subsidiario

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para protección de derechos prestacionales

DERECHO A MANTENER EL PODER ADQUISITIVO DE LAS PENSIONES-Incluye actualización de salario base para liquidación de primera mesada

DERECHOS DEL PENSIONADO A MANTENER EL PODER ADQUISITIVO DE LA MESADA-Procedencia de su reconocimiento

ACCION DE TUTELA CONTRA DECISIONES JUDICIALES RELACIONADAS CON EL DERECHO DE LOS PENSIONADOS A MANTENER EL PODER ADQUISITIVO DE LA PRESTACION-Procedencia

PRINCIPIO DE INTERPRETACION MAS FAVORABLE EN MATERIA LABORAL

ACCION DE TUTELA-Condiciones para que proceda respecto a la reliquidación pensional

ACCION DE TUTELA Y PRINCIPIO DE INMEDIATEZ-Excepciones para aceptar que se presente en un extenso espacio de tiempo entre vulneración y presentación

INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL-Adopción de una posición jurisprudencial unificada

EQUIDAD EN MATERIA LABORAL-Aplicación en materias no previstas en la legislación

INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL-Reiteración jurisprudencial

DERECHO A LA VIDA DIGNA-Reliquidación de la mesada pensional con la fórmula de cálculo para la indexación

PENSION DE JUBILACION-Solicitud de indexación de la mesada pensional en cualquier tiempo

Referencia: expediente T-1.861.467

Acción de tutela instaurada por Carlos Arturo Montes Abreau contra la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de agosto de dos mil ocho (2008).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Rodrigo Escobar Gil, Mauricio González Puerto y Jaime Córdoba Triviño, en ejercicio de su competencia constitucional y legal, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos adoptados por las Salas Jurisdiccional Disciplinaria del H. Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca y Jurisdiccional del H. Consejo Superior de la Judicatura, para resolver el amparo constitucional invocado por Carlos Arturo Montes Abreau contra la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

I. ANTECEDENTES

El señor Carlos Arturo Montes Abreau interpone acción de tutela, porque la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia casó la Sentencia proferida el 28 de febrero del año 2005, por la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá que actualizaba el salario base de liquidación de su mesada pensional, utilizando la fórmula prevista en el artículo 11 del Decreto 1748 de 1995.

1. La demanda

El señor Montes Abreau refiere que prestó sus servicios al Banco Popular S.A. como

trabajador oficial, durante 20 años, 4 meses y 24 días, entre el 3 de junio de 1973 y el 15 de marzo de 1993 y que al llegar a los 55 años de edad fue pensionado por la entidad sin actualizar el salario base de la liquidación, pues se le reconoció una mesada equivalente a 5.7 SMLMV, siendo que su último salario devengado equivalía a 19.12 Salarios Mínimos legales Mensuales Vigentes en el año de 1993.

Señala que mediante comunicación del 5 de febrero de 1999, la Gerencia de Relaciones Humanas de la entidad bancaria resolvió suspender el pago de la prestación, argumentando “que el reconocimiento de mi pensión se dio por una interpretación errada” y se vio obligada a reanudar su pago, por disposición de esta Corte, en los términos de la Sentencia T-466 de 1999, a cuyo tenor “si las directivas del Banco Popular lo consideran pertinente, a efectos de que se resuelva el conflicto de interpretación planteado, corresponde a ellos y no al actor, acudir ante la jurisdicción ordinaria laboral”.

Afirma que las directivas del Banco Popular S.A. acataron el fallo de tutela, pero no atendieron sus peticiones reiteradas relacionadas con la actualización de la prestación, razón por la cual se vio obligado a promover ante la justicia ordinaria la acción correspondiente.

Manifiesta que el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá absolvió al Banco Popular S.A. y que la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá revocó la decisión para, en su lugar, “condenar al Banco Popular a S.A. a indexar el salario base de mi pensión de jubilación, estableciendo la mesada en cuantía mensual de \$3.285.868 (..)”.

Refiere que el Banco Popular S.A. recurrió en casación y que la H. Corte Suprema de Justicia revocó parcialmente la Sentencia del Tribunal, en el sentido de decretar la indexación, mediante una fórmula propia que no le permite recuperar el valor adquisitivo de su mesada pensional, si se considera que el procedimiento utilizado por la accionada “equivale sólo a 10.9 SMLMV”, es decir desconoce que él devengaba 19.12 SMLMV el 15 de marzo de 1993.

Agrega al respecto:

“Procedimiento este que no está en ninguna norma y no consulta la devaluación efectiva del peso Colombiano y lo que es peor y me duele decirlo, mis derechos, con tal decisión, fueron afectados de una manera grave e irremediable, pues con tal decisión no se dio una protección real y eficaz de tener derecho a una pensión digna, para con ello quedar en una

situación vulnerable, pues el mínimo vital, como un alto ejecutivo que fui del Banco resultó seriamente afectado; pero no sólo ello, sino que la entidad financiera hartó se benefició al darle lo mejor de mi vida productiva, para que hoy la Corte Suprema de Justicia ordene el pago de una pensión que en lo más mínimo se compadece con mi esfuerzo y sacrificios que tuvo para con el Banco Popular”.

Finalmente destaca que inicialmente presentó su demanda ante la H. Corte Suprema de Justicia y que debió acudir ante la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del H. Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, porque la Sala Penal de la accionada resolvió rechazar su solicitud de amparo constitucional y disponer la devolución del libelo, argumentando que la acción de tutela contra los fallos adoptados por esa Corporación no procede, en ningún caso.

2. Intervención pasiva

2.1 Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia

La Sala accionada solicita declarar la nulidad de lo actuado, fundada en que “la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca carece de competencia para conocer de una acción de tutela instaurada contra la Corte Suprema de Justicia (..)”.

Aduce que no es de recibo la argumentación del demandante, “en el sentido de que la Corte Constitucional autorizó la interposición de acciones de tutela contra la Corte Suprema de Justicia ante jueces unipersonales o colegiados pues [esta] corporación carece de facultades legales y constitucionales para conferir competencia a otros funcionarios judiciales, por tratarse de una facultad que es exclusiva del ordenamiento jurídico”.

Para finalizar insiste en que dada la existencia de una clara disposición que le atribuye a esa Corporación competencia para decidir las acciones de amparo contra sus propias decisiones, “no tiene ningún efecto jurídico la atribución de competencias efectuada por la Corte Constitucional para conocer de esas acciones a otras autoridades judiciales distintas de las señaladas por el ordenamiento legal (..)”.

2.2 Banco Popular S.A.

La Asistente de Asuntos Laborales del Banco Popular S.A. solicita rechazar la invocación de amparo constitucional impetrada por el señor Carlos Arturo Montes Abreau contra la entidad, porque “la acción de tutela no fue creada como una instancia adicional o paralela a las establecidas legalmente o como un mecanismo para lograr la reapertura de procesos ya fallados y corregir las deficiencias en que incurrió en su trámite”.

Lo anterior si se considera que la Sala de Casación accionada, dentro del proceso Ordinario promovido por el actor para actualizar la base de liquidación de su mesada, resolvió, en ejercicio de la autonomía e independencia que le es propia, apartarse de la fórmula del Decreto 1748 de 1995 que regula la actualización de los valores de los bonos pensionales, para, en su lugar, reiterar el procedimiento matemático que viene utilizando en sus providencias, desde noviembre del año 2000.

Sostiene que a la luz de la Sentencia C-543 de 1992, que declaró inexecutable los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, “ninguna otra autoridad tiene la facultad legal o constitucional de modificar o alterar las sentencias que han hecho tránsito a COSA JUZGADA”.

3. Pruebas

En el expediente obra, entre otros documentos, la Sentencia proferida el 7 de noviembre del año 2006, por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, dentro del proceso Ordinario adelantado por Carlos Arturo Montes Abreu contra el Banco Popular S.A.1

Señala el documento i) que el actor solicitó se condenara al Banco Popular S.A. a “indexar o actualizar el salario base de liquidación de la pensión de jubilación que le otorgó desde el día de su retiro y hasta que cumplió 55 años de edad, más los incrementos anuales que corresponden sobre el mayor valor que resulte y a las costas del proceso” y ii) que la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá revocó parcialmente la Sentencia que absolvía a la demandada, para, en su lugar, “reajustar al demandante la mesada pensional, a partir del 6 de septiembre de 1998, en la suma de \$3.285.868,00 sobre la cual se verificarán los reajustes legales”.

Agrega la providencia que “no erró el sentenciador cuando utilizó el ingreso base de liquidación para determinar el monto de la primera mesada pensional del demandante”; pero

se equivocó al utilizar la fórmula “índice final/índice inicial x capital= capital actualizado (..) ya que por tratarse de una pensión de origen legal, causada en vigencia de la Ley 100 de 1993, era preciso acudir a su artículo 36 para tal efecto, pero aplicándolo debidamente, lo que concuerda con la reiterada jurisprudencia de esta Sala (..)”.

Revela el fallo que la Sala accionada resolvió casar parcialmente la Sentencia de segundo grado, para en su lugar liquidar la primera mesada tomando como referencia “los índices de variación de precios al consumidor para cada una de esas anualidades, multiplicados por 1.972 días, que transcurrieron entre el día siguiente a la fecha de retiro y aquella en que cumplió el requisito de la edad”.

4. Decisiones que se revisan

4.1 Sentencia de primera instancia

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca resolvió negar la nulidad formulada por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y conceder al actor la protección invocada, fundada en que la Sala accionada optó por indexar la mesada pensional del actor utilizando una fórmula que no le permite acceder, en valor presente, al 75% del último salario devengado².

En lo que tiene que ver con la competencia de la Sala para resolver la demanda de amparo, la procedencia de la acción y el cumplimiento del principio de inmediatez i) señala que compete a esta Corte, en los términos del artículo 86 constitucional, garantizar el derecho de acceso a la jurisdicción constitucional, ante la renuencia de la accionada a asumir el conocimiento de las acciones de tutela instauradas contra sus propias decisiones; ii) indica que todas las personas tienen acción de tutela para el restablecimiento de sus derechos fundamentales, cualquiera fuere la autoridad que los amenaza o vulnera y iii) afirma que, en materia de actualización de prestaciones periódicas, hay que entender que el derecho se sucede día a día y que mientras no se actualice la prestación la vulneración permanece y la intervención del juez de amparo mantiene actualidad.

Recuerda que luego de la unificación de la jurisprudencia en materia de indexación de la primera mesada pensional³, nadie discute el derecho de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de la prestación, pero falta consenso respecto de la fórmula que permite

acceder al reconocimiento, pues, mientras la Sala accionada considera que debe aplicarse la variación de precios al consumidor al promedio del salario devengado en el último año de servicio, durante todo el periodo, el H. Consejo de Estado sostiene que la actualización se hace año tras año hasta obtener el valor real.

Afirma que no es de recibo el argumento esgrimido por quienes apoyan la postura de la Sala accionada, fundados en que la base de liquidación de la prestación no puede actualizarse año tras año, porque el pensionado dejó de percibir salarios y no volvió a cotizar, porque i) se castiga al trabajador sin analizar las condiciones que le impidieron acceder al mercado laboral; ii) se discrimina a quienes se pensionan en vigencia de la Ley 100 de 1993, frente a aquellos que lo hicieron antes de que la norma entrase en vigor y iii) se desconoce el derecho del trabajador a invocar una interpretación favorable, ante el vacío legislativo que en materia de actualización presenta el artículo 36 de dicha Ley.

En armonía con lo expuesto y al establecer que la situación del señor Montes Abreau ha sido considerada por las Salas de Revisión de esta Corte⁴, el A quo concede la protección en el sentido de establecer el ingreso base de liquidación de la mesada pensional del actor aplicando la fórmula $V_p = V_h \text{ I.P.C. Final}$

I.P.C.Inicial

“Donde V_p =valor presente; V_h =Valor histórico =\$108.556.00

I.P.C. Final=El correspondiente a la fecha de reconocimiento

I.P.C. Inicial=el correspondiente a la fecha en que se causó

Conviene aclarar que, para el presente caso, el IPC inicial es el vigente a la fecha en que la parte actora se retiró del servicio, pues el que sirve de referente para establecer al base de liquidación de su primera mesada pensional y que el I.P.C. final es el correspondiente a la fecha en que se hizo la liquidación inicial de la pensión”.

4.2 Impugnación

4.2.1 Los Magistrados de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia impugnan la decisión, fundados en la condición de órgano límite de la justicia ordinaria de la

corporación que integran y en la “forma fundada y con la razonable convicción de estar actuando conforme a derecho”, con que actuaron al proferir el fallo cuestionado.

Indica el escrito:

“Las sentencias de casación no tienen recurso alguno, como lo determinan los códigos de procedimiento que desarrollan a su vez el postulado constitucional del debido proceso, por lo cual hacen tránsito a cosa juzgada y en consecuencia no admiten ninguna modificación.

(..)

En el caso particular que nos ocupa, es patente que el comportamiento de los magistrados de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, lejos de ser negligente, arbitrario, caprichoso o infundado, se apoyó en sólidas razones constitucionales y legales sobre la naturaleza de las decisiones que profiere la Corte Suprema de Justicia como máximo tribunal de casación, carácter que no es un simple alegato defensivo de los magistrados accionados sino del claro contenido del artículo 234 de la Constitución Política, que emplea esa expresión y que por lo tanto no puede tener una lectura diferente.

(..)

No puede desconocerse entonces que la Constitución Política de 1991 instituyó cuatro cabezas de la rama judicial del mismo nivel jerárquico; no le asignó a ninguna la condición de superior de las otras, cada una es órgano supremo dentro de su respectiva órbita funcional. Y eso es apenas elemental en aras de la seguridad jurídica de cualquier sociedad respetuosa del Estado de derecho, porque los procesos judiciales deben concluir ante los jueces naturales después de un determinado tiempo, porque lo contrario conduciría al desconcierto de los destinatarios de tales decisiones”.

El impugnante asegura que la Sala de Casación accionada, en cuanto reconoció al actor el derecho a la actualización de su mesada, restableció sus derechos fundamentales en lugar de vulnerarlos, así la cuantía de la prestación no satisfaga las aspiraciones económicas del señor Montes Abreu.

Sostiene, además, que “la decisión alcanzada por entidad accionada partió de la profunda argumentación realizada por la Corte Suprema de Justicia sobre la necesidad de aplicar la

postura empleada y por el contrario de utilizar el criterio de indexación contenido en el artículo 11 del Decreto 1748 de 1995, considerado por el accionante como la norma legal adecuada (..)".

Para finalizar llama la atención sobre las posiciones interpretativas relacionadas con la manera de actualizar la base de liquidación pensional y se detiene en jurisprudencia reiterada de esta Corte, a cuyo tenor la acción de tutela no procede cuando el problema jurídico recae sobre la interpretación objetiva y razonable de una disposición legal.

4.3 Sentencia de Segunda Instancia

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del H. Consejo Superior de la Judicatura, mediante providencia de 13 de febrero del año en curso, revoca la Sentencia que concede la protección⁵ puesto que "salvo circunstancias excepcionales que aquí no se evidencian, las acciones de tutela que se interpongan a partir de la fecha contra los fallos de casación que versan sobre la indexación de la primera mesada pensional, que fueron emitidos antes de la Sentencia SU 120 de 2003⁶ resultan ser tardíos y desconocedores del principio de inmediatez cosustancial a la acción de tutela en los términos en que fue concebida por el Constituyente de 1991".

Destaca que la Sala de Casación accionada resolvió el recurso en noviembre de 2006 y que el actor aguardó un año, "sin verificarse por la Sala circunstancia alguna que justifique la dilación en el tiempo para haber recurrido a este mecanismo excepcional de protección inmediata de derechos fundamentales con más cercanía a la emisión del fallo cuestionado".

Se apoya en la Sentencia C-590 de 2005⁷ de la cual trae apartes y concluye que las órdenes emitidas al Banco Popular S.A. por el juez de primer grado deben revocarse, dada la improcedencia de la acción que se revisa, por incumplimiento del principio de la inmediatez.

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar las anteriores decisiones, 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 y por selección de la Sala Cinco, mediante providencia del 12 de mayo del año en curso⁸.

2. Problema jurídico planteado

Le corresponde a esta Sala revisar las Sentencias proferidas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias de los H. Consejos Seccional de la Judicatura de Cundinamarca y Superior de la Judicatura que niegan al actor el amparo que reclama, pues el ad quem revoca la providencia que concede la protección para, en su lugar, rechazar la invocación de amparo constitucional por improcedente en razón del tiempo transcurrido entre el fallo de casación y la presentación de la demanda de tutela.

Argumenta el señor Montes Abreau que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia resolvió revocar la Sentencia que disponía llevar a valor presente su mesada pensional, y en su lugar liquidó año tras año manteniendo constante la base salarial, desconociendo que si se trata de actualizar “nunca, pero nunca, el salario base de un año puede ser igual al del anterior.

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia por su parte, sostiene que actuó en ejercicio de su autonomía e independencia y que la acción de tutela no procede contra sus decisiones.

Con base en el estado de la jurisprudencia constitucional en la materia esta Sala deberá resolver, entonces, si la Sentencia proferida el 7 de noviembre de 2006 por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia vulnera los derechos constitucionales del actor a la igualdad, a la remuneración vital y móvil, a la vida digna, al imperio de la ley y al debido proceso, como el señor Montes Abreau lo asegura.

3. Consideraciones preliminares. Reiteración de jurisprudencia

3.1 Acción de tutela contra providencias judiciales. El restablecimiento del derecho a la actualización de prestaciones periódicas

3.1.1 En los términos de la Sentencia C-590 de 2005⁹, esta Corte sintetizó la jurisprudencia constitucional relativa a la acción de tutela contra providencias judiciales, fijó el correcto entendimiento de la Sentencia C-543 de 1992¹⁰, analizó en detalle el marco

normativo del amparo de los derechos fundamentales, cualquiera fuere la autoridad que los amenace o vulnere¹¹ y concluyó que el recurso de amparo “constituye uno de los ejes centrales de todo el sistema de garantía de los derechos fundamentales”, no solo en lo que tiene que ver con el restablecimiento de las garantías constitucionales quebrantadas por acción u omisión de las autoridades públicas y los particulares en ejercicio de autoridad, sino “como instrumento para introducir la perspectiva de los derechos fundamentales a juicios tradicionalmente tramitados y definidos, exclusivamente, desde la perspectiva del derecho legislado”.

Expuso la Corte que “la tutela contra sentencias es el mecanismo máspreciado para actualizar el derecho y nutrirlo de los valores, principios y derechos del Estado social y democrático de derecho”, de suerte que los afectados con decisiones judiciales que desconocen dichos valores principios y derechos, así la providencia no comporte “una burda trasgresión de la Carta”, pueden acudir en demanda de amparo constitucional una vez agotados los mecanismos ordinarios de defensa, porque todo pronunciamiento judicial que afecte derechos fundamentales es constitucionalmente inadmisibile.

Pero no solamente ante la vulneración flagrante y grosera de disposiciones constitucionales - aclara la providencia-, pues la acción de tutela, además de garantizar la integridad de la Carta ante su violación directa, asegura “la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado¹²”.

Se observa, entonces, que el estado de la doctrina constitucional en la materia supera la doctrina fundamentada en el restablecimiento de los derechos fundamentales vulnerados por el burdo, caprichoso y arbitrario desconocimiento del ordenamiento constitucional, pues en la actualidad se entiende que un fallo judicial puede ser atacado por vía de tutela, además, por error inducido, ausencia de motivación y desconocimiento del precedente constitucionalmente vinculante.

Señala al respecto la providencia que se trae a colación:

“En este sentido, como lo ha señalado la Corte, para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos que adelante se explican.

- a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.
- b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.
- c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.
- d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.
- f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.
- g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.
- h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado .
- i. Violación directa de la Constitución.”

3.1.2 Con todo, señala la providencia, la acción de tutela contra decisiones judiciales es un mecanismo de procedencia excepcional, no solo por el carácter subsidiario y residual que le fue fijado en la Carta Política, sino i) porque “las sentencias judiciales constituyen ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales, proferidos por funcionarios profesionalmente formados para aplicar la Constitución y la ley”; ii) debido al “valor de cosa juzgada de las sentencias a través de las cuales se resuelven las controversias planteadas ante ellos y la garantía del principio de seguridad jurídica” y iii) en consideración

a que en los regímenes democráticos la estructura del poder público descansa, en gran medida, en la autonomía e independencia de sus jueces.

De ahí que no todas las irregularidades observadas en los procesos judiciales puedan ser cuestionadas ante el juez de amparo, sino aquellas que involucren asuntos de relevancia constitucional, hubieren agotado los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial, permitan la intervención inmediata del juez de amparo y comprometan indefectiblemente los derechos fundamentales de las partes o de los terceros vinculados al fallo.

Señala la Corte:

“24. Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son los siguientes:

a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones . En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable . De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración . De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de

proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora . No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible . Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. Que no se trate de sentencias de tutela. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas”.

3.1.3 Dentro de la línea a la que se hace referencia, la jurisprudencia constitucional se ha detenido en los requisitos de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales relacionadas con el derecho de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de la prestación.

Así resumió esta misma Sala la posición de la Corte:

“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”.

“ 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” .

“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 tramite de un proceso ordinario hace más gravosa su situación personal¹³”.

3.1.4 Se ha considerado, además, dado el carácter vitalicio de la pretensión, que no es de recibo el argumento relacionado con la improcedencia del amparo constitucional por dilación en la presentación de la demanda, porque el derecho a mantener su poder acompaña a las prestaciones vitalicias, de manera que el deber de emitir órdenes de inmediata protección jamás pierde actualidad¹⁴.

Señala la Corte:

“Uno de los criterios seguidos, frente a la necesidad de fijar un límite temporal a la acción de tutela, que consulte la seguridad que demandan las relaciones jurídicas a la vez que restablezca el derecho fundamental quebrantado, tiene que ver con la caducidad o la prescripción de las acciones previstas para reclamar los derechos ante la justicia ordinaria, a fin de que la protección a la vez que restablezca el derecho no vulnere situaciones previamente consolidadas.

Como consecuencia de lo dicho, no estima la Sala que quien reclama la indexación de su

mesada pensional haya agotado la posibilidad de amparo, porque dejó transcurrir tres o más años desde que se hizo exigible la pensión, para instaurar el reclamo, puesto que el pensionado puede haber perdido el derecho a que se le aplique con retroactividad la medida, pero conservarlo respecto de la situación futura, en razón de que el derecho a la prestación jubilatoria se sucede mes a mes.

Por ello la Sala accionada revocó la sentencia que declaraba prescrita la acción instaurada por (..)-como fue reseñado-, precisando que el derecho a la pensión de jubilación no prescribe, sin perjuicio de las mesadas no reclamadas a tiempo, siguiendo la Jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que indica al respecto:

“Es cierto que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte ha mantenido el criterio de que la acción correspondiente a la pensión sanción por implicar una prestación de tracto sucesivo y de carácter vitalicio no prescribe en términos absolutos en cuanto al derecho en si mismo, aunque si son susceptibles de extinguirse por prescripción las mensualidades propias de la jubilación al igual que los demás derechos derivados de la situación de pensionado, que vayan siendo exigibles y no se reclamen dentro de los plazos legalmente previstos. Entre los argumentos que se han esgrimido para sostener esta postura pueden mencionarse los siguientes: Que el estado de jubilado en tanto da derecho a percibir de por vida una determinada suma mensual, no puede prescribir y en tratándose de la pensión especial consagrada en el artículo 8° de la ley 171 de 1961 el estado de jubilado se adquiere por el tiempo de servicios, el despido injusto o el retiro voluntario, según el caso, y la edad señalada en la norma. Que según el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 “...en todos los demás aspectos la pensión aquí prevista se regirá por las normas legales de la pensión vitalicia de jubilación...” y entre los demás aspectos está incluido, naturalmente, el de la prescripción ya que no figura regulado de modo específico. Que la acción para obtener una decisión judicial en el sentido de que se terminó unilateralmente y sin justa causa el contrato de trabajo no prescribe, dado que se trata de la declaración de un derecho y lo que prescriben son los derechos derivados del hecho, como el reintegro, la indemnización por despido y las sucesivas mesadas pensionales de la pensión sanción. Que si bien el artículo 267 del C.S.T, antecedente legal inmediato de la pensión sanción, establecía un término de caducidad de un año contado a partir del despido, la voluntad del legislador fue la de eliminar del ordenamiento esta disposición pues la derogó en forma expresa mediante el artículo 14 de la Ley 171 de 1961. Que establecer la prescriptibilidad de la pensión sanción por vía

jurisprudencial implicaría crear distinciones que la Ley no hizo, pues al contrario la ley prevé que esta modalidad pensional como se vio, se rige por las reglas generales en los aspectos no regulados específicamente. Que la circunstancia de que se haya excusado con fines prácticos y de economía procesal el interés actual como presupuesto de la acción, permitiéndose así la condena futura no implica la obligación de reclamar desde el despido la pensión sanción.

(..)

De lo anterior se deduce, en definitiva, que como las acciones propias de los derechos laborales prescriben en tres años, contados a partir de la oportunidad de exigir su satisfacción, el beneficiado con la pensión de jubilación estará siempre en posibilidad de invocar la actualización de su mesada pensional, en primera instancia ante su empleador o la entidad obligada a reconocerla, y en subsidio ante el Juez laboral, sin que en ningún caso puede ser considerada improcedente su pretensión, por razones de oportunidad¹⁵.

3.1.5 En armonía con lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión concedió el amparo constitucional a quien abogaba por la actualización de su prestación jubilatoria, “dos años después de la providencia que negó la indexación de la mesada pensional solicitada ante el juez ordinario”, al establecer “que la vulneración de los derechos fundamentales del actor, además de haberse prolongado en el tiempo, compromete su mínimo vital por cuanto afecta el poder adquisitivo de la mesada pensional que constituye su única fuente de ingreso”.

Señala la decisión:

“Si bien la jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho al mantenimiento del poder adquisitivo de la mesada pensional no tiene el carácter de fundamental autónomo, también ha precisado que puede llegar a tener tal condición por conexidad, en la medida en que la vulneración de este derecho constitucional lesione conjuntamente otros que sí gozan de naturaleza iusfundamental. En este sentido, esta Corporación ha indicado que la mesada pensional constituye un mecanismo que garantiza el derecho al mínimo vital de las personas de la tercera edad, habida cuenta que dicha prestación económica, en la mayoría de los casos, constituye el único ingreso de los pensionados, con el que atienden sus necesidades básicas y las de las personas que de ellos dependen, de suerte que la afectación de este derecho de carácter prestacional atenta directamente contra derechos fundamentales de los

pensionados, susceptibles de amparo por el juez de tutela.

No obstante que la Corte ha reconocido el carácter fundamental que puede adquirir, por conexidad, el derecho al mantenimiento del poder adquisitivo de la pensión, ha supeditado la procedencia de su protección en sede de tutela, al cumplimiento de ciertos requisitos, a saber: i) Que el interesado haya adquirido la calidad de pensionado; ii) que haya agotado la actuación en sede administrativa, a través del uso de los recursos propios de esta instancia, en procura de la satisfacción de sus pretensiones; iii) que haya acudido oportunamente a la jurisdicción ordinaria con el propósito de obtener el reconocimiento de la indexación de la mesada pensional, y iv) que acredite las condiciones materiales que justifican la protección por vía de tutela, es decir, su condición de persona de la tercera edad y la afectación de sus derechos fundamentales.

(..)

De esta forma, la Sala considera que hay lugar a acreditar los requisitos que se han exigido jurisprudencialmente para el amparo del derecho al mantenimiento del poder adquisitivo de la mesada pensional por lo que procederá a conceder el amparo solicitado.

Para la Sala, la dilación en la interposición de la acción de tutela que actualmente se revisa no corresponde a la negligencia del actor, ni de ello se puede derivar la falta de urgencia ni de oportunidad del amparo del juez constitucional. Así, en primer lugar, la Sala encuentra que con posterioridad a la Sentencia del 5 de marzo de 2004 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán dentro del proceso ordinario laboral, el demandante inició una acción de tutela que fue fallada desfavorablemente por las Salas Laboral y Penal de la Corte Suprema de Justicia, en primera y segunda instancia respectivamente.

Ahora bien, con la expedición de la Sentencia C-862 de 2006, el accionante consideró que existía un nuevo fundamento jurídico que consolidaba la línea jurisprudencial desarrollada por la Corte Constitucional sobre el carácter constitucional del derecho a la indexación de la primera mesada pensional y al mantenimiento de su poder adquisitivo, de suerte que con base en esta providencia y en la jurisprudencia reiterada por esta Corporación alrededor de esta materia, el accionante se dirigió nuevamente a la entidad demandada mediante el ejercicio del derecho de petición, obteniendo respuesta negativa a sus pretensiones, circunstancia que motivó la demanda de tutela que actualmente es objeto de

pronunciamiento por esta Sala.

De otra parte, es pertinente tener en cuenta que esta Corporación ha establecido unos casos en los que resulta admisible la dilación en la interposición de la acción de tutela, a saber: (i) Que se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual y, (ii) que la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros¹⁶ ..

Esta misma Sala, en reciente decisión, consideró que la demora en acudir en demanda de protección “no torna improcedente la solicitud de amparo constitucional que se revisa, comoquiera que el derecho de (..) a la pensión vitalicia que le fuera reconocida en noviembre de 1956 (..) se extingue con su muerte. Al punto que la beneficiaria podía reclamar en cualquier tiempo, o dejar de hacerlo”.

3.2 Fórmula matemática que permite actualizar efectivamente la primera mesada pensional

3.2.1 La Sala Primera de Revisión, en los términos de la Sentencia T-098 de 2005¹⁷, resolvió dejar sin efectos las Sentencias de casación proferida el 3 de mayo de 2001 y de primera y segunda instancia adoptadas en mayo y septiembre de 2000, para resolver el derecho del accionante en tutela a la indexación de su mesada pensional, al establecer que las providencias liberaban “a quienes estaban obligados a pagar la pensión, de hacerlo en una proporción igual al 75% del promedio real del salario devengado en el último año de trabajo”.

Señala la decisión:

“4.3 La Sala reitera lo tantas veces sostenido por la Corporación, en el sentido de que calcular el monto de la mesada pensional con base en un ingreso que el extrabajador percibió años antes de que finalmente le fuera reconocida la pensión, contraría el mandato superior de equidad , el derecho a percibir una pensión mínima vital calculada teniendo en

consideración los fenómenos inflacionarios y la consecuente pérdida de poder adquisitivo del dinero, así como también compromete los derechos fundamentales al debido proceso, y a la igualdad del pensionado cuando, aun después de haber agotado todos los medios de justicia ordinaria de los que disponía, el trabajador encuentra que la violación de sus derechos goza de la legitimidad aparente que le otorga un fallo judicial.

4.4 También debe la Sala indicar que no comparte el argumento sostenido por la primera instancia, de conformidad con el cual el amparo constitucional se torna improcedente por el lapso de tiempo transcurrido entre la vulneración del derecho fundamental y la instauración de la acción de tutela. Aunque la falta de inmediatez de la solicitud de protección implica su negación, en tanto esta acción constitucional no es un medio adicional para revivir procesos concluidos o para subsanar la inactividad de las partes, en casos como el presente deben tomarse en consideración cuestiones adicionales.

Así, debe señalarse que el actor en esta tutela acudió a todos los medios de defensa que tenía a su alcance en el proceso ordinario. Además, presentó esta misma demanda de tutela ante la Corte Suprema de Justicia, y la Sala Penal de esta Corporación la rechazó, negándole abiertamente el derecho que tiene a acceder a la administración de justicia y retardando además el proceso que se estudia en el presente. A ello debe sumarse, y le asiste razón a la parte demandante cuando así lo afirma en el escrito de su impugnación, que el demandante presentó la solicitud de amparo constitucional luego de haber transcurrido un término sumario desde el momento en el cual fue proferida la sentencia SU-120 de 2003, que concedió el amparo en casos iguales en lo relevante al suyo.

(..)

4.6 La base para la liquidación de la pensión es el 75% del salario promedio del último año, conforme a lo dispuesto en el art. 260 del Código Sustantivo del Trabajo, derogado expresamente por el art. 289 de la Ley 100 de 1993. La primera disposición es aplicable porque estaba vigente al causarse el derecho a la pensión del actor, el 10 de diciembre de 1980.

4.7 Ahora bien, es necesario que la Sala establezca con base en qué criterios deberá indexarse la primera mesada pensional del señor Manuel José González Alarcón”.

En armonía con lo expuesto, la Sala Primera de Revisión resolvió establecer el salario base de liquidación empleando la fórmula que utiliza el H. Consejo de Estado para actualizar obligaciones dinerarias -como pasa a explicarse-, en desarrollo del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo¹⁸.

3.2.3 Con el objeto de resolver la consulta relativa a la actualización de las sanciones de carácter administrativo, que le formulara el señor Viceministro de Ambiente -encargado de las funciones del despacho de la Ministra de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial-, la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado realizó una síntesis del estado de la jurisprudencia en materia de actualización de valores y se refirió a la fórmula establecida en la jurisprudencia para actualizar obligaciones y condenas, “siempre y cuando las normas especiales no hayan previsto un mecanismo específico para la actualización periódica de los montos respectivos”.

La providencia resume así el estado de la jurisprudencia de esa corporación, en lo que tiene que ver con la actualización de condenas laborales:

“Los pronunciamientos anteriores precisan que la indexación o corrección monetaria no representa una agravación del perjuicio, ni del daño, sino que obedece a fines más elevados en la búsqueda de la justicia y la equidad, aplicables en materia de responsabilidad contractual y extracontractual.

Por su parte, entre la copiosa jurisprudencia existente en las diferentes secciones de esta Corporación en torno de este tema, la Sala destaca algunas sentencias proferidas en Sala de lo Contencioso Administrativo en materia de condenas laborales (..).

- Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia S-638 del 28 de julio de 1996. Indexación en materia laboral

“Como ya lo ha señalado en repetidas oportunidades la Corporación, las sumas que se ordenará pagarle a la actora en este evento deberán ser actualizadas mediante la aplicación de los ajustes de valor contemplados en el artículo 178 del C.C.A., para lo cual deberá aplicarse la fórmula que ha estructurado la Sección Tercera, y que ha acogido y utilizado en otros casos la Sección Segunda. En efecto, es incuestionable que la inflación que viene padeciendo nuestra economía, reflejo de un fenómeno que es mundial, produce una pérdida

notoria de la capacidad adquisitiva de la moneda, por manera que ordenar hoy el pago de esas cantidades por su valor nominal implicaría un enriquecimiento sin justa causa para el Estado y un empobrecimiento correlativo para la actora. Por consiguiente, en aras de la aplicación del principio de equidad contemplado en el artículo 230 de la Carta Fundamental y de las disposiciones legales que se relacionan con este tema, es indispensable que se ordene la “indexación” de esos valores, para que el restablecimiento del derecho sea completo. De suyo, normas como el artículo 1626 del Código Civil según el cual “el pago efectivo es la prestación de lo que se debe” y el propio artículo 178 del C.C.A., llevan implícita la condición de que el resarcimiento sea total e íntegro; y es elemental que el deterioro de la moneda debe ser absorbido por el obligado a satisfacer dicha prestación.

“Ahora bien, para liquidar la indexación la entidad demandada deberá aplicar la fórmula que se señalará en la parte resolutive de esta providencia de manera escalonada, es decir, que el mes más antiguo tendrá una actualización mayor a la de los subsiguientes, y el mes más reciente una menor, y como es lógico, realizando una operación aritmética similar en relación con cada aumento o reajuste salarial. O sea, que para ello deberá tomar en cuenta los aumentos o reajustes reconocidos o destacados periódicamente, para deducir la indexación que afecta las sumas causadas mes por mes.”

- Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 28 de octubre de 1999, sobre aplicación de la fórmula señala:

“De conformidad con la tesis acogida por la Sala en cuanto a la aplicación de los ajustes de valor contemplados en el artículo 178 del C.C.A (Indexación), se decretará habida cuenta de que se trata de un factor de equidad, en virtud del cual se conserva la capacidad adquisitiva de estas sumas por manera que lo contrario implicaría un desmedro o empobrecimiento para el actor y consecuentemente un enriquecimiento sin causa para el organismo oficial.

“Ahora bien, para liquidar dicha indexación la entidad demandada deberá aplicar la fórmula que se señalará en la parte resolutive de esta providencia de manera escalonada, es decir, que el mes más antiguo tendrá una actualización mayor a la de los subsiguientes, y el mes más reciente una menor, y como es lógico, realizando una operación aritmética similar en relación con cada aumento o reajuste salarial. O sea, que para ello deberá tomar en cuenta los aumentos o reajustes reconocidos o decretados periódicamente, para deducir la

indexación que afecta las sumas causadas mes por mes.

“De igual modo, se ordene la actualización de las condenas en los términos del artículo 178 del C.C.A., dando aplicación a la siguiente fórmula:

“R= R.H. INDICE FINAL

INDICE INICIAL

“En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto desde la fecha en que fue desvinculado del servicio, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial vigente para la fecha de la desvinculación.

“Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada pago mensual y para los demás emolumentos, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.”. (Negrilla fuera del texto original).

(..)

- Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 5 de diciembre de 1996. Expediente No. 12891.

“Como lo ha reiterado la Corporación, las condenas deberán ser actualizadas mediante la aplicación de los ajustes del valor contemplados en el Artículo 178 del C.C.A. Para liquidar dicha indexación la entidad demandada deberá aplicar la fórmula mencionada en forma escalafonada, es decir, que el mes más antiguo tendrá una actualización mayor a la de los subsiguientes, y el más reciente una menor, y como es lógico, realizando una operación aritmética similar con relación con cada aumento o reajuste salarial. O sea, que para ello deberá tomar en cuenta los aumentos o reajustes reconocidos o decretados periódicamente, para deducir la indexación que afecta las sumas causadas mes por mes.”

(..)

- Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 19 de febrero de 1998. Expediente No. 12939.

“De acuerdo con la tesis acogida por la Sala Plena de la Corporación, se ordenará la aplicación de los ajustes al valor contemplados en el artículo 178 del C.C.A., por tratarse de un factor de equidad, mediante el cual se conserva la capacidad adquisitiva de las respectivas sumas, de acuerdo con la fórmula que se señalará en la parte resolutive de esta providencia de manera escalonada, es decir, que el mes más antiguo tendrá una actualización mayor a la de los subsiguientes, y el más reciente una menor, y como es lógico, ejecutando una operación aritmética similar en relación con cada aumento o reajuste salarial, de manera que para ello se deberán tomar en cuenta los aumentos o reajustes reconocidos o decretados periódicamente, para deducir la indexación que afecta las sumas causadas mes por mes, motivo por el cual se revocará en este sentido el fallo apelado¹⁹.”

3.2.4 También la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, con el fin de establecer la base pensional, cuando el trabajador no percibió asignación del empleador obligado a pensionarlo, en el lapso comprendido entre el cumplimiento de los veinte años de servicio y la edad requerida para acceder a la prestación, recurre al precedente al que se refiere la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado, como se aprecia en las decisiones que a continuación se relacionan:

“La aludida circunstancia evidencia un fenómeno económico del que no puede sustraerse el derecho del trabajo y de la seguridad social, ni pasar por alto la jurisprudencia, pues hacerlo implica olvidar que las normas del derecho social, al tenor del artículo 1º del CST, se deben aplicar con criterio de coordinación económica y equilibrio social, que impone, con fundamento en el artículo 8º de la ley 153 de 1887 y 19 del CST, el reconocimiento de la indexación, porque de no hacerlo se vulnera tal mandato, ya que es indiscutible que el hecho notorio de la inflación terminaría perjudicando, contra la equidad, a una sola de las partes de la relación contractual: el trabajador, que no es el llamado a soportar las negativas consecuencias de ese fenómeno económico, toda vez que él no tiene la posibilidad de tomar las medidas para protegerse del mismo en razón de que su aporte en el contrato es su trabajo; situación que no puede predicarse con respecto al empleador, porque éste si tiene o debe tener el control financiero, así sea relativo, de la actividad donde aquel presta el servicio, motivo por el cual es dable afirmar que es a él a quien corresponde prever y asumir

las consecuencias de las fluctuaciones económicas, debido a que está en capacidad de tomar las medidas de orden financiero necesarias para resguardarse de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, y una de ellas sería el reconocimiento de una pensión de jubilación actualizando el valor del salario que años atrás devengó el trabajador. Así razonó la Corte en su sentencia de casación del 10 de diciembre de 1998, radicación 10939.” Como las consideraciones antes reproducidas se avienen suficientemente al caso analizado, el cargo prospera

Al despachar el cargo se argumentó que el actor fue pensionado por el banco demandando a través de la resolución 251 del 23 de diciembre de 1993, a partir del 27 de agosto del mismo año y que el monto de la pensión le fue reconocida en la suma de \$176.433.41 equivalente al 75% de \$235.244.55 que fue el promedio de lo devengado en el último año de servicios. La aludida resolución obra de folios 8 a 13 del cuaderno 1. Bajo los anteriores supuestos y a lo decidido al analizar el cargo, resulta viable la actualización de la primera mesada pensional, pues es innegable que el monto de la misma se fijó deficitariamente, es decir, sin tener en cuenta el índice de devaluación del peso colombiano entre el 16 de agosto de 1988, fecha de la desvinculación del demandante, y el 26 de agosto de 1993, a partir de la cual fue pensionado. Por tal razón atendiendo lo registrado en el certificado expedido por el DANE (folios 85 a 88 C.1) y las fechas anteriormente anotadas, se procederá a liquidarla, aplicando la fórmula que frente a asuntos similares para estos efectos ha venido adoptando la Sala, precisando que los hechos de que da cuenta este proceso no estuvieron regulados por normas de la Ley 100 de 1993 y, por ende no se les aplica la fórmula utilizada para actualizar la base salarial de la pensión en vigencia de la indicada normatividad.

En ese orden la fórmula es como sigue: $IF \times \text{capital a indexar} = \text{capital indexado}$ II $IF = \text{Índice Final}$ II $IF = \text{Índice Inicial}$ Capital a indexar = salario promedio en el último año de servicios. Por tanto, la primera mesada pensional indexada que la entidad demandada debió reconocer al actor asciende a la suma de \$576.203.72, que resulta de dividir el índice de precios al consumidor para agosto de 1993 (39.03400) con el índice de septiembre de 1988 (11.95220), multiplicado por el salario promedio \$235.244.56 y luego a dicho guarismo sacarle el 75%²⁰”.

3.2.2 Cabe concluir, por consiguiente, que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con fundamento en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo

ha desarrollado una fórmula -en algunos casos aceptada por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia- que consulta los valores y principios constitucionales, de la igualdad, favorabilidad, debido proceso y poder adquisitivo de las pensiones, en cuanto actualiza realmente la base pensional, cuando el trabajador no percibió asignación de su empleador entre el cumplimiento del tiempo de servicio y la edad requerida para acceder a la prestación.

No obstante, como pasa a explicarse, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia casó el fallo que aplicaba la fórmula a que se hace referencia, aduciendo que el señor Montes Abreau adquirió su derecho pensional en vigencia de la Ley 100 de 1993 y que el verdadero entendimiento del artículo 36 de dicha normatividad no da lugar a actualizar año por año la primera mesada pensional, sino aplicar el IPC sobre el promedio constante del último salario devengado.

4. Caso concreto. La protección será concedida

4.1 El actor afronta un daño actual, no tiene otra vía para reclamar el restablecimiento de su derecho y plantea un asunto de relevancia constitucional

El señor Carlos Arturo Montes Abreau demandó ante la justicia del trabajo al Banco Popular S.A. para que se disponga la indexación de su mesada pensional, pues la entidad resolvió reconocerle una prestación equivalente al 75% de 5.7 SMLMV, sin reparar en que el salario devengado por él, en marzo de 1993, ascendió a 19.12 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Revelan los antecedentes, además, que la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá ordenó a la demandada reajustar la mesada pensional y que la Sala de Casación accionada confirmó parcialmente la decisión, en cuanto reconoció el derecho del actor a la indexación, pero se apartó de la fórmula utilizada por el ad quem para establecer el ingreso base de su liquidación.

De manera que como el actor cuestiona la Sentencia de casación y aboga porque se restablezca el valor adquisitivo de la prestación que recibe mes a mes, la decisión de segunda instancia habrá que revocarse, en cuanto la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura rechaza la invocación de amparo, aduciendo que el actor

habría aguardado más de un año en reclamar la protección.

No obstante, el requisito de la inmediatez se sustenta en la facultad de actuación inmediata asignada en el artículo 86 de la Carta Política y el juez de tutela siempre puede actuar en orden al restablecimiento de prestaciones periódicas, irrenunciables y vitalicias.

Cabe precisar, además i) que el señor Montes Abreau agotó los mecanismos ordinarios de defensa y no cuenta sino con la acción de tutela para confrontar la Sentencia que le desconoce el derecho a exigir, mes a mes, una pensión que responda, realmente, al 75% del último salario devengado y ii) que su calidad de pensionado y la necesidad de contar con la prestación para satisfacer los gastos que demanda su subsistencia no se discuten.

4.2 Los espacios dejados por el legislador, no pueden ser llenados por el juzgador a su arbitrio

4.2.1 La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia precisa que establecer el ingreso base que permite liquidar la prestación que reclama el actor debe acudirse al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, teniendo presente i) que no se actualiza un ingreso nominal que ha sufrido cambios periódicos, sino un salario promedio que no tuvo modificación y ii) que es dable actualizar un salario ya indexado, pues esto iría en “contravía con el espíritu de la norma que no prevé que esos montos se acumulen, conllevando una doble revaluación, siendo que lo pertinente es tomar como punto de partida el mismo promedio respecto de cada una de las anualidades conforme a la ley, reflejada en la fórmula que viene utilizando la Corte (..)”.

Ahora bien, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 i) reconoce a las mujeres y hombres que el 1° de abril de 1994 tenían 35 o 40 años o más respectivamente, afiliados al régimen de prima con prestación definida, el beneficio de acceder a la pensión de vejez o de jubilación, de acuerdo con los requisitos exigidos en el régimen pensional al que estuvieran afiliados; ii) fija el ingreso base para liquidar la prestación de quienes se hacen acreedores al beneficio; iii) excluye de la previsión a quienes voluntariamente se acogieron al régimen de ahorro individual con solidaridad o decidieron cambiarse al de prima media con prestación definida; iv) advierte sobre la vigencia de estados pensionales definidos y v) fija reglas para establecer el número de semanas cotizadas.

Indica la norma:

“Artículo 36. Régimen de transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres. 21.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.²²

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor, según certificación que expida el DANE²³.

Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen²⁴.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida²⁵.

Quienes a la fecha de vigencia de la presente ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes, al momento en que cumplieron tales requisitos.

Parágrafo. Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1°) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio”26.

4.2.2 Se tiene entonces que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 regula en detalle el régimen de transición, aplicable a los afiliados al régimen de prima media con prestación definida y fija con claridad la manera de calcular el ingreso base para liquidar la pensión de jubilación o vejez, de quienes cuando entró a regir la normatividad tenían 35 o 40 o más años, pero no establece los elementos que permiten liquidar dicho ingreso cuando el trabajador no ha percibido asignación del empleador obligado a pensionarlo -según las previsiones del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo- en el lapso comprendido entre el cumplimiento de los veinte años de servicio y la edad requerida para acceder a la prestación.

Tanto así que esta Corte, al establecer el vacío legislativo existente en la materia, frente a las disposiciones constitucionales que hacen imperativo los reajustes, con el propósito de que los pensionados mantengan el valor adquisitivo de la prestación, recordó a los jueces “su misión de determinar el referente para resolver las situaciones planteadas (..) comoquiera que el legislador, de haber considerado las particularidades que los actores afrontan habría optado por la indexación del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios -artículo 260 C.S.T-, o por el mantenimiento del poder adquisitivo de los salarios o rentas sobre las cuales el afiliado cotizó durante los 10 años anteriores al reconocimiento, según el caso”.

Indica la decisión:

“La Corte encuentra, entonces, i) que no existe normativa que establezca con precisión la base para liquidar la pensión de jubilación de quien se retire o sea retirado del servicio sin cumplir la edad requerida -el inciso segundo del artículo 260 del C.S.T no la precisa -; ii) que ninguna disposición ordena indexar ésta base salarial expresamente; iii) que no existe precepto que excluya o prohíba tal indexación.

No obstante existe un principio constitucional claro, esto es que el “Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales” –artículo 53 C.P., y suficientes disposiciones del ordenamiento que denotan un afán permanente del legislador por compensar la pérdida del poder adquisitivo de las pensiones.

En este orden de ideas, incumbe al juez confrontar la situación concreta de las personas que aspiran a acceder a la pensión en las condiciones anotadas y remediar la injusticia que se deriva de la omisión legislativa anotada, obrando en todo conforme lo habría hecho el legislador, de haber considerado la situación específica, es decir conforme con la Constitución Política.

Lo anterior porque i) así acontece con el trabajador que es despedido después de diez o más años de trabajo, sin poder aspirar a una mesada pensional, ii) ésta es la solución adoptada por la ley para liquidar las pensiones, reajustes y sustituciones de los excongresistas, y iii) esto ocurre con las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes del sector público del orden nacional, financiadas con recursos del presupuesto nacional, del Instituto de Seguros Sociales, así como las de los pensionados de las Fuerzas Armadas Militares y de la Policía Nacional.

Dado que la equidad, la jurisprudencia constitucional y los principios generales del derecho laboral indican que los espacios dejados por el legislador, no pueden ser llenados por el juzgador a su arbitrio, por su mera voluntad, sino consultando los criterios auxiliares de la actividad judicial –artículo 230 C.P.-27”.

De manera que así la fórmula aplicada por la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá, para liquidar la mesada pensional a la que tiene derecho el actor, no hubiere sido prevista en el Código Sustantivo del Trabajo y tampoco en las normas de seguridad social con este fin, lo cierto es que consulta los principios y valores constitucionales a la vez de haber sido adoptada por la jurisprudencia y prevista en el ordenamiento como instrumento de actualización de valores monetarios.

Señala al respecto el artículo 11 del Decreto 1748 de 199528:

“Para actualizar un valor monetario desde una fecha cualquiera hasta otra, se lo multiplica por el IPCP de la segunda fecha y se lo divide por el IPCP de la primera fecha.

Para capitalizar un valor monetario desde una fecha cualquiera hasta otra posterior, se lo multiplica por $(1 + \text{TRR}/100)$ elevado a un exponente igual al número de días que van desde la primera fecha hasta la víspera de la segunda, dividido por 365,25.

Cuando un valor se actualiza y además se capitaliza, se están reconociendo intereses a la tasa del DTF pensional establecida por el artículo 10 del Decreto 1299 de 1994”

Siendo así la protección habrá de concederse, en el sentido de disponer que el Banco Popular S.A. actualice cada una de las mesadas pensionales a las que tiene derecho el actor, sin perjuicio de la posibilidad de alegar a su favor, si lo considera y los requisitos establecidos en el ordenamiento se lo permiten, la prescripción de las mesadas actualizadas, exigidas tardíamente.

5. Conclusiones

5.1 La Sentencia de segundo grado será revocada, para, en su lugar, confirma el fallo que concede la protección

Indican los antecedentes que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del H. Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca concede al señor Carlos Arturo Montes Abreau la protección de sus derechos constitucionales fundamentales, fundado en que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, si bien dispuso indexar su prestación “lo hizo en un monto ostensiblemente inferior al que le corresponde con la aplicación de la fórmula más favorable.”

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del H. Consejo Superior de la Judicatura, por su parte, revoca la decisión al considerar que la tardanza del actor en demandar la protección hace imprudente la intervención del juez constitucional, pero la actualidad del derecho del señor Montes Abreau no admite duda, en cuanto la vulneración de su derecho a recuperar el valor adquisitivo de su prestación se sucede mes a mes.

De manera que la Sentencia de primer grado será confirmada íntegramente, de manera que el Banco Popular S.A. reliquidará la mesada pensional del actor, en los términos de la Sentencia proferida el 7 de noviembre de 2006 dentro del proceso Ordinario promovido por Carlos Arturo Montes Abreau contra la entidad, como lo dispone la Sala Jurisdiccional

Disciplinaria del H. Consejo Seccional de la Judicatura.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero. REVOCAR la Sentencia proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del H. Consejo Superior de la Judicatura el 13 de febrero del año en curso, para, en su lugar CONFIRMAR, en todas sus partes, la decisión adoptada por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del H. Consejo Seccional de la Judicatura el 18 de diciembre de 2007, que concede al señor Carlos Arturo Montes Abreau la protección de sus derechos constitucionales fundamentales a la igualdad, a la remuneración vital y móvil, a la vida digna, al imperio de la ley y al debido proceso.

Segundo. Por Secretaría, 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.

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Radicación 26913 M.P. Luís Javier Osorio López.

2 La Magistrada Elka Venegas Ahumada se apartó de la posición mayoritaria i) porque no se configura el principio de la inmediatez y ii) debido a que la postura de la Sala de Casación Laboral no constituye vía de hecho judicial, toda vez que la formula de cálculo utilizada en su decisión tiene base legal.

3 SU-120 de 2003 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

4 La Sala jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura se refiere a las Sentencias T-098 de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentería y T-425 y 815 del 04 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

5 El H. Magistrado Rubén Darío Henao Orozco se apartó de la decisión mayoritaria, en cuanto consideró que la Sala ad quem tenía que haber estudiado el fondo de la pretensión i) porque el argumento del transcurso del tiempo no es de recibo, dado que la providencia no analiza las circunstancias concretas del accionado; ii) si se considera que la Carta Política y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos no le fijan un término de caducidad a la acción de amparo y iii) dada la situación de permanente vulnerabilidad revelada por el actor, considerada por esta Corte en la Sentencia T-158 de 2006.

6 M.P. Alvaro Tafur Galvis

7 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

8 El señor Defensor del Pueblo insistió ante esta Corte sobre la selección del asunto de la referencia, en consideración a que “se busca la reparación de un derecho que no prescribe, como es el derecho pensional y que la jurisprudencia constitucional ha elaborado una fórmula única que se debe aplicar para determinar el monto de la mesada pensional”.

9 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

10 M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Señala al respecto la Sentencia C-590 de 2005: “(..) hay que indicar que a través de la sentencia C-543/92 la Corte Constitucional declaró la

inconstitucionalidad de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, disposiciones que consagraban la acción de tutela contra decisiones judiciales. No obstante, en esa oportunidad la Corte indicó de manera expresa que la acción de tutela sí podía proceder contra omisiones injustificadas o actuaciones de hecho de los funcionarios judiciales, cuando quiera que las mismas vulneraran los derechos fundamentales. (...) 30. Entonces, no es cierto que la Corte, en un fallo de constitucionalidad, haya excluido la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, pues tanto de la motivación de ese pronunciamiento como de la interpretación que la misma Corte ha hecho del mismo y del desarrollo de su jurisprudencia se infiere que la acción de tutela procede contra decisiones judiciales en los supuestos que la misma Corte ha indicado.”.

11 “32. En consecuencia, una limitación del ámbito de protección de la acción de tutela tal como la que podría desprenderse de la disposición parcialmente demandada no sólo vulneraría el artículo 86 de la Carta sino los artículos 2 y 25 antes mencionados y, por contera, las obligaciones internacionales del Estado colombiano en materia de protección de Derechos Humanos.” Sentencia C-590 de 2005.

12 Cfr. Sentencias T-462/03; SU-1184/01; T-1625/00 y T-1031/01.

13 Sentencia T-045 de 2007 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

14 Al respecto se pueden consultar, entre otras las Sentencias T-098 de 2005 y T-609 de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

15 Sentencia T-328 de 2004 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

16 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-158 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

17 M.P. Jaime Araujo Rentería.

18 En igual sentido Sentencias T-425 y T-815 de 2007 M. P. Clara Inés Vargas Henández, T-014 de 2008 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra .

19 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 18 de mayo de 2004, Viceministro de Ambiente (E), multas: indexación, competencia para indexar monto de las multas señaladas por el legislador. C.P. Susana Montes de Echeverri, radicación 1564.

20 Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, Acta.27. M. P. Luís Gonzalo Toro Correa, 11 de julio de 2002, radicación.17569. En igual sentido Acta N° 2, radicación 11273, M. P. Francisco Escobar Henríquez 29 de enero de 1999.

22 Sentencias C-410 de 1994 y C-168de 1995, M. P. Carlos Gaviria Díaz y Sentencia C-596 de 1997 M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

23 Sentencia C-168 de 1995.

24 Sentencia C-789 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

25 El artículo 18 de la Ley 797 de 2003, que modificaba los incisos segundo y quinto, y adicionaba el párrafo 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 fue declarado inexecutable, mediante sentencia C-1056 de 2003 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

26 El artículo 4° de la Ley 860 de 2003, que adicionaba un Parágrafo al artículo 36 de la Ley 100 de 1993 fue declarado inexecutable mediante sentencia C-754 de 2004 -nota 22.

27 Sentencia SU- 120 de 2003 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

28 Decreto 1748 de 1995 “por el cual se dictan normas para la emisión, cálculo, redención y demás condiciones de los bonos pensionales y se reglamentan los Decretos leyes 656, 1299 y 1314 de 1994, y los artículos 115, siguientes y concordantes de la Ley 100 de 1993”.