

## Sentencia T-835/11

ADULTO MAYOR-Protección especial en materia pensional/ACCION DE TUTELA EN MATERIA PENSIONAL-Protección constitucional de personas de la tercera edad

La Corte sostiene, con el mayor énfasis, que las entidades y autoridades con competencias en el ámbito pensional no deben perder de vista, al momento de cumplir con sus funciones y cometidos, que los pensionados frente a los cuales desarrollan sus gestiones son titulares de un grado pronunciado y elevado de protección de la Constitución Política en el marco del Estado Social de Derecho vigente en Colombia. Los pensionados de la tercera edad son así sujetos de especial protección constitucional, lo cual incide sobre la interpretación de todos los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, y sobre la interpretación del alcance de sus derechos. Este será el hilo conductor subyacente al análisis jurídico y fáctico que consta en la presente sentencia.

DERECHO A LA INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL-Reiteración de jurisprudencia

La Corte Constitucional ha desarrollado, desde sus primeros pronunciamientos, una prolífica y detallada línea jurisprudencial sobre el derecho constitucional a la actualización del salario base para el cálculo de las mesadas pensionales, o “derecho a la indexación de la primera mesada salarial”. Esta línea jurisprudencial se ha desenvuelto a través de numerosas decisiones de constitucionalidad y de tutela –incluyendo una Sentencia de Unificación–, en las cuales la Corte ha protegido de manera uniforme y consistente el derecho a mantener el poder adquisitivo de la mesada pensional y sus múltiples ramificaciones e implicaciones constitucionales para los beneficiarios de la pensión de vejez, derecho derivado de una lectura conjunta de múltiples mandatos de la Carta Política.

LINEA JURISPRUDENCIAL SOBRE INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL

DERECHO A MANTENER EL PODER ADQUISITIVO DE LAS PENSIONES Y LA INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL Y DERECHO AL MINIMO VITAL-Relación directa

La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado reiteradamente que existe un vínculo directo entre el derecho a la actualización de la mesada pensional y el goce efectivo del derecho al mínimo vital de los pensionados, quienes por regla general son adultos mayores acreedores de un especial nivel de protección constitucional. La Corte Constitucional ha explicado que la relación entre uno y otro derecho es tan próxima, que existe una presunción de afectación del mínimo vital cuando quiera que no se actualiza el valor de la mesada pensional.

INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL-Se aplica a pensiones causadas en cualquier tiempo, incluso, antes de la vigencia de la Constitución de 1991

PRINCIPIO IN DUBIO PRO OPERARIO Y CRITERIOS DE EQUIDAD Y JUSTICIA-Deber interpretativo de los jueces y operadores jurídicos frente los vacíos legislativos en materia de indexación pensional

INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL-Orden al Banco Popular para que reconozca y actualice el salario base para la liquidación de la primera mesada pensional/INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL-Se ordena calcular su monto acorde a la fórmula adoptada en la sentencia T-098 de 2005

Referencia: expediente T-3112914

Acción de tutela instaurada por Carlos Alfonso Gómez Lozada contra el Banco Popular S.A.

Magistrada ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., 4 (cuatro) de noviembre de dos mil once (2011)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Juan Carlos Henao Pérez, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia del 19 de mayo de 2011 proferida por el Juzgado

Treinta y Siete (37) Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, que decidió en segunda instancia la acción de tutela instaurada por Carlos Alfonso Gómez Lozada contra el Banco Popular S.A.

La anterior sentencia fue remitida a la Corte Constitucional y seleccionada por la Sala de Selección Número Siete, mediante auto del 18 de julio de 2011, ordenándose acumularla a los expedientes T-3114703 y T-3116635, correspondiendo a la Sala Primera de Revisión su conocimiento. Sin embargo, mediante auto del 4 de noviembre de 2011, se dispuso su desacumulación por considerar que el caso presenta elementos jurídicos que singularizan su situación fáctica e impiden examinarlo y resolverlo en una misma providencia junto con los otros dos expedientes.

## I. ANTECEDENTES

### 1. Demanda de tutela y contestación

#### 1. Hechos relatados por el demandante

1. El ciudadano Carlos Alfonso Gómez Lozada, obrando por intermedio de apoderado, interpuso acción de tutela el 10 de marzo de 2011 contra el Banco Popular S.A., por considerar que con sus actuaciones éste vulneró sus derechos constitucionales a la vida digna y al mínimo vital, a la seguridad social y a la igualdad, en la medida en que desconoció su derecho a la indexación de la primera mesada pensional, medio necesario para mantener el poder adquisitivo de su pensión.

1. El señor Gómez Lozada nació el 4 de enero de 1933. A la fecha de adopción de la presente sentencia cuenta con setenta y ocho (78) años de edad.

1. El señor Gómez Lozada prestó sus servicios personales como empleado al Banco Popular

S.A. durante veinte años y dos meses, desde el 3 de agosto de 1953 hasta el 7 de octubre de 1973. El último promedio de sus salarios mensuales ascendía a \$16.012.32, monto equivalente a 17.7 salarios mínimos mensuales legales de la época, según lo establecido en el Decreto 2680 de 1973.

1. Mediante Resolución No. 13 de 1990, el Banco Popular S.A. le reconoció al señor Gómez Lozada una pensión de jubilación por valor de \$25.637,40, equivalente a un (1) salario mínimo mensual de la época.

1. El 23 de noviembre de 2010, el señor Gómez Lozada solicitó por escrito al Banco Popular que le reconociera su derecho constitucional a la indexación pensional.

1. El 9 de diciembre de 2010, el Banco Popular respondió la solicitud del señor Gómez Lozada negativamente, en los términos siguientes:

“En atención a su comunicación recibida por esta Gerencia el 23 de noviembre de 2010, le reiteramos lo manifestado a su representado mediante oficio 921-005161-2010 de noviembre 12 de 2010, en el sentido de que no es procedente el reconocimiento y pago de suma alguna por concepto de indexación o reliquidación de la primera mesada pensional, reajustes, mesadas adicionales, intereses de mora ni de ningún otro concepto derivado de su reclamación, teniendo en cuenta que la cuantía de la mesada pensional del señor Gómez fue liquidada con base en las disposiciones legales vigentes a la fecha de su causación y posterior reconocimiento, las cuales no preveían la indexación del ingreso base de liquidación pensional. Debe usted tener en cuenta que a dicha fecha (enero de 1988) ni la Constitución de 1991 ni la Ley 100 de 1993 habían entrado en vigencia, por lo cual ninguna de las dos disposiciones podrían ser aplicables a su poderdante tal como lo ha manifestado reiteradamente la Honorable Corte Suprema de Justicia”.

1. En criterio del demandante, el acto administrativo que le negó al señor Gómez Lozada la indexación de la primera mesada pensional fue adoptado en desconocimiento de la sentencia C-862 de 2006, sobre el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, y de la línea jurisprudencial seguida por esta Corte en la materia: “es claro que se le negó al actor un derecho constitucional con una tesis contraria a la constitución y los principios de la justicia objetiva, razón por la que debe intervenir el juez constitucional en aras de garantizar un derecho constitucional que debe reconocer sin exclusión alguna, y que opera por virtud directa de la Constitución”.

1. El accionante señala que pese a que su pensión fue reconocida antes de la entrada en vigencia de la actual Constitución, tiene derecho a la indexación pensional en virtud de lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia T-901 de 2010 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez). El actor precisa que el derecho a la indexación pensional ha sido objeto de protección especial por la Corte Constitucional en varias sentencias, incluyendo la SU-120 de 2003, C-862 de 2006, C-891A de 2006, T-425 de 2007, T-815 de 2007, T-1055 de 2007, T-789 de 2008, T-130 de 2009, T-366 de 2009, T-425 de 2009, T-628 de 2009, T-906 de 2009, T-076 de 2010, T-362 de 2010, y T-901 de 2010; y añade el demandante que en estas sentencias la Corte ha “indicado que por el carácter ‘universal’ que este derecho ostenta, no existe la manera de excluir de esta garantía a ningún pensionado, habida cuenta que es un derecho fundamental irrestricto para todas las personas que ostentan la calidad de pensionados”.<sup>1</sup> El actor también señala que en esta jurisprudencia se ha reconocido “la cláusula de universalidad que beneficia a todas las pensiones reconocidas en cualquier tiempo, y sin que importe que su origen sea convencional o legal, toda vez que la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, a consecuencia de la inflación afecta por igual a todos los jubilados”.<sup>2</sup>

1. Por tales razones, considera que el Banco Popular S.A. incurrió en una vía de hecho, violatoria de sus derechos constitucionales a la dignidad humana, la igualdad y el mantenimiento del poder adquisitivo de la pensión, consagrados en los artículos 13, 48 y 53 de la Carta Política; con ello también se produjo, en palabras del actor, una violación directa de las disposiciones constitucionales que establecen la especial protección y asistencia a las

personas de la tercera edad, la ampliación progresiva de la cobertura de la seguridad social, la aplicación de la ley más favorable al trabajador en caso de duda, y el equilibrio de prestaciones.

1. Con respecto a la procedencia de la acción de tutela dada la existencia de una vía ordinaria de defensa judicial, el actor invoca lo decidido en la sentencia T-362 de 2010, y pide que en aplicación de dicha jurisprudencia se tenga en cuenta la edad y el estado de salud del actor, descritos así:

“1.- Edad: el actor en la actualidad tiene 78 años de edad, y según las últimas tablas de riesgo de la Superintendencia Financiera, cuenta con una expectativa de vida de 5.4 años, es decir, el tiempo justo para aguardar la muerte y nunca ver restablecidos sus derechos a costa del enriquecimiento de la poderosa entidad financiera Banco Popular S.A.

2. Situación física, principalmente de salud: El médico neurocirujano Dr. Roberto Burgos de la Espriella, registro médico 6874240, certificó:

Ref: Carlos Alfonso Gómez

CC 1151031

78 años

El suscrito médico neurocirujano certifica que atiende en consulta especializada al paciente en mención y su fecha de primera consulta fue el 21-octubre de 1999.

Ha sido atendido por dos patologías:

1) Enfermedad vascular de pequeños vasos y seguimiento control de los factores de riesgo cardiovasculares.

Durante todo el tiempo ha estado antigregado con asa.

2) Episodios de características convulsivas, seguimiento con resonancia de cerebro y eeg.

En tratamiento con epamin, medicación que el paciente ha tomado en forma juiciosa.

El último control registrado fue en marzo 2010, donde además del examen clínico se solicitaron niveles de anticonvulsivantes.

Ha asistido a controles regulares en estos 12 años de seguimiento de su enfermedad.”

1. El actor también explica que sus derechos fundamentales han sido afectados por la falta de indexación de su mesada pensional, puesto que por su situación económica no puede sufragar los gastos suyos y de su cónyuge de 69 años de edad, con lo cual se configura una violación del derecho al mínimo vital. El demandante presenta el siguiente cuadro con sus gastos mensuales, los cuales “debe solventar mes a mes el accionante con una pensión que no se le ha indexado y que en la actualidad asciende a la suma de \$557.379,00”:

CUENTA O GASTO

VALOR

OBSERVACION

Canon de arrendamiento y administración

\$430.000

El accionante a su avanzada edad no cuenta con casa o vivienda propia y debe vivir en renta.

Teléfono

\$61.000 aproximado

Crédito adquirido con la cooperativa coempopular

\$19.000

Este crédito se solicitó con el fin de cancelar deudas adquiridas y se paga por descuento

directo de la pensión.

Luz

\$18.000 aproximado

Acueducto y alcantarillado

\$101.000 aproximado

Alimentación, vestido y gastos médicos para él y su esposa.

\$200.000 aproximado

1. El actor señala que “estos gastos en la actualidad han sido sufragados por el accionante con la pensión de salario mínimo que recibe y con la ayuda ‘que no será permanente’ de familiares y amigos, situación que tiene al actor y a su cónyuge de 69 años de edad, en un estado de preocupación absoluta”.

1. En relación con la existencia de una vía judicial ordinaria de defensa, el actor reitera: “el actor es consciente que cuenta con los mecanismos de la vía ordinaria, pero en realidad por su estado de ancianidad junto con la inminente afectación a su mínimo vital y el de su cónyuge, no puede aguardar las resultas del proceso ordinario, razón por la que invoca así sea transitoriamente, la protección constitucional de su derecho a la indexación pensional ya que cumple con los requisitos que hacen viable su amparo”.

1. En cuanto a la configuración de un potencial perjuicio irremediable en el caso concreto, explica el actor que “la especial situación del accionante amerita ser intervenida por el juez constitucional, pues el perjuicio que se ocasiona al no reconocérsele su derecho a la pensión indexada, le origina un daño irremediable que seguramente es el peor de todos, pues la violación a los derechos de la vida digna, el mínimo vital y la seguridad social cobra carácter

permanente, ya que la pensión se renueva mes a mes día a día y por el resto de la vida”.

1. Por las anteriores razones, el actor pide al juez de tutela que ampare los derechos del señor Gómez Lozada a mantener el poder adquisitivo de su mesada pensional -y específicamente a la indexación de la primera mesada-, a la vida digna, al mínimo vital, a la seguridad social, a la igualdad, el principio pro operario, y los demás que se consideren violados. En este sentido formula las siguientes peticiones al juez de tutela:

**“PETICION PRINCIPAL:**

Dadas las circunstancias de debilidad manifiesta del actor y su estado actual de ancianidad, 78 años de edad, pido se ordene a la accionada que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la sentencia o en el término que considere prudente su Señoría, reconozca y pague hacia el futuro la pensión que le reconoció al accionante indexándola con la fórmula descrita por la Corte Constitucional en la sentencia T-098 de 2005, o con la fórmula de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral contenida en la sentencia de casación 31222 de 13 de diciembre de 2007.

Esta petición se hace en el mecanismo transitorio, ya que el actor se encuentra por su especial condición, imposibilitado para esperar la conclusión de un juicio ordinario laboral.

En este evento, desde ya esta parte actora se compromete a presentar dentro del término máximo de cuatro (4) meses la acción ordinaria correspondiente tal y como lo determina el artículo 8º del decreto 2591 de 1991 - reglamentario de la acción de tutela-.

**PETICION SUBSIDIARIA ESPECIAL:**

Si su Señoría en consideración a las condiciones de debilidad extrema del tutelante, pues como ya se ha mencionado, se trata de un hombre de muy avanzada edad que supera ampliamente la expectativa probable de vida, y quien no cuenta con ingresos que le permitan vivir en unas condiciones mínimas de dignidad como para esperar la solución final de un juicio ordinario laboral.

Solicito que la acción de tutela sea concedida de manera definitiva, y en este sentido pido se ordene:

RECONOCER en forma definitiva, el derecho a la pensión indexada del señor Carlos Alfonso Gómez Lozada y como consecuencia de lo anterior, se ORDENE al Banco Popular S.A., que en un término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, o en el término que considere su Señoría, pague al actor las mesadas pensionales adeudadas desde los tres años anteriores al agotamiento de la vía gubernativa, y continúe pagándolas oportunamente, mes a mes, en los términos establecidos en la ley.”

#### 1. Pruebas aportadas por el demandante

El peticionario adjuntó a su demanda de tutela copia de los siguientes documentos:

1. Cédula de ciudadanía del señor Carlos Alfonso Gómez Lozada, donde consta que nació en Bogotá el 4 de enero de 1933.

1. Copia de la respuesta dirigida por el Banco Popular S.A. al apoderado del actor el 9 de diciembre de 2010, negándole la indexación de la primera mesada pensional solicitada en los términos transcritos en el numeral 1.1.6. precedente.

1. Certificación sobre el estado de salud del señor Gómez Lozada, emitida por el médico neurocirujano Remberto Burgos de la Espriella, en los términos transcritos en el numeral 1.1.10. precedente.

1. Copia del comprobante de depósito bancario de la pensión de jubilación del señor Carlos Alfonso Gómez Lozada correspondiente al mes de enero de 2011, expedido por el Banco

Popular, en el cual constan los siguientes montos recibidos y deducidos:

CODIGO:

1151031

NOMBRE:

Gómez Lozada Carlos Alfonso

\$557,379.00

UBICACIÓN:

Gerencia de Relaciones Humanas

AÑO/MES/DIA

2011-01-26

DESCRIPCION

DEVENGADO

DEDUCIDO

Pensión Banco Popular

557,379.00

Reajuste salud

53,899.00

Aspenpopular – Cuota

5,573.79

Coempopular Aportes

46,500.00

Coempopular Sustituc. Pasivos

364,978.00

Salud (E.P.S. Sanitas S.A.)

66,885.00

Totales \$

611,278.00

483,936.79

Neto a pagar \$

127,341

1. Copia del contrato de arrendamiento de vivienda suscrito por el señor Gómez Lozada como arrendatario, donde consta que paga un canon mensual de \$210.000.

1. Copias de recibos de pago por concepto de "Apartamento" correspondientes a los meses de diciembre de 2010 y enero y febrero de 2011, firmados por la señora Inés Gómez de Granados (quien aparece como arrendadora en el contrato de arrendamiento), por valor de \$410.000 el primero, y \$430.000 los dos siguientes.

1. Certificación expedida por la Cooperativa Empresarial Multiactiva Popular el 17 de febrero de 2011, donde consta que el peticionario Carlos Alfonso Gómez Lozada tiene un crédito con tal entidad, que se desembolsó en el año 2009 por concepto de “Sustitución de Pasivos”, y del cual paga una cuota mensual de \$19.000, con cargo a su pensión del Banco Popular.

1. Copia de las facturas de servicios públicos más recientes pagadas por el actor por el consumo de su vivienda, así: (a) factura del servicio de aseo para los meses noviembre 2010-enero 2011, por valor de \$25.030; (b) factura del servicio de energía eléctrica para diciembre 2010 - enero 2011, por valor de \$181.180; (c) factura del servicio de energía eléctrica para octubre-noviembre de 2010, por valor de \$163.400; y (d) factura del servicio de teléfono de septiembre de 2010, por valor de \$121.300.

1. Declaración extrajudicial rendida por la esposa del peticionario, señora Gladys Parra de Gómez, de 69 años de edad, el día 17 de febrero de 2011 ante el Notario 37 de Bogotá, en los términos siguientes:

“Manifiesto que soy casada y convivo bajo el mismo techo con el señor Carlos Alfonso Gómez Lozada, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.151.031, de 78 años de edad, de quien dependo económicamente, ya que sólo contamos con la pensión de mi señor esposo del Banco Popular. Además manifiesto que en la actualidad tenemos graves problemas económicos los cuales que se han venido solucionando a través de familiares, amigos y de créditos bancarios - cooperativa y es muy angustiada nuestra situación para sobrevivir. La pensión del Banco Popular que recibe mi esposo es menor del salario mínimo legal vigente, pues en la cooperativa de empleados del Banco Popular se descuenta directamente la mitad”.

1. Declaración extrajudicial del hijo del peticionario, Juan Carlos Gómez Parra, rendida ante la

Notaria Segunda del Círculo de Itagúí el 1º de marzo de 2011, en los siguientes términos:

“(…) SEGUNDO: Manifiesto que he venido apoyando económicamente a mis padres Carlos Alfonso Gómez Lozada (...), de 78 años de edad y Gladys Parra de Gómez (...) de 69 años de edad, debido a su precaria situación económica, por motivo de los mínimos ingresos que recibe mi señor padre como pensionado del Banco Popular. No obstante, mis compromisos familiares se han incrementado y en la actualidad no cuento con recursos para seguir ayudando a mis padres.”

#### 1. Contestación de la entidad demandada

Obrando por intermedio de apoderado, el Banco Popular S.A. dio contestación oportunamente a la acción de tutela de la referencia, solicitando al Juzgado que la negara por improcedente. En el escrito de contestación se exponen los siguientes hechos y argumentos:

1. Considera la entidad demandada en primer lugar que la acción de tutela es improcedente en este caso, por ausencia del requisito de subsidiariedad consagrado en el artículo 86 de la Constitución y el Decreto 2951 de 1991, tal y como han sido interpretados por la jurisprudencia constitucional: “El principio de subsidiariedad se viola al instaurar la presente tutela, toda vez que el tutelante tiene acceso a otros mecanismos de defensa judiciales, en la vía ordinaria, a los cuales no ha acudido”. A este respecto la entidad demandada cita las sentencias T-698 de 2004 y T-063 de 2009, para concluir: “Como quiera que el señor Gómez no ha acudido a la justicia ordinaria -laboral- para reclamar la indexación de su mesada pensional, no puede la acción de tutela aquí presentada contrariar el principio de subsidiariedad que gobierna la acción de tutela y proceder, sin antes agotarse los mecanismos de defensa judiciales apropiados para el caso”. El abogado de la entidad demandada nota adicionalmente:

“lo más grave es que el accionante acepta que violenta el artículo 86 de la Constitución

Nacional con su tutela porque es 'consciente que cuenta con los mecanismos de la vía ordinaria, pero en realidad por su estado de ancianidad junto con la inminente afectación a su mínimo vital (...)’ no puede esperar a las resultas del proceso ordinario!!!! Inclusive así, el señor Gómez DESPRECIA uno de los requisitos impuestos por la jurisprudencia (Tutela T632 de 2010) para que la tutela proceda como mecanismo de protección transitorio de los derechos fundamentales: esto es acreditar una ‘actividad procesal mínima desplegada por el interesado’. A todas luces es evidente que no existe tal actividad procesal proveniente del interesado”.

1. En segundo lugar, el apoderado del Banco Popular afirma que la acción de tutela de la referencia es improcedente por falta de inmediatez en su presentación, “por lo que la acción de tutela no se instauró de forma inmediata a la supuesta violación de los derechos fundamentales incoados por el demandante”. Rescatando lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución y la jurisprudencia constitucional sobre el requisito de inmediatez –específicamente las sentencias SU-961 de 1999, C-590 de 2005, T-815 de 2004 y T-890 de 2006, que cita, el abogado concluye:

“analizando el caso sub examine se puede concluir con meridiana claridad que el actor no atendió al principio de inmediatez exigido como requisito de procedibilidad para las acciones de tutela, razón por la cual el Despacho debe declarar la improcedencia del amparo solicitado. // Nótese que el Banco Popular le reconoció y ordenó el pago de la pensión mensual vitalicia al señor Gómez Lozada en el año de 1990, y desde aquel entonces el accionante no acudió a la vía ordinaria para solicitar la indexación de la primera mesada pensional y ahora acude al Juez de tutela después de 21 años de inactividad.”

1. En tercer lugar, el abogado del Banco Popular indica que no es procedente dar aplicación en este caso a la jurisprudencia consignada en la sentencia T-901 de 2010. Explica para comenzar que “contrario a lo afirmado por el accionante en su memorial de tutela, la pensión que el Banco Popular le otorgó no debe ser objeto de actualización alguna, como quiera que se trata de una pensión concedida al amparo de la Ley 6 de 1945, Ley 71 de 1945, Decreto 1600 de 1945, Leyes 24 y 72 de 1947, Decreto 2921 de 1948, Ley 171 de 1961, Decreto

1611 de 1962, Ley 4 de 1966, Decreto 3135 de 1968, Ley 4 de 1976 y Ley 33 de 1985, normas estas que, como se verá, no contemplan la actualización de la base salarial”.

Continúa el abogado explicando que la pensión de jubilación del señor Gómez Lozada fue reconocida mediante Resolución 013 de 1990, es decir, se consolidó con anterioridad a la Constitución Política de 1991, “por lo que al no existir norma constitucional o legal que obligue a su actualización, no es procedente la indexación o reajuste de la primera mesada pensional de acuerdo con la jurisprudencia reiterada de las altas cortes”.

A este respecto cita la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, expuesta en la sentencia del 28 de mayo de 2007 y reiterada en sentencia del 10 de julio de 2007, en el sentido de que las pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991 no están sujetas a la actualización del ingreso base de liquidación, por cuanto antes de la expedición de la Carta Política no existía un sustento supralegal para aplicar la indexación pensional como tampoco estaba vigente la Ley 100 de 1993. Según explica el actor, “esta jurisprudencia es la que gobierna el pensamiento del máximo tribunal de la jurisdicción competente para el conocimiento de estos asuntos, que como juez natural, está llamado a dictar el recto entendimiento de las normas pensionales en Colombia”. Precizando que esta jurisprudencia fue reiterada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en julio de 2010, el apoderado del Banco Popular concluye:

Así las cosas, de la mano de la más reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, debe concluirse que no existe fundamento legal que obligara a actualizar la base salarial para las pensiones reconocidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva Carta Política. En consecuencia, la acción de tutela no está llamada a prosperar.

De lo contrario se violaría el derecho a la igualdad de los pensionados con anterioridad a la expedición de la Constitución Política del 91, para decir que a quienes el órgano de cierre les ha manifestado que es improcedente su indexación, en este caso al señor Gómez sí se le puede indizar (sic) sin consideración alguna.”

1. El abogado del Banco explica a continuación que si se acoge la presente acción de tutela se estaría violando el derecho a la igualdad protegido por el artículo 13 de la Constitución, en

virtud del cual los casos iguales deben recibir igual tratamiento por las autoridades, sin que se admitan privilegios o excepciones legales entre personas en idénticas circunstancias. El abogado indica que el peticionario no está en igualdad de condiciones con quienes recibieron la indexación de su mesada pensional causada con posterioridad a julio de 1991, y también señala que concederle la tutela implicaría violar el principio de igualdad frente a los demás pensionados preconstitucionales que no recibieron indexación:

“En nuestro preciso caso, no existe igualdad de condiciones entre las correspondientes a la pensión asignada al accionante, y las correspondientes a las pensiones concedidas con posterioridad a la Constitución de 1991. Como se vio, de acuerdo con la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, no existía para el Banco Popular la obligación de ajustar la base salarial a efectos de conceder la primera mesada pensional, como quiera que para ese momento no existía fundamento legal que así lo dispusiera.

No ocurre lo mismo, claro está, con las pensiones que se han concedido con posterioridad a la entrada en vigencia de la nueva Carta, frente a las cuales resulta clara la obligación de indizar. Por tal razón, es evidente la inexistencia de condiciones de igualdad entre uno y otro caso, que ameriten un tratamiento equitativo. Hacerlo implicaría quebrar el principio de igualdad frente a los demás casos en que, concedida la pensión con anterioridad a la Constitución de 1991, no han sido indexadas”.

1. Por último, el apoderado afirma que en el evento de que se otorgue la acción de tutela, “se solicita al Despacho, tener en cuenta los valores ya cancelados en debida forma a favor del actor por concepto de pensión de jubilación, así como aquellos valores afectados por el fenómeno de la prescripción. Esto con el fin de que el Banco Popular, en el escenario planteado, pueda realizar el descuento de dichos valores”.

#### 1. Pruebas aportadas por la parte demandada

El apoderado del Banco Popular adjuntó a su escrito de contestación de la demanda copia de la Resolución No. 013 de 1990 de la Presidenta del Banco Popular, por medio de la cual se

reconoció y ordenó el pago de la pensión mensual vitalicia de jubilación del señor Carlos Alfonso Gómez Lozada.

## 2. Decisión del juez de primera instancia

La acción de tutela de la referencia fue conocida en primera instancia por el Juzgado Octavo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, el cual denegó las pretensiones del actor mediante sentencia del 1º de abril de 2011. Los fundamentos del fallo son los siguientes:

2.1. El Juez cita en primer lugar el artículo 86 de la Constitución Política y la sentencia T-209 de 2009, para afirmar que la acción de tutela es un mecanismo de protección excepcional y subsidiario, que cuenta con condiciones excepcionales de procedibilidad; y afirma, citando la referida sentencia de la Corte, que “dicho pronunciamiento determinó que no procedía la tutela contra decisiones judiciales, salvo en presencia de una ‘actuación de hecho’, de donde paulatinamente vino emergiendo la noción de ‘vía de hecho’”. Indicando la decisión del Banco Popular del 9 de diciembre de 2010 en la que se negó a indexar la primera mesada pensional, el juzgado razona así:

“Lo que refleja que sí existió tal reclamación, lo que no se puede aseverar es que ante la decisión negativa de acceder a la indexación de la primera mesada pensional se agotaran los recursos con los que se cuenta ante la entidad financiera que emitió el pronunciamiento, lo anterior por parte del actor o su representante.

Por lo cual, no podemos decir o darle la razón al accionante en donde señala que el Banco Popular incurrió en la figura denominada ‘vía de hecho’, pues como se señaló en el acápite anterior existen otros mecanismos o recursos ante los superiores de quien signara la negación de la pretensión del accionante”.

2.2. A continuación el Juez anuncia que examinará la actividad probatoria del actor, para determinar así si se agotaron los medios de defensa disponibles:

“Por otra parte, se debe apreciar si el accionante agotó los medios probatorios para solicitar la indexación de la primera mesada pensional de su poderdante; por lo cual se indica que el agotamiento de todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa disponibles está

instituido como uno de los puntos indispensables en el estudio de la procedibilidad de la acción de tutela, debiendo ser valorado estrictamente por el juez para evitar que la acción se trasfigure en un instrumento amparador de la negligencia del solicitante, o en una instancia adicional a los trámites judiciales ordinarios”.

Acto seguido, sin efectuar el análisis que anuncia, el juzgado cita la sentencia T-955 de 2008 en cuanto al carácter subsidiario de la acción de tutela y la obligación de agotar los mecanismos ordinarios de defensa judicial; y concluye:

“En conclusión, la acción de tutela contra decisiones judiciales, procedente de manera muy excepcional, no puede resultar viable ante el propio descuido o falta de diligencia en la interposición de acciones y recursos dentro de los procedimientos legalmente establecidos al efecto, pues sólo tiene cabida ‘cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial’, salvo ante la inminencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual procederá como mecanismo transitorio (art. 86 Const.)”.

2.3. A continuación procede el juzgado a describir la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la indexación de la primera mesada pensional, remitiéndose a las sentencias SU-120 de 2003, C-862 de 2006 y C-891-A de 2006, y explica:

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

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

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

competentes”.

2.4. Sobre esta base, el juzgado anuncia que debe verificar el cumplimiento de cuatro requisitos para la procedencia de la acción de tutela, y realiza el siguiente análisis:

“1- Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional

La Corte ha indicado que las cuestiones relativas a la actualización del salario base de liquidación de la primera mesada pensional tienen una innegable importancia constitucional, ya que, como se explicó, el artículo 53 superior reconoce explícitamente el derecho al mantenimiento del poder adquisitivo de las mesadas, que además se encuentra relacionado con otras normas constitucionales, como la esencia del Estado Social de Derecho (art. 1º), el principio de favorabilidad laboral (art. 53), el principio de protección especial a las personas de avanzada edad (arts. 13 y 46 ib.) y el derecho fundamental al mínimo vital.

2- Que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable

El actor solicitó ante la entidad bancaria en una oportunidad la indexación de la primera mesada pensional, pero no inició el proceso ordinario laboral.

3- Que no se incumpla el requisito de inmediatez, es decir, que se hubiere acudido a la tutela en un término proporcionado y razonable, a partir del hecho que originó la vulneración

Observamos que la demanda de tutela fue presentada en marzo 10 de 2011, después de 21 años después de haber sido reconocida la pensión vitalicia al señor Gómez Lozada, lo que significa que la presente acción constitucional no fue elevada dentro de un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración; sumado a ello tampoco se encuentra demostrado que la no interposición de la misma, haya sido por circunstancias ajenas a su voluntad. Por lo tanto, el requisito del principio de inmediatez no se encuentra satisfecho.

4- Que se identifiquen los hechos que generaron la violación, así como los derechos vulnerados y que el tema se hubiere alegado en el proceso judicial, siempre que esto hubiere sido posible

Frente a este requisito se vislumbra que el actor tampoco inició el proceso ordinario laboral solicitando propiamente la indexación de la primera mesada pensional, ahora pretendida por esta vía. De acuerdo a esa situación, tenemos que para que proceda la acción de tutela con el objeto de solicitar el reconocimiento de prestaciones sociales, es necesario acatar el principio de subsidiariedad y que, previamente a la solicitud de amparo, se hayan agotado todos los mecanismos judiciales de defensa, tanto ordinarios como extraordinarios”.

2.5. A continuación el Juez señala que teniendo en cuenta los anteriores pronunciamientos de la Corte, estudiará el caso concreto. Luego de recordar la edad, el tiempo de trabajo y el reconocimiento de la pensión de jubilación del señor Gómez Lozada, así como de indicar que el actor presentó una solicitud de indexación de la primera mesada pensional el 23 de noviembre de 2010 al Banco Popular, el Juez concluye:

“Así las cosas, se tiene que el señor Carlos Alfonso Gómez Lozada sí formuló solicitud atinentes a su pensión, ante la entidad para la que había trabajado, pero en realidad no agotó los mecanismos de defensa judicial, en cuanto no invocó proceso ordinario específicamente tendiente a que se le indexara la primera mesada pensional, sin que indique justificación sobre las causas de su inactividad, que ahora busca resarcir mediante la acción de tutela.

Lo anterior impide que este despacho entre a estudiar el fondo del asunto, pues el incumplimiento de dos de los requisitos esenciales de procedibilidad de la acción de tutela ‘principio de inmediatez y agotamiento de todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial’, no permite examinar las otras reglas definidas, adicional a lo anterior la inactividad del actor tampoco se encuentra justificada, lo que obstaculiza analizar su situación por esta vía, dado que la resolución del conflicto corresponde a la jurisdicción ordinaria y, aunque haya referido algunos factores para tratar de acreditar que se encuentra necesitado, la realidad es que está percibiendo una pensión que, aunque reducida, no deja inferir un quebrantamiento del mínimo vital.

Finalmente, se indica que la edad del accionante no es condición para que en el caso de la indexación de la primera mesada pensional necesariamente se conceda el amparo y se protejan sus derechos, sin haber cumplido los requisitos definidos por la jurisprudencia.

Nótese que establecer la procedencia de la acción debe necesariamente anteceder al análisis

de la vulneración o no de algún derecho fundamental, estudio que en este caso no se puede acometer precisamente en cuanto la pretensión que motiva la presente solicitud de amparo debió impetrarse por la vía ordinaria laboral, que es el medio de defensa judicial idóneo para este tipo de situaciones.”

En consecuencia, el Juez resolvió denegar la acción de tutela, declarándola improcedente y absteniéndose de proteger los derechos a la vida digna, mínimo vital, seguridad social e igualdad invocados por el actor.

### 3. Impugnación de la sentencia de primera instancia

El actor apeló oportunamente la sentencia proferida por el Juzgado de primera instancia, argumentando que “el a-quo confundió las circunstancias fácticas del caso y lo resolvió utilizando sentencias que no son aplicables al asunto”. Específicamente, alegó lo siguiente:

“No obstante que se acreditaron los requisitos indicados por la Corte Constitucional para este tipo de situaciones en las que es imposible acudir a la vía ordinaria por lo cercano de la muerte, el a-quo resolvió este caso aplicando los requisitos que la H. Corte Constitucional en la sentencia T-955 de 2008, estableció para la procedencia de la indexación pensional por vía de acción de tutela contra providencia judicial.

Por lo que obviamente el caso del actor no cumplió los presupuestos, ya que no es una acción de tutela contra decisión judicial, sino una acción de protección contra un particular en exceso poderoso, que vulneró los derechos constitucionales de un adulto mayor.

Ahora bien, es claro que al aplicarle al actor los presupuestos de la sentencia T-955 de 2008, no se cumplió con el requisito de inmediatez, pero es que no se busca el pago retroactivo de nada, es simplemente el juicioso ejercicio de la acción de tutela en el mecanismo TRANSITORIO, ya que aguardar la protección por la vía ordinaria es condenar a muerte al actor y a su esposa, además, que el Banco Popular en su defensa señale que el actor se ha demorado 21 años en reclamar, es casi cínico y vergonzoso, ya que el llamado a reconocer correctamente la pensión hace 21 años era él, pues es un derecho que está en cabeza del trabajador y que lastimosamente ya le entregó en casi todos estos años al pobre Banco Popular S.A.

Es cierto que el actor no acudió con anterioridad a la acción ordinaria, pero esto fue más por ignorancia que no por desidia, además la verdad sea dicha, la indexación de la primera mesada pensional sólo fue una tesis jurídica que vino a aceptar la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en el año 2007, precisamente después de que la Corte Constitucional con efectos erga omnes en la sentencia C-862 de 2006, ordenara que toda mesada pensional debe ser indexada y que no pueden existir tratos discriminatorios entre los diferentes pensionados.

Si el juez de tutela hubiese estudiado las pruebas aportadas a la luz del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela en el mecanismo transitorio estaría protegiendo los derechos del actor.

(...) esto no es una facultad sino una obligación jurídica del juez, que no podía como en este caso, pasarse por alto, pues insisto si se hubiesen evaluado a rigor las pruebas, el estado de ancianidad del actor, su condición de salud y la eficacia de la acción ordinaria a fin de reparar los derechos de la víctima, no se habría condenado al petente casi a la renuncia de sus derechos, recordemos que un proceso ordinario en la jurisdicción ordinaria laboral tarda en promedio cinco (5) años y el accionante tiene 78, casi 79 años de edad.

En realidad Señores Magistrados, el señor Gómez Lozada sólo busca pasar sus últimos años con una mediana tranquilidad, y no con la zozobra de pensar en cómo se llevará el pan a la mesa a los 78 años de edad”.

Adicionalmente, en el curso del trámite de impugnación, el apoderado del señor Gómez Lozada presentó un memorial ante el Juzgado de segunda instancia, informando:

“Aprovecho la oportunidad para ratificarme en los argumentos expuestos en la acción de tutela y en la impugnación, con el fin de que se tenga en cuenta que esta acción NO busca el pago retroactivo de ningún tipo de prestación económica, únicamente la protección transitoria al derecho fundamental a la vida digna de un adulto mayor que en la actualidad cuenta con 79 años de edad.”

#### 4. Decisión del juez de segunda instancia

El Juez Treinta y Siete Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, mediante sentencia del

19 de mayo de 2011, resolvió confirmar el fallo de primera instancia que denegó la acción de tutela de la referencia.

En primer lugar el Juzgado reconoce que el fallo de primera instancia aludió a las vías de hecho judiciales cuando de lo que se trataba era de una decisión administrativa, pero considera que no por ello se debe acceder a su revocatoria, puesto que el carácter subsidiario de la acción de tutela también es predicable de aquellos casos en que se atacan actuaciones administrativas:

“En el presente caso se aprecia que el actor cuestiona la decisión de carácter administrativo a través de la cual el Banco Popular no accedió a indexarle la primera mesada pensional, y por ende encamina la protección de sus derechos constitucionales fundamentales a fin de que se ordene a la entidad le reconozca tal derecho.

Con todo y lo anterior y a pesar de que la primera instancia en la motivación de la decisión refirió sobre la improcedencia de la tutela frente a decisiones de carácter judicial y ello lo advierte el impugnante, e incluso afirma que en el caso de se trata de una actuación administrativa (sic), tal circunstancia no es óbice para encaminar a la revocatoria de la negativa en la forma que pretende el togado, por cuanto el carácter de subsidiario de la tutela se aplica no sólo a las decisiones judiciales sino a las de toda índole en que se pretenda y se funde la solicitud de amparo”.

Acto seguido el Juzgado realiza el siguiente razonamiento:

“Aclarado lo anterior y como bien lo apunta el a-quo resulta improcedente la tutela pues ataca acto de carácter ‘judicial’ para este despacho administrativo, (sic) del cual incluso no se advierte que se haya agotado la vía gubernativa amén de que tampoco aparece que se haya acudido a la jurisdicción competente ya sea administrativa o laboral a quienes compete en principio dirimir el conflicto planteado pues al juez de tutela le resulta vedado invadir esferas de la justicia ordinaria y para las cuales ya aparece determinado un procedimiento. Al respecto la Corte Constitucional le ha dado a la tutela la connotación de mecanismo residual y subsidiario, en la medida en que sólo procede a falta de recurso ordinario a través del cual pueda propenderse por la salvaguarda de los derechos fundamentales que se dicen vulnerados”.

El Juzgado cita, en relación con el carácter subsidiario de la acción de tutela, las sentencias C-543 de 1992 y SU-961 de 1999 de la Corte Constitucional, y en relación con la procedencia excepcional de la tutela frente a situaciones de debilidad manifiesta o perjuicio irremediable, cita la sentencia T-418 de 2000. Luego concluye, en relación con el caso concreto del peticionario:

“En el presente caso, no se demostró la debilidad manifiesta, ni la ocurrencia de un perjuicio irremediable, pues no se exhibió ninguna prueba en orden a demostrar que con la negativa de la entidad a indexar la primera mesada pensional al accionante se le estén afectando de manera irremediable sus derechos fundamentales, y no resulta suficiente afirmar que cuenta con 78 años, presenta algunas dolencias y necesidades económicas, para concluir esta situación, pues aunque resulta de consideración el estado de salud del mismo, la certificación médica que aparece al expediente permite colegir que son padecimientos que se han prolongado en el tiempo que si bien ameritan cuidado no advierten el riesgo actual y compromiso de la vida del mismo. De otro lado no aparece de manifiesto el denominado perjuicio irremediable, para encaminar la protección de manera transitoria, pues de verificarse el derecho a la indexación la autoridad competente lo reconocerá incluso con los ajustes legales a que haya lugar, siendo para este juzgador evidente que si durante los 20 años que han transcurrido desde que reconoció la pensión a aquél no apreció el perjuicio y la necesidad de su reclamo, por qué ahora so pretexto del mismo se pretende acceder al derecho, por esta vía subsidiaria. (sic)”

El Juzgado finaliza el anterior análisis explicando, en relación con la edad avanzada del señor Gómez Lozada, que “[a]unado a lo anterior ni siquiera por la edad del accionante permite la procedencia de la tutela, pues ello no determina la vulneración de derechos por parte de la accionada hacia aquél. (sic)”; a este respecto se cita la sentencia T-074 de 2009.

Por último el Juez concluye que “en ese contexto y ante la existencia de otros medios de defensa judicial, de los cuales no hay constancia que el accionante haya acudido y que le permiten acceder a la protección de los derechos que considera vulnerados, la acción de tutela se convierte en trámite inadecuado e inapropiado para promover su defensa, lo cual nos lleva a confirmar la decisión proferida por el a quo”.

## II. Consideraciones y Fundamentos

### 1. Competencia

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso tercero, y 241, numeral noveno de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones legales pertinentes.

### 1. Problemas jurídicos a resolver

Corresponde a la Corte Constitucional determinar en esta oportunidad si la negativa del Banco Popular S.A. a reconocer la indexación de la primera mesada pensional del señor Carlos Alfonso Gómez Lozada, fundamentada en el hecho de que dicha pensión se causó antes de la vigencia de la Constitución de 1991, es violatoria de sus derechos fundamentales.

La resolución de este problema jurídico puede hacerse mediante una simple reiteración de la jurisprudencia constitucional vigente, tanto sobre la especial protección constitucional de los adultos mayores y sobre el derecho a la indexación de la primera mesada pensional, como sobre las condiciones de procedencia de la acción de tutela para resolver este tipo de pretensiones. En los capítulos siguientes la Corte procederá a resumir la jurisprudencia que se reiterará y aplicará en la presente decisión.

### 1. Los adultos mayores como sujetos de especial protección constitucional. Reiteración de jurisprudencia

El artículo 46 de la Constitución Política establece:

“El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria.

El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario

en caso de indigencia.”

Al discernir las consecuencias prácticas y jurídicas que tiene la cláusula constitucional de especial protección de los adultos mayores, la Corte ha explicado que “aunada a la experiencia y sabiduría que el paso de los años aporta al individuo, sus facultades físicas pueden verse disminuidas y en tal sentido colocar a las personas en circunstancias de especial vulnerabilidad”<sup>4</sup>, y que asimismo, “las necesidades vitales del sujeto varían en esta etapa de la vida, todo lo cual torna imperante un especial amparo dirigido a garantizar el desarrollo en condiciones dignas de los adultos mayores y que tiene por sustento particular las disposiciones de los artículos 13 y 46 de la Carta Política”<sup>5</sup>. De igual manera la Corte ha explicado que “la tercera edad apareja ciertos riesgos de carácter especial que se ciernen sobre la salud de las personas y que deben ser considerados por el Estado Social de Derecho con el fin de brindar una protección integral del derecho a la salud, que en tal contexto constituye un derecho fundamental autónomo”<sup>6</sup>, y ha afirmado que “así como no puede confundirse vejez con enfermedad o con pérdida de las capacidades para aportar a la sociedad elementos valiosos de convivencia, tampoco puede perderse de vista que muchas de las personas adultas mayores se enfrentan con el correr de los años a circunstancias de debilidad por causa del deterioro de su salud, motivo por el cual merecen estas personas una protección especial de parte del Estado, de la sociedad y de la familia, tal como lo establece el artículo 46 de la Constitución Nacional”<sup>7</sup>. Por tales razones, la Corte ha enfatizado:

En suma, la Corte enfatiza de entrada que el artículo 46 de la Carta, leído en conjunto con los artículos 1, 2, 13 y 47, no es una cláusula vacía ni una afirmación retórica; es un verdadero mandato que impone a las autoridades y a la sociedad deberes de especial diligencia, cuidado, atención y solidaridad para con las personas que, por el transcurso del tiempo, han accedido a la condición de sujetos de especial protección constitucional en tanto adultos mayores, y deben afrontar las especiales necesidades y vulnerabilidades propias de la vejez. Estos deberes acentuados se manifiestan en múltiples ámbitos, pero entre ellos resalta el de la seguridad social, y a su interior, el de las pensiones de jubilación o vejez.

La Corte sostiene, con el mayor énfasis, que las entidades y autoridades con competencias en el ámbito pensional no deben perder de vista, al momento de cumplir con sus funciones y cometidos, que los pensionados frente a los cuales desarrollan sus gestiones son titulares de un grado pronunciado y elevado de protección de la Constitución Política en el marco del

Estado Social de Derecho vigente en Colombia. Los pensionados de la tercera edad son así sujetos de especial protección constitucional, lo cual incide sobre la interpretación de todos los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, y sobre la interpretación del alcance de sus derechos. Este será el hilo conductor subyacente al análisis jurídico y fáctico que consta en la presente sentencia.

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

La Corte Constitucional ha desarrollado, desde sus primeros pronunciamientos, una prolífica y detallada línea jurisprudencial sobre el derecho constitucional a la actualización del salario base para el cálculo de las mesadas pensionales, o “derecho a la indexación de la primera mesada salarial”. Esta línea jurisprudencial se ha desenvuelto a través de numerosas decisiones de constitucionalidad<sup>9</sup> y de tutela<sup>10</sup> –incluyendo una Sentencia de Unificación–, en las cuales la Corte ha protegido de manera uniforme y consistente el derecho a mantener el poder adquisitivo de la mesada pensional y sus múltiples ramificaciones e implicaciones constitucionales para los beneficiarios de la pensión de vejez, derecho derivado de una lectura conjunta de múltiples mandatos de la Carta Política. A continuación se resaltan los principales componentes de esta línea jurisprudencial, haciendo énfasis en aquellos que resultan de pertinencia directa para la resolución de los problemas jurídicos bajo examen.

##### 4.1. Fundamento constitucional múltiple del derecho a mantener el poder adquisitivo de la pensión, y del derecho a la indexación de la primera mesada salarial.

El artículo 48 de la Constitución dispone que “[l]a ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante”, y que “sin perjuicio de los descuentos, deducciones y embargos a pensiones ordenados de acuerdo con la ley, por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho”. Por su parte el artículo 53 de la Constitución incluye, entre los principios mínimos fundamentales que deben guiar la legislación laboral, los de “remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo”, y “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho”. También dispone el artículo 53

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

La doctrina constitucional sobre el fundamento y el alcance de este derecho se condensó en la sentencia C-862 de 2006<sup>11</sup>, en la cual la Corte se pronunció sobre la constitucionalidad de la disposición del Código Sustantivo del Trabajo<sup>12</sup> que regulaba la forma de liquidación y los requisitos para acceder a la pensión de jubilación<sup>13</sup>, y allí estableció, con fuerza erga omnes, que el derecho a la indexación del salario base para la liquidación de las pensiones de vejez es un derecho fundamental que se deriva de múltiples mandatos de la Constitución Política. En efecto, en esta sentencia la Corte explicó que en las economías como la colombiana, afectadas por el fenómeno de la inflación, la pérdida del poder adquisitivo del dinero afecta el equilibrio de prestaciones fundamentales tales como las pensiones; y que la indexación es uno de los principales mecanismos para contrarrestar los efectos inflacionarios mediante la actualización de las obligaciones dinerarias a sus valores reales<sup>14</sup>. También explicó la Corte que la indexación es el mecanismo que ha preferido el Legislador históricamente en nuestro país para la actualización de las obligaciones dinerarias, especialmente en materia de pensiones<sup>15</sup>, y procedió a sintetizar en las palabras siguientes el fundamento constitucional básico del derecho a mantener el poder adquisitivo de la mesada pensional:

“tal reconocimiento legal no se trata de un mero acto de liberalidad del Legislador; pues la jurisprudencia constitucional ha sostenido que se trata de la materialización de diversos preceptos de rango constitucional, los cuales configuran realmente un derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de su mesada pensional. Este derecho, además de estar consagrado expresamente en el artículo 53 de la Carta Política de 1991, puede derivarse de una interpretación sistemática de distintos enunciados normativos constitucionales.”

La Corte enunció entre tales disposiciones constitucionales el artículo 48, que “señala explícitamente un deber constitucional en cabeza del Congreso de la República y por lo tanto sirve de parámetro de control de las medidas adoptadas por el poder legislativo en la materia”; el artículo 53, que “señala claramente un derecho constitucional cuyo titular son los pensionados y cuyo sujeto pasivo es el Estado colombiano al cual le corresponde garantizar el reajuste periódico de las pensiones legales”; el principio in dubio pro operario del artículo 48, la cláusula del Estado Social de Derecho (artículo 1º), la protección especial

de las personas de la tercera edad (artículo 46), el derecho a la igualdad (artículo 13) y el derecho al mínimo vital. Sobre estos últimos fundamentos constitucionales del derecho a mantener el poder adquisitivo de las mesadas pensionales, la Corte explicó:

“En efecto, no sobra recordar, que en virtud del principio *in dubio pro operario*<sup>16</sup> entre dos o más fuentes formales del derecho aplicables a una determinada situación laboral, deberá elegirse aquella que favorezca al trabajador, y entre dos o más interpretaciones posibles de una misma disposición se deberá preferir la que lo beneficie<sup>17</sup> (...), por tal razón la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la normatividad vigente en materia laboral ha de ser interpretada en el sentido de reconocer un derecho al mantenimiento de la capacidad adquisitiva de las pensiones.

Por otra parte, cabe recordar brevemente que el surgimiento y consolidación del Estado Social de Derecho estuvo ligado al reconocimiento y garantía de derechos económicos, sociales y culturales, entre los que ocupa un lugar destacado el derecho a la seguridad social, de manera tal que la actualización periódica de las mesadas pensionales sería una aplicación concreta de los deberes de garantía y satisfacción a cargo del Estado colombiano en materia de los derechos económicos, sociales y culturales en virtud del modelo expresamente adoptado por el artículo primero constitucional”.

En suma, con base en los citados artículos constitucionales, la Corte especificó que el derecho al mantenimiento del poder adquisitivo de las mesadas pensionales es un derecho de rango constitucional<sup>18</sup>.

Precisado lo anterior, la Corte explicó que del derecho a mantener el poder adquisitivo de la mesada pensional se deriva otro derecho constitucional igualmente importante, a saber, el derecho a la indexación de la primera mesada pensional, o a la actualización del salario de base para el cálculo de la primera mesada pensional:

“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<sup>19</sup> 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 está cobijada por el derecho a la actualización de las mesadas pensionales.

Así, en algunas ocasiones se ha afirmado que precisamente la no indexación del salario base es un supuesto que le confiere carácter fundamental al derecho a la actualización de las mesadas pensionales, sobre esta línea argumentativa es ilustradora la sentencia T-906 de 2005 (...). En otras oportunidades esta Corporación ha considerado que el derecho a la indexación del salario base para la liquidación de la mesada pensional es un derecho autónomo, que guarda estrecha relación con el derecho a la actualización de la mesada pensional. [T-098 de 2005] // Independientemente de la línea argumentativa que se siga, es decir, bien sea que se entienda que la indexación de la primera mesada pensional es una pretensión específica que hace parte del derecho a la actualización de la mesada pensional, o bien sea que se afirme que se trata de un derecho autónomo que encuentra también fundamento en el derecho al mínimo vital y en los artículos 53 y 48 constitucional, esta Corporación lo ha protegido en numerosas ocasiones en sentencias de revisión de fallos de tutela. En dichas oportunidades la Corte Constitucional encontró también fundamento para la protección en el artículo 29 constitucional por considerar que las decisiones judiciales proferidas por la jurisdicción laboral que desconocían el derecho a la indexación de la primera mesada pensional configuraban una vulneración del derecho al debido proceso de los trabajadores.

Se tiene, entonces, que la jurisprudencia constitucional ha derivado de distintos preceptos constitucionales un derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de su mesada pensional dentro de cuyo ámbito de conductas protegidas se encuentra el derecho a la indexación de la primera mesada pensional.”<sup>20</sup>

La jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de tutela ha sido igualmente uniforme y pacífica en cuanto al reconocimiento y protección de los derechos universales al mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones y a la indexación de la primera mesada pensional. En numerosas sentencias de tutela, la Corte Constitucional también ha reconocido la existencia del derecho a la indexación de la primera mesada pensional, explicando que encuentra un sustento constitucional adicional en consideraciones de equidad y justicia, además de fundarse en los artículos 48, 53, 46, 13, 1, 2, 25 y 29 de la

Carta, entre otros<sup>21</sup>.

Así, se pueden citar como ejemplos, sólo entre los más recientes pronunciamientos de esta Corporación que han reconocido y protegido la existencia de este derecho, las sentencias T-045 de 200722, T-425 de 200723, T-130 de 200924, T-366 de 200925, T-425 de 200926, T-447 de 200927, T-457 de 200928 o T-362 de 201029. De particular importancia es la sentencia SU-120 de 200330, en la cual la Corte unificó su doctrina de tutela sobre “el derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de su mesada pensional”, efectuando el siguiente recuento sobre lo que se había establecido en sus pronunciamientos previos con respecto al alcance del derecho:

“- Que aunque ‘[e]l reajuste de las pensiones tiene por objeto proteger a las personas de la tercera edad, quienes por las condiciones físicas derivadas de la edad o enfermedad, se encuentran en la imposibilidad de obtener otros recursos distintos para su subsistencia y la de su familia’; y sin desconocer que los ‘incrementos periódicos que consagra la Constitución (arts. 48 y 53), permiten que las mesadas no pierdan su capacidad adquisitiva en beneficio de los pensionados (...)’; corresponde al legislador establecer la proporción en que las pensiones deben incrementarse, al igual que la oportunidad y la frecuencia del incremento<sup>31</sup>. Con miras a lograr un uso adecuado de los recursos del sistema solidario de seguridad social<sup>32</sup>.

- Que tales incrementos deben consultar, ‘en la medida de lo posible el equilibrio en el sistema, fundado en principios como la solidaridad y universalidad del mismo’<sup>33</sup>; sin desconocer la especial protección de quienes se encuentran ‘por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás’<sup>34</sup>.

\* Que cuando el valor actual de la pensión y el valor inicial de la misma arrojan una diferencia a favor del trabajador, los obligados deben reintegrar lo dejado de pagar, para que ‘quienes con el paso de los años han visto aminorar el poder adquisitivo de su pensión (...) logren compensar el desmedro patrimonial sufrido (...) porque (...) el ente estatal debe permanecer vigilante de los derechos de los pensionados, sin distinción de su capacidad económica, debido a que integran uno de los grupos sometidos a su especial protección (...)’<sup>35</sup><sup>36</sup>.

(...) En suma, al decidir sobre la procedencia de indexar la primera mesada pensional, los jueces no pueden desconocer la necesidad de mantener el equilibrio en las relaciones de trabajo y el valor adquisitivo de las pensiones como lo indican los artículos 53 y 230 de la Carta Política. Y tampoco pueden apartarse del querer legislador, para quien ha sido una preocupación constante regular el monto y la oportunidad de los reajustes pensionales. // De manera que si el juzgador no opta por lo expuesto, sino que decide resolver sobre la indexación de la primera mesada pensional acudiendo a soluciones que no consultan los criterios auxiliares de la actividad judicial, hacen necesaria la intervención del juez constitucional para restablecer los derechos fundamentales mínimos de los trabajadores”<sup>37</sup>.

#### 4.2. Relación directa entre el derecho a la indexación de la primera mesada pensional y el derecho fundamental al mínimo vital.

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

“la jurisprudencia constitucional ha establecido que la mesada pensional es un mecanismo que garantiza el derecho al mínimo vital de las personas de la tercera edad, porque esta prestación periódica dineraria permite a los pensionados acceder al conjunto de prestaciones constitutivas del mínimo vital, en esa medida se han establecido presunciones tales como que el no pago de la mesada pensional vulnera el derecho al mínimo vital. Por lo tanto la actualización periódica de esta prestación es simultáneamente una garantía del derecho al mínimo vital y una medida concreta a favor de los pensionados, por regla general adultos mayores o personas de la tercera edad y por lo tanto sujetos de especial protección constitucional”.

La Corte Constitucional ha explicado que la relación entre uno y otro derecho es tan próxima, que existe una presunción de afectación del mínimo vital cuandoquiera que no se actualiza el valor de la mesada pensional. En la sentencia T-425 de 200938, la Corte señaló en detalle las características de esta relación con el mínimo vital en casos de indebida liquidación o falta de

indexación de las pensiones de vejez:

“3.2.1. Esta Corporación ha tenido la oportunidad de pronunciarse en relación con el mínimo vital, para significar que el mismo es considerado como un derecho fundamental que se sustenta directamente en el Estado Social de Derecho y que encuentra estrecha conexión no solo con la realización de la dignidad humana, sino con la materialización de los derechos a la vida, a la salud, al trabajo y a la seguridad social. Así, en la jurisprudencia de esta Corte se ha planteado, con relación a este derecho, que: ‘constituye la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional’<sup>39</sup>.

3.2.2. La jurisprudencia también ha precisado que para dimensionar adecuadamente este derecho, resulta necesario que sea apreciado en concreto y no en abstracto, de suerte que se valore cualitativamente el mínimo vital de una persona en una situación particular, conforme con sus especiales condiciones sociales, económicas y personales. Ello, implica que frente a una situación de hecho, el juez deba proceder a valorar las especiales circunstancias que rodean a la persona y a su entorno familiar, sus necesidades y los recursos que requiere para satisfacerlas, de modo que pueda establecer si, efectivamente, se amenaza o vulnera el derecho fundamental al mínimo vital.

3.2.3. Ahora, frente a aquellas situaciones en que se solicita el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional, la jurisprudencia constitucional ha establecido una presunción de afectación, en la medida en que el hecho de su no reconocimiento o actualización supone el desconocimiento del poder adquisitivo de la mesada pensional. (...) Bajo esa misma línea de orientación, la Sala Octava de Revisión de esta Corporación, mediante Sentencia T-855 de 2008, sostuvo que la existencia de un derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de su mesada pensional se derivaba de la aplicación y materialización de principios constitucionales y derechos fundamentales consagrados en la Carta Política de 1991, entre los cuales se encuentra el derecho al mínimo vital. // En dicha oportunidad, esa Sala de Revisión puso de presente, entre otras consideraciones, la de que la mesada pensional, en tanto prestación periódica dineraria que

permite acceder al conjunto de prestaciones constitutivas del mínimo vital, es un mecanismo que garantiza este derecho a las personas de la tercera edad, razón por la cual se justifica el establecimiento de presunciones tales como que el no pago de la mesada pensional vulnera el derecho al mínimo vital<sup>40</sup>.

3.2.6. Así las cosas, debe anotarse que en los casos objeto de estudio opera la presunción de afectación al mínimo vital, al ponerse de presente una evidente desproporción resultante de la comparación del valor de la mesada pensional que actualmente se les reconoce a los actores, producto del no reconocimiento de la indexación a la mesada pensional y de la aplicación de una metodología matemática que hace nugatoria la actualización del salario base de liquidación de la pensión de jubilación, y el valor que debería reconocérseles, como resultado de la aplicación de los criterios señalados en la jurisprudencia constitucional para el efecto.”

(...) 4.9. Finalmente, a manera de colofón, puede precisarse que la indexación de la mesada pensional constituye un mecanismo que garantiza el derecho al mínimo vital de las personas de la tercera edad, por cuanto dicha prestación económica, en la mayoría de los casos, constituye el único ingreso de los pensionados, con el que satisfacen sus necesidades básicas y las de las personas que de ellos dependen, de suerte que la afectación de dicho derecho prestacional atenta directamente contra sus derechos fundamentales, los cuales son justiciables por la vía del recurso de amparo constitucional.”

4.3. Carácter universal de los derechos al mantenimiento del poder adquisitivo de la pensión y a la indexación de la primera mesada pensional. Inadmisibilidad de distinciones entre pensionados con respecto a la titularidad y ejercicio de este derecho, por cualquier criterio.

Para la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la titularidad universal del derecho a mantener el poder adquisitivo de la pensión, y de su corolario, el derecho a la indexación de la primera mesada salarial, implica que todos los pensionados, sin distinciones, deben poder ejercer efectivamente tales derechos; los tratos distintos a este respecto, al no encontrar una justificación constitucional, constituyen discriminaciones inadmisibles. En este sentido, en la sentencia C-862 de 2006 la Corte explicó que como consecuencia del mandato consagrado en el artículo 13 Superior,

“el derecho a la actualización de la mesada pensional no puede ser reconocido

exclusivamente a determinadas categorías de pensionados, porque un trato diferenciado de esta naturaleza carecería de justificación constitucional, y se torna por tanto en un trato discriminatorio. En efecto, desde la perspectiva constitucional resulta insostenible la tesis que la actualización de las pensiones es un derecho constitucional del cual sólo son titulares aquellos pensionados que el Legislador determine, precisamente porque tal postura acarrearía la vulneración de los restantes principios a los que se ha hecho mención y de los derechos fundamentales de aquellas personas excluidas del goce de la actualización periódica de sus pensiones. Si bien el derecho a la actualización de la mesada pensional surge en virtud de lo que la doctrina ha denominado el proceso de especificación en el reconocimiento de los derechos, de manera tal que su titularidad se reserva a una determinada categoría de sujetos -los pensionados- dentro de tal categoría su titularidad ha de ser universal, y por lo tanto exclusiones derivadas del tránsito legislativo carecen de justificación.”

La titularidad universal de los derechos a la actualización de la mesada pensional e indexación del salario de base para su cálculo, y la consiguiente prohibición de diferenciaciones discriminatorias entre los distintos tipos de pensionados, continuaron siendo reafirmadas por la Corte Constitucional en la sentencia T-366 de 200944, en la cual aclaró que son derechos que no radican solamente en cabeza de algunos pensionados sino en la totalidad de ellos: “la Corte Constitucional ha sido enfática al sostener que todos los pensionados tienen derecho a mantener el poder adquisitivo de sus mesadas pensionales, sin distinciones de ninguna índole, así como a obtener de la entidad liquidadora de su pensión la reliquidación de su primera mesada pensional; de igual manera, se ha concluido que el derecho a la indexación del valor de la primera mesada se predica no sólo de las pensiones de origen legal, sino también de aquellas de origen convencional como quiera que la pérdida del poder adquisitivo, derivado del fenómeno inflacionario, afecta a unas y a otras por igual; desconocer este hecho se traduciría en una carga desproporcionada para las personas pensionadas que se verían forzadas a soportar la pérdida real del poder adquisitivo de sus mesadas en detrimento de su patrimonio y su mínimo vital. // Todo lo anterior tiene sustento en lo dispuesto por el artículo 53 de la Constitución Política...”. De igual forma, en la sentencia T-447 de 200945, la Corte reiteró que “en el entendido de que este derecho a la indexación de la primera mesada pensional está implícito en el precepto constitucional de la actualización de la mesada pensional referida en el artículo 53 Superior, la indexación de la primera mesada pensional cobija a todos los pensionados, razón por la cual no es dable

hacer ningún tipo de discriminación que suponga una limitación a ese derecho. (...) En efecto, el proceso de reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional, no puede suponer un trato diferente o discriminatorio si la misma tiene origen en un reconocimiento de orden legal o convencional. (...) en tanto la condición de pensionado es una sola en la práctica, el que el reconocimiento se haya originado por la ley o por una convención, resulta ser indiferente en la práctica, pues las consecuencias de no actualizar, y reajustar dicha prestación, así como el salario base para su liquidación, genera el mismo efecto económico por la pérdida del valor adquisitivo de tal pensión.” Y siguiendo idéntica línea, la Corte explicó en la sentencia T-362 de 201046 que tampoco es consistente con el principio constitucional de igualdad establecer diferenciaciones entre las pensiones públicas y privadas para efectos del goce de los derechos al mantenimiento de su poder adquisitivo e indexación de la primera mesada, ya que ello impondría una carga desproporcionada para quienes se viesen excluidos de su titularidad: “De conformidad con este carácter universal que la jurisprudencia ha reconocido a la indexación de la primera mesada pensional, es dado afirmar que éste cobija no sólo a las pensiones de los trabajadores del sector privado sino también a aquellas que provienen de relaciones de trabajo con el sector público, como quiera que el problema de la pérdida de poder adquisitivo, consecuencia del fenómeno inflacionario, afecta a todos por igual; una conclusión diferente impondría una carga desproporcionada a los pensionados del sector público en el sentido de tener que soportar la pérdida de poder adquisitivo de su mesada pensional”.

#### 4.4. El derecho a la indexación de las mesadas pensionales causadas con anterioridad a la Constitución de 1991.

También son titulares del derecho a la indexación de la primera mesada pensional aquellas personas cuya pensión de jubilación fue causada con anterioridad a la expedición de la Constitución de 1991. En efecto, dado que bajo el artículo 13 Superior todos los pensionados tienen derecho, sin distinciones, a mantener el poder adquisitivo de su mesada pensional y a obtener la actualización del salario base para su liquidación, no es viable efectuar diferenciaciones entre pensionados con base en el tiempo en el que se consolidó su respectivo derecho prestacional.

La Corte Constitucional, en varias oportunidades, ha protegido el derecho de personas que se pensionaron antes del 7 de julio de 1991 -fecha de entrada en vigencia de la actual Carta

Política- a obtener la indexación de su primera mesada pensional, sin que su fecha de jubilación haya sido óbice para recibir la plena protección del juez constitucional. Así sucedió, entre otras, en las sentencias T-1169 de 200347, T-098 de 200548, T-469 de 200549 y T-045 de 200750.

Además, en por lo menos tres oportunidades la Corte ha abordado expresamente el problema jurídico sobre la aplicación del derecho en comento a las pensiones causadas antes de la vigencia de la Constitución de 1991, aclarando que no existen motivos constitucionalmente aceptables para trazar una distinción entre los distintos tipos de pensionados con base en la fecha en la cual se consolidó su derecho prestacional.

Así, en primer lugar, en la sentencia T-457 de 200951, la Corte precisó que “esta Corporación [ha] sido enfática en afirmar que el derecho a la indexación de la primera mesada pensional se hace extensivo a los pensionados que adquirieron esa calidad con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y, por supuesto, de la Constitución Política de 1991<sup>52</sup>, pues el fenómeno de la pérdida de poder adquisitivo de la moneda afecta por igual a todos los pensionados. Al respecto, la Corte ha precisado que la situación relativa a los cambios en el ordenamiento jurídico, así como el reconocimiento de dicho fenómeno, no pueden confundirse con el hecho de que sólo a partir de la expedición de la Carta y especialmente de las sentencias de esta Corporación SU-120 de 2003, C-862 y C-891 A de 2006, es que el derecho a la indexación de la primera mesada pensional puede hacerse efectivo ante los jueces y la administración.”

Posteriormente, en la sentencia T-906 de 200953, la Corte reiteró que la indexación también es procedente cuando la pensión fue causada antes de 1991, y dejó sentado que ello es un precedente jurisprudencial bien establecido:

“la decisión impugnada desconoció el precedente de la Corte Constitucional en la materia, que ha sido aplicado a casos similares al del accionante, toda vez que en múltiples sentencias, entre otras la SU-120 de 2003, T-098 de 2005, T-469 de 2005, ha determinado la procedencia de la mencionada indexación, cuando la pensión fue causada antes de la vigencia de la Constitución de 1991, en aras de garantizar el mantenimiento de su poder adquisitivo constante.

Este Tribunal tampoco ha establecido diferencias para indexar la primera mesada pensional,

pues como lo ha venido sosteniendo, este derecho es de carácter universal y no puede predicarse frente a determinadas categorías de pensionados. Así mismo, ha precisado que se aplica a pensiones reconocidas en cualquier tiempo y cualquiera que sea su naturaleza. Por tanto, la petición del actor se encuentra enmarcada dentro de esta regla ya que su pensión le fue reconocida en julio de 1988.

(...) la Corte considera perfectamente plausible la procedencia de la indexación de la primera mesada, cuando la pensión fue causada antes de la vigencia de la Constitución de 1991, en aras de garantizar el mantenimiento de su poder adquisitivo constante. (...) el reajuste de la primera mesada pensional se aplica a las pensiones reconocidas en cualquier tiempo y cualquiera que sea su naturaleza, de suerte que es indiferente si fueron reconocidas en normas que no contemplaban el referido mecanismo”.

Esta postura fue reiterada en la sentencia T-901 de 201054, en la que expresamente la Corte Constitucional declaró que la posición de la Corte Suprema de Justicia desde 2004, en el sentido de negar el derecho a la indexación para las mesadas pensionales causadas antes de 1991, es contrario a la Constitución:

“el concepto de que el derecho a la indexación de la primera mesada pensional es un derecho universal, fundamental, irrestricto para todas las personas que ostenten la calidad de pensionados, es producto de una ponderación minuciosa llevada a cabo por la Corte Constitucional, incluso con anterioridad a la sentencia C-862 de 2006, y por ello tiene el valor de norma adscrita a la Constitución Política (...). La postura de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia según al cual, el derecho a la indexación sólo es procedente cuando las pensiones fueron causadas en vigencia de la Constitución Política de 1991, contradice la línea jurisprudencial de la Corte (...).

Así como las normas vigentes y los efectos dejados por normas no vigentes que se tornaron contradictorios con la Constitución Política de 1991 han tenido que adecuarse a los postulados de la nueva Carta, omisiones legislativas como la resuelta con la sentencia C-862 de 2003, también deben adecuarse. Ello se debe a que lo contrario constituiría una vulneración flagrante del principio de especial protección a las personas de la tercera edad, porque a los pensionados nacidos, retirados del servicio, o con la edad de jubilación cumplida con anterioridad a la vigencia de la Carta, quedarían obligados a sobrevivir con pensiones

depreciadas por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda en detrimento de su mínimo vital y en desigualdad con otros adultos mayores que cumplieron esos requisitos con posterioridad al 7 de julio de 1991.

(...) La postura mayoritaria de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia según la cual la indexación no procede cuando la pensión se causó antes de la vigencia de la Constitución Política de 1991, y que afirma, que a la luz de la Sentencia C-862 de 2006, dicha tesis resulta contraria al artículo 53 de la Constitución, contradice la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional según la cual, el derecho a la indexación procede para todas las categorías de pensionados y la exclusión de determinado grupo de este derecho constituye una discriminación.

(...) no es cierto que antes de la expedición de la Constitución Política de 1991, no existiera sustento supralegal para aplicar la indexación del ingreso base de liquidación, porque, conceptos como la equidad, el principio in dubio pro operario, la indexación de las sentencias por inflación, el principio de progresividad, entre otros, constituyen datos esenciales del derecho que no fueron introducidos por la Constitución Política de 1991. Más aún, valores como la solidaridad y la equidad, son características objetivas y a priori del derecho, que deben ser tenidas en cuenta por el juez al momento de valorar las conductas. El argumento de amparar el derecho a la indexación de la primera mesada pensional de personas que cumplieron la edad exigida con posterioridad a 1991, y rechazarlo con respecto a quienes alcanzaron la edad con anterioridad a esta fecha nunca ha sido planteado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, porque el perjuicio irremediable se torna más ostensible entre más avanzada sea la edad de la persona a quien no se le ha indexado su primera mesada pensional. La universalidad del concepto de indexación entre todos los pensionados podría sostenerse, únicamente, en que la justicia es finalidad primordial del derecho, y en las bases éticas en que se apoya la sociedad, conforme a las cuales la protección a las personas de la tercera edad debe ser prioritaria, plena, efectiva y proporcional.”

4.5. Deberes interpretativos de los jueces y operadores jurídicos frente a los vacíos legislativos en materia de mecanismos de indexación pensional: el principio in dubio pro operario, y los criterios constitucionales de equidad y justicia.

“De conformidad con lo previsto en el artículo 53 de la Carta Política y de acuerdo con lo reglado en el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, entre dos o más fuentes formales del derecho aplicables a una determinada situación laboral, deberá elegirse aquella que favorezca al trabajador, y entre dos o más interpretaciones posibles de una misma disposición se deberá preferir la que lo beneficie<sup>55</sup>. // Pero no es lo único, al tenor de lo previsto en el artículo 230 de la Carta Política, el principio pro operario es un recurso obligado del fallador en su labor de determinar el referente normativo para solventar asuntos del derecho del trabajo no contemplados explícitamente en el ordenamiento. // El sentido protector del derecho del trabajo se refleja, entonces, en la solución de conflictos normativos, en la interpretación de preceptos dudosos, y en la solución de situaciones no reguladas en beneficio de la parte débil de la relación; porque las normas laborales tienen como fin último el equilibrio de las relaciones del trabajo, objetivo que comporta inclinar la relación en beneficio del estado de inferioridad económica del trabajador, por ser éste el que genera la injusticia que se pretende corregir.

(...) Se tiene entonces que [el Código Sustantivo del Trabajo y la Ley 100 de 1993] determinan con claridad el ingreso base para liquidar la pensión de vejez de quienes se encuentran laborando cuando cumplen la edad requerida para acceder a la pensión, pero que tal claridad no se presenta respecto de la forma de liquidar dicho ingreso cuando el trabajador no ha percibido asignación del mismo empleador ni cotizado al sistema de seguridad social, en el lapso comprendido entre el cumplimiento de los veinte años de servicio y la edad requerida para acceder a la prestación. // Sin embargo existen diversas disposiciones en el ordenamiento que permiten al fallador llenar el vacío legislativo a que se hace referencia (...). De antemano ha de decirse que la congelación del salario para acceder a la pensión de jubilación no se encuentra prevista en ninguna norma, (...) la liquidación de la base pensional a partir del último salario devengado, sin reajustes, no tiene asidero en el ordenamiento.

(...) 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 esta base salarial expresamente; iii) que no existe precepto que excluya o prohíba tal indexación.

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

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

De modo que en su misión de determinar el referente para resolver las situaciones planteadas por los accionantes, sobre la base salarial para liquidar la primera mesada pensional, la accionada tenía que proceder como lo indican las normas relativas al tema, como quiera 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.

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.-".

(...) En suma, al decidir sobre la procedencia de indexar la primera mesada pensional, los jueces no pueden desconocer la necesidad de mantener el equilibrio en las relaciones de

trabajo y el valor adquisitivo de las pensiones como lo indican los artículos 53 y 230 de la Carta Política. Y tampoco pueden apartarse del querer legislador, para quien ha sido una preocupación constante regular el monto y la oportunidad de los reajustes pensionales. // De manera que si el juzgador no opta por lo expuesto, sino que decide resolver sobre la indexación de la primera mesada pensional acudiendo a soluciones que no consultan los criterios auxiliares de la actividad judicial, hacen necesaria la intervención del juez constitucional para restablecer los derechos fundamentales mínimos de los trabajadores”.

Esta postura interpretativa ha sido reiterada por la Corte en distintas sentencias posteriores<sup>56</sup>.

1. Los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela para proteger el derecho a la indexación de la primera mesada salarial. Reiteración de jurisprudencia

5.1. Formulación de los requisitos de procedibilidad generales y específicos por la Corte Constitucional.

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 86 de la Carta Política, así como en el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, la Corte Constitucional ha explicado en numerosas oportunidades que la acción de tutela, en tanto instrumento subsidiario de protección de los derechos fundamentales, no es por regla general el mecanismo judicial idóneo para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento o la reliquidación de prestaciones sociales, en particular en materia de pensiones<sup>57</sup>. La Corte ha explicado en tal sentido que “por encontrarse comprometidos derechos litigiosos de naturaleza legal y desarrollo progresivo, la competencia prevalente para resolver este tipo de conflictos ha sido asignada por el ordenamiento jurídico a la justicia laboral o contenciosa administrativa según el caso, siendo entonces dichas autoridades las llamadas a garantizar el ejercicio de tales derechos, en caso que se logre demostrar su amenaza o violación”<sup>58</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, también en aplicación de lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución y 6 del Decreto 2591 de 1991, la Corte ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela para proteger el derecho a la indexación de la primera mesada pensional dentro de las dos hipótesis generales de procedibilidad del mecanismo de amparo

constitucional: (a) como mecanismo transitorio de protección para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, o (b) como mecanismo principal de protección en los eventos de agotamiento, ineffectividad o no disponibilidad de los mecanismos judiciales ordinarios de defensa.

En este sentido, la Corte explicó en la sentencia T-083 de 2004:

“la regla que restringe la participación de la acción de tutela en la protección de los derechos prestacionales tampoco es absoluta. Conforme con su propia filosofía, la Corte ha venido sosteniendo que, excepcionalmente, es posible el reconocimiento de esta clase de derechos por la vía del amparo constitucional, no sólo cuando se ejerce como mecanismo transitorio, caso en el cual es necesario demostrar la existencia de un perjuicio irremediable, sino también cuando el medio judicial preferente es ineficaz o no es lo suficientemente expedito para brindar una protección inmediata, circunstancias que deben ser valoradas por el juez constitucional en cada caso particular. // Este último razonamiento encuentra pleno respaldo en el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela, el cual, al referirse a las causales de improcedencia del amparo constitucional, señala claramente que la existencia de otros medios de defensa judicial tendrá que ser apreciada ‘en concreto’ por el juez, teniendo en cuenta el grado de eficiencia y efectividad del mecanismo judicial frente a las circunstancias en que se encuentre el solicitante al momento de invocar la protección del derecho presuntamente conculcado. Amparada en ese mandato, la Corte expresó en uno de sus primeros pronunciamientos, lo siguiente: ‘...el otro medio de defensa judicial a que alude el artículo 86 debe poseer necesariamente, cuando menos, la misma eficacia en materia de protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales que, por su naturaleza, tiene la acción de tutela. De no ser así, se estaría haciendo simplemente una burda y mecánica exégesis de la norma, en abierta contradicción con los principios vigentes en materia de efectividad de los derechos y con desconocimiento absoluto del querer expreso del Constituyente’ (sentencia T-414 de 1992). // Recientemente reiteró la Corte: ‘...la jurisprudencia de esta Corporación sostiene que la acción de tutela procede a pesar de existir otro medio de defensa judicial, cuando: i) se considera que éste es ineficaz debido a que no resuelve el conflicto de manera integral,<sup>59</sup> o ii) éste no es lo suficientemente expedito frente a la exigencia particular de una protección inmediata...’ (Sentencia T-076 de 2003)”<sup>60</sup>.

En esta línea, la Corte Constitucional ha establecido algunos parámetros específicos para

determinar la procedencia excepcional de la tutela, en una y otra modalidad, para casos relativos a la indexación de la primera mesada pensional.

Así, para efectos de determinar la procedencia de la acción de tutela en tanto mecanismo transitorio de protección, la Corte ha explicado que “la viabilidad del amparo en estos casos [exige] la acreditación de un perjuicio irremediable; circunstancia a la cual se llega previa ponderación por parte del juez de ciertos factores relacionados con: (i) la edad para ser considerado sujeto de especial protección; (ii) la condición física, económica o mental; (iii) el grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital; (iv) la existencia previa del derecho y la acreditación por parte del interesado de la presunta afectación; y (v) el despliegue de cierta actividad administrativa y procesal tendiente a obtener la protección de sus derechos”<sup>61</sup>.

Por otra parte, para efectos de determinar la procedencia de la acción de tutela en tanto mecanismo principal de protección, en las hipótesis de agotamiento, ineffectividad o no disponibilidad de los medios judiciales ordinarios de defensa, la Corte ha establecido en reiterados pronunciamientos<sup>62</sup> una serie de condiciones específicas adicionales cuyo cumplimiento debe acreditar el actor correspondiente, a saber:

- Que la persona interesada haya adquirido el status de jubilado, o lo que es igual, que se le haya reconocido su pensión<sup>63</sup>;
- Que haya actuado en sede administrativa; es decir, que haya interpuesto los recursos de vía gubernativa contra el acto que reconoció la pensión, haya presentado la solicitud de reliquidación ante el respectivo fondo de pensiones o, en igual medida, requerido a la respectiva entidad para que certifique su salario real y ésta se hubiere negado<sup>64</sup>;
- 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<sup>65</sup>; y
- Que 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<sup>66</sup>.

En el marco de la hipótesis de procedencia de la acción de tutela en tanto mecanismo principal de protección ante el agotamiento, ineffectividad o no disponibilidad de los mecanismos judiciales ordinarios de defensa, la Corte Constitucional ha identificado una serie de hipótesis en las cuales, en casos de reclamación del derecho a la indexación de la primera mesada pensional, no es necesario que los peticionarios agoten tales medios ordinarios de protección, y pueden por lo mismo recurrir directamente a la acción de tutela.

La Corte ha determinado, en primer lugar, que la valoración de la efectividad de los mecanismos ordinarios de defensa judicial se debe hacer caso por caso, y en atención a las circunstancias específicas de cada situación particular<sup>67</sup>. Así, en la sentencia T-362 de 2010<sup>68</sup>, la Corte resumió las condiciones de procedencia excepcional de la tutela en estos casos como sigue:

“La edad de los afectados ha sido un elemento pilar de los fallos que han concedido la acción de tutela en estos casos, no solamente por el derecho a gozar de una especial protección constitucional consagrado en el artículo 46 de la Constitución Política, sino porque la combinación de la pérdida del poder adquisitivo del ingreso con el aumento de la edad, genera inminente el perjuicio irremediable que eventualmente puede recaer sobre estos sujetos.

Circunstancias como la desproporción de los montos pensionales, el estado de liquidación del accionado, la edad y estado de salud del actor y la vía de hecho administrativa, son algunos de los factores que han sido ponderados por la Corte Constitucional para deducir la configuración del perjuicio irremediable y conceder el derecho en aquellos casos en los cuales las acciones judiciales ante la justicia ordinaria no fueron agotados previamente”.

Por otra parte, la Corte no ha considerado que sean efectivos los mecanismos de defensa judicial ordinarios en los casos en que el precedente judicial aplicable, en particular de la Corte Suprema de Justicia, es desfavorable al reconocimiento de los derechos en juego y por lo mismo contrario a la jurisprudencia constitucional. En distintos casos, por ejemplo, la Corte Constitucional ha considerado que los peticionarios en casos de tutela que reclamaban el derecho a la indexación de la primera mesada no debían agotar el recurso extraordinario de casación, por cuanto de hacerlo se encontrarían con la aplicación de una jurisprudencia

desfavorable y restrictiva que hacía inocuo el ejercicio del recurso.<sup>69</sup>

Adicionalmente, al examinar el deber de agotar los mecanismos ordinarios en casos particulares, la Corte también ha tenido en cuenta las condiciones específicas socioeconómicas y de salud de los peticionarios, para determinar si constituye una carga desproporcionada exigirles que agoten las vías de defensa judicial ordinarias.<sup>70</sup> En este sentido, ha establecido que no es necesario agotar los mecanismos judiciales ordinarios si hay afectación del mínimo vital en el caso concreto.<sup>71</sup>

5.3. Valoración del requisito de inmediatez en la interposición de la acción de tutela para el reclamo de la indexación de la mesada pensional.

La jurisprudencia constitucional también ha dado un alcance específico al requisito de inmediatez en la interposición de la acción de tutela en este tipo de casos. Si bien a lo largo de sus pronunciamientos la Corte Constitucional ha exigido, como regla general, que entre el hecho que supuestamente da lugar a la violación o amenaza de derechos fundamentales y la interposición de la acción de tutela medie un término razonable, el contenido mismo del requisito de inmediatez varía cuando se trata de una prestación periódica que, como las mesadas pensionales, se vincula directamente al ejercicio de los derechos fundamentales al mínimo vital, la dignidad, la salud y la vida de sujetos de especial protección constitucional. En suma, dado el carácter periódico y la particular importancia de las mesadas pensionales para el ejercicio de los derechos más básicos de los pensionados, la Corte ha considerado que la actualización continua de los perjuicios presentes y sustantivos derivados de la falta de indexación de la mesada resta relevancia al requisito de inmediatez en la presentación de la tutela. En otras palabras, como la afectación de los derechos fundamentales por la pérdida de poder adquisitivo de las pensiones se renueva mes a mes y día a día, en forma presente y profunda, las personas afectadas en su mínimo vital por esta situación pueden recurrir en cualquier momento a la acción de tutela, sin que se les pueda argumentar en contrario que ha pasado demasiado tiempo desde el momento de reconocimiento de su pensión, de modificación de la situación del ordenamiento jurídico, u otro reparo cualquiera a la procedencia de la acción de tutela bajo este criterio de inmediatez.

Así, la regla general sobre inaplicabilidad del requisito de inmediatez en casos de prestaciones periódicas con perjuicios constantemente renovados fue formulada en la

sentencia T-158 de 200672 como sigue: “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 otros”.

En su aplicación específica a los casos de reclamación de la indexación pensional por vía de tutela, la Corte ha formulado esta regla, por ejemplo, en la sentencia T-789 de 200873, explicando que “se ha considerado, (...) 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 actualidad<sup>74</sup>”; o en la sentencia T-328 de 200475, señalando: “(...) 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.” De igual forma, en la sentencia T-130 de 200976, la Corte explicó:

“Sobre este punto, vale recordar que la Corte Constitucional en sentencia C-862 de 2006 consideró que en los supuestos en donde la acción de tutela se dirigía a conseguir el mantenimiento del poder adquisitivo de la pensión, así como la indexación de la primera mesada pensional, no cabía hacer ningún trato diferenciado, ni siquiera por el transcurso del tiempo. (...) Lo anterior quiere decir que en el caso concreto la inmediatez no es un argumento que permita declarar la improcedencia de la presente acción. No puede alegarse inmediatez cuando el desconocimiento de un derecho constitucional se ha prolongado en el tiempo y no se ha protegido tal derecho. // En este orden de ideas, considera la Sala que en el asunto sub examine el demandante interpuso oportunamente la acción de tutela, lo anterior por cuanto en esta materia la posible vulneración del derecho a obtener la

indexación de la primera mesada pensional subsiste mientras no se haya hecho efectivo el mencionado reconocimiento.”<sup>77</sup>

En forma complementaria, en ciertos casos la Corte también ha tenido en cuenta tanto la actividad procesal razonablemente desarrollada por los peticionarios, como los cambios ocurridos en la jurisprudencia constitucional en materia de indexación de la mesada pensional, para efectos de valorar si en casos concretos se cumplió o no con el requisito de inmediatez en la interposición de acciones de tutela para reclamar la actualización del salario de base para su cálculo<sup>78</sup>.

5.4. Alcance de la protección del derecho a la indexación de la primera mesada pensional por vía de la acción de tutela en la jurisprudencia constitucional.

La Corte Constitucional, en los fallos de tutela en los que se ha pronunciado sobre el derecho a la indexación de la primera mesada pensional, ha dado un alcance específico a la acción de tutela en tanto herramienta judicial de protección. Para comprender este alcance, específicamente en lo relevante para el caso concreto, es relevante detenerse brevemente en la explicación de tres características de la línea decisoria seguida por esta Corporación al respecto: (i) la procedencia de la acción de tutela, y de las órdenes de tutela, contra las entidades obligadas al pago de la pensión; (ii) el hecho de que en algunos casos la Corte ha ordenado que se efectúe no sólo la indexación de la primera mesada pensional para efectos de los pagos presentes y futuros, sino también que se paguen retroactivamente las mesadas adeudadas que no hayan prescrito; y (iii) el establecimiento, por parte de la Corte Constitucional, de la fórmula de cálculo de la indexación pensional que mejor se aviene a los mandatos de la Carta, y la caracterización por la Corte Constitucional de las fórmulas aplicadas en ciertos casos por la Corte Suprema de Justicia como insuficientes a la luz de la Constitución.

5.4.1. La procedencia de la acción de tutela, y de las órdenes de tutela, contra las entidades obligadas al pago de la pensión. En múltiples oportunidades, la Corte Constitucional ha dirigido las órdenes de indexación de la primera mesada pensional a las entidades que están legalmente obligadas al pago de la pensión en cada caso particular<sup>79</sup>. En efecto, en la sentencia T-457 de 2009<sup>80</sup> la Corte especificó que “aunque de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, por regla general, las acciones de tutela se deben dirigir contra las

providencias dictadas en procesos ordinarios, la Corte también ha aceptado la procedencia de esa acción cuando se dirige contra la entidad encargada del pago de la pensión<sup>81</sup>. Así, dado el carácter vinculante del precedente constitucional en esta materia, esta Corporación ha afirmado que dichas entidades también están obligadas a efectuar la indexación de la primera mesada pensional.” Ello ha sido así incluso cuando la acción de tutela se ha dirigido en principio no contra estas entidades, sino contra decisiones judiciales que no amparan a los peticionarios<sup>82</sup>; también cuando se ha interpuesto acción de tutela directamente en contra de estas entidades sin haberse agotado los medios judiciales ordinarios de defensa, en las hipótesis en que la tutela es procedente bajo este criterio<sup>83</sup>.

5.4.2. Ordenes de tutela de pago retroactivo de mesadas pensionales indexadas no prescritas. En algunos fallos, la Corte ha ordenado a la entidad a cargo del pago de la pensión que efectúe el pago retroactivo de las mesadas adeudadas al actor y no prescritas, pero ello únicamente ha sido así en los casos en que el actor agotó los mecanismos judiciales ordinarios. La Corte recientemente advirtió que estas órdenes sólo son procedentes en los casos en que se ha realizado tal agotamiento de los medios ordinarios de defensa<sup>84</sup>.

5.4.3. Fórmula de indexación pensional establecida en la jurisprudencia constitucional. A partir de la sentencia T-098 de 2005<sup>85</sup>, la Corte Constitucional dispuso cuál es la fórmula de cálculo de la indexación pensional que mejor se aviene a los mandatos de la Carta, y ha ordenado en casos particulares que sea ésta la fórmula a aplicar para determinar los montos correspondientes<sup>86</sup>. De la misma manera, la Corte ha declarado que las fórmulas utilizadas por la Corte Suprema de Justicia en casos concretos son inconstitucionales, y ordena aplicar la fórmula establecida en la sentencia T-098/05<sup>87</sup>.

## 1. Análisis del caso concreto

Sobre la base de la anterior reiteración de jurisprudencia, la Corte procederá a examinar sumariamente el caso concreto del señor Carlos Alfonso Gómez Lozada, y constatará que están dados los requisitos para otorgar el amparo constitucional de su derecho a la indexación de la primera mesada pensional.

6.1. El peticionario es un adulto mayor con derecho a la protección especial de las

autoridades. El señor Carlos Alfonso Gómez Lozada, nacido el 4 de enero de 1933, cuenta actualmente con setenta y ocho (78) años de edad. Por lo mismo, se trata de un adulto mayor que, en tanto sujeto de especial protección constitucional, tiene derecho a un grado particularmente diligente de atención y consideración por parte de las autoridades estatales, y también de la entidad legalmente obligada a sufragar su pensión de vejez.

6.2. El peticionario es titular del derecho a la indexación de la primera mesada salarial. En su calidad de pensionado del Banco Popular, el señor Carlos Alfonso Gómez Lozada es titular del derecho constitucional a mantener el poder adquisitivo de su mesada pensional, y específicamente del derecho a la indexación del salario base para calcular la mesada pensional. El señor Gómez Lozada es titular de este derecho en condiciones de igualdad con los demás pensionados; es contrario al artículo 13 de la Constitución Política efectuar diferenciaciones entre él y las demás personas beneficiarias de una pensión de vejez, atendiendo a criterios tales como la fecha en la que se consolidó su derecho pensional, que en su caso específico fue antes de la vigencia de la Constitución Política de 1991, en el año 1990. En este mismo sentido, el Banco Popular desconoció los derechos constitucionales del señor Gómez Lozada cuando invocó el carácter preconstitucional de su pensión como motivo para no indexar el monto del salario que sirvió de base a su cálculo.

6.3. Consecuencias de la no indexación de la primera mesada salarial del peticionario: afectación del mínimo vital suyo y de su esposa. Como se explicó arriba, la jurisprudencia constitucional ha dado aplicación a una presunción de afectación del mínimo vital cuando quiera que no se ha reconocido el derecho a la indexación de la mesada pensional. Al señor Gómez Lozada le ha sido negado precisamente ese derecho por parte del Banco Popular. Independientemente de que en su caso es plenamente aplicable esta presunción de afectación, el señor Gómez ha aportado al expediente de tutela pruebas suficientes y convincentes sobre el hecho de que sus magros ingresos mensuales son insuficientes para sufragar los gastos mínimos que demanda la subsistencia digna suya y de su esposa, quien también es una adulta mayor que depende del peticionario para sobrevivir. A este respecto basta revisar los distintos comprobantes y recibos que obran en el expediente del caso actual, reseñados en la Sección I de la presente providencia. De igual forma, es determinante el hecho de que el peticionario, quien se aproxima a los ochenta años de edad, tiene varios quebrantos de salud que le exigen seguir tratamientos médicos específicos y necesarios para poder preservar su vida, incluyendo problemas cardiovasculares y neurológicos serios,

médicamente acreditados ante el juez de tutela en el proceso que se revisa. No cabe duda, por lo tanto, de que están de por medio en el caso actual los derechos a la vida, integridad personal, salud, dignidad personal y mínimo vital del señor Gómez Lozada y su esposa, cuyo pleno ejercicio y goce efectivo dependen de que la entidad a cargo de la pensión del peticionario, el Banco Popular S.A., reconozca y materialice su derecho a la indexación pensional.

6.4. Procedencia de la acción de tutela para proteger el derecho del señor Gómez Lozada a la indexación de la primera mesada salarial. La Corte Constitucional considera que en el caso bajo revisión están dados los requisitos trazados en la jurisprudencia para que proceda la acción de tutela en tanto medio principal e idóneo de protección del derecho del señor Carlos Alfonso Gómez Lozada a la indexación de la primera mesada salarial. En efecto, se observa que el peticionario no acudió a los mecanismos ordinarios de defensa judicial a través de un proceso laboral ordinario; sin embargo, en aplicación de las pautas jurisprudenciales arriba descritas, para la Corte es claro que el señor Gómez Lozada, por diversas características de su caso específico, podía recurrir directamente a la acción de tutela en tanto mecanismo principal de defensa de sus derechos fundamentales a presente y hacia el futuro, según se precisa a continuación.

6.4.1. En primer lugar, el señor Gómez Lozada cumple con las condiciones que trazó la Corte para admitir la procedencia de la acción de tutela en tanto mecanismo principal de protección en los casos en que no es necesario agotar los medios ordinarios de defensa judicial:

- Adquirió el status de jubilado desde 1990;
- Actuó en sede administrativa, puesto que presentó la solicitud de reliquidación de su pensión directamente ante el Banco Popular, entidad obligada al pago de su pensión;
- No acudió a las vías judiciales ordinarias, por cuanto dadas las características específicas de su caso, que se explican más abajo en detalle, no estaba obligado a agotar estos mecanismos ordinarios de defensa judicial; y
- Acreditó plenamente que, en tanto adulto mayor, su derecho al mínimo vital y el de su esposa están siendo seriamente afectados por la no indexación de su mesada pensional, e

hizo notar a la Corte que dada su avanzada edad y su estado de salud, considera factible que un proceso judicial ordinario termine con un resultado inocuo.

- En primer lugar, es claro que -al igual que ha sucedido en los casos decididos por la Corte Constitucional y reseñados anteriormente- los medios judiciales de defensa disponibles ante la jurisdicción laboral ordinaria no son efectivos para proteger el derecho del señor Gómez Lozada a la indexación de la primera mesada pensional, por cuanto la Corte Suprema de Justicia desde 1999, y específicamente desde 2004 y a lo largo de 2007, ha sentado su jurisprudencia claramente en el sentido de desestimar las peticiones de indexación pensional, y más concretamente, de considerar improcedentes las solicitudes de indexación de las pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991. Sin embargo, la Corte Constitucional, en la sentencia SU-120/03, constató el carácter variable de la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de indexación de la primera mesada pensional; pero se ha demostrado ampliamente que en distintas sentencias del máximo tribunal de la jurisdicción laboral, adoptadas a partir de 2004, éste ha sentado su postura en el sentido de rechazar la indexación de las mesadas pensionales preconstitucionales por considerar que no existía, al momento de su causación, una norma expresa que dispusiera que debían indexarse. Es tan clara la existencia de esta postura jurisprudencial, que el propio Banco Popular, en la decisión en la que negó al actor la reliquidación de su mesada pensional, invocó lo decidido por la Corte Suprema de Justicia para justificar su rechazo de la indexación solicitada. De igual forma, en su contestación a la acción de tutela de la referencia el Banco Popular se escuda en esta línea jurisprudencial de la Sala Laboral para solicitar que se deniegue la pretensión de amparo formulada por el señor Gómez.

Bajo estas condiciones, sería desproporcionado exigirle al señor Gómez Lozada, actualmente de setenta y ocho (78) años, que promoviera un proceso laboral ordinario cuyas perspectivas de éxito no son claras, en virtud de la postura jurisprudencial impuesta por el máximo tribunal de la jurisdicción laboral ordinaria desde el año 2004. Teniendo en cuenta además que en 2006 se generó el cambio relevante en el precedente constitucional erga omnes como consecuencia de la adopción de la sentencia C-862/06, en la cual se explicó que no son aceptables las distinciones entre los pensionados con base en criterio alguno para efectos del disfrute del derecho a la indexación pensional, es claro que la postura de la Corte Suprema resulta, además, inconstitucional; en cualquier caso, afirmar que no se debe indexar una determinada mesada pensional por no existir un fundamento jurídico específico y expreso

que así lo disponga, equivale a desconocer el principio de interpretación favorable de la ley laboral, pauta interpretativa consagrada en la Constitución y aplicada por la Corte Constitucional desde el año 2003 en tanto deber básico de los jueces colombianos cuando se enfrentan a un vacío jurídico en este campo.

En suma, someter al señor Gómez Lozada a promover un proceso ordinario cuyo desenlace muy factiblemente seguiría un precedente jurisprudencial contrario a la Constitución resultaría igualmente, y en la misma medida, contrario a los postulados más básicos de la Carta Política. En aplicación de la pauta trazada en las sentencias T-130/09 y T-447/09, arriba descritas, la Corte Constitucional concluye que en este asunto, no eran efectivos los mecanismos de defensa judicial ordinarios disponibles para buscar la indexación de la mesada pensional preconstitucional del señor Gómez Lozada, por lo cual éste no estaba en el deber de agotarlos antes de recurrir a la acción de tutela.

- En segundo lugar, como ya se indicó, el mínimo vital del señor Gómez Lozada y de su esposa se ha visto significativamente afectado por la falta de indexación de su mesada pensional. Teniendo en cuenta que se trata de una persona de setenta y ocho años de edad con serios quebrantos de salud, la Corte considera que constituiría una carga desproporcionada el tener que recurrir a la jurisdicción laboral ordinaria buscando la materialización de un derecho cuya vulneración es actual, diaria y profunda, e incide sobre el disfrute de múltiples derechos fundamentales de los que él y su esposa son titulares en su calidad de adultos mayores beneficiarios de un nivel reforzado de amparo constitucional. A la luz de los precedentes sentados en las sentencias T-457/09, T-906/09 y T-425/09, la Corte concluye que el actor podía recurrir, por este motivo, directamente a la acción de tutela sin necesidad de agotar los mecanismos judiciales ordinarios de defensa.

6.4.3. En cuanto al factor de inmediatez en la presentación de la acción de tutela, observa la Corte que fue el motivo determinante por el cual los jueces en primera y segunda instancia denegaron el amparo solicitado por el señor Gómez Lozada. En efecto, el juez de primera instancia concluyó que el actor había dejado transcurrir 21 años desde el momento del reconocimiento de su pensión hasta el de la interposición de la acción de tutela, por lo cual no estaba dado en su criterio el requisito de inmediatez. El juez de segunda instancia también hizo referencia somera al transcurso de 20 años dentro de su razonamiento encaminado a denegar la tutela por improcedente.

En aplicación simple de la jurisprudencia constitucional arriba reseñada, la Corte declara que, por ser la mesada pensional una prestación periódica, cuyo impacto violatorio de los derechos humanos del señor Gómez Lozada se renueva mes a mes, semana a semana y día a día al no haber sido indexada y por lo mismo ser insuficiente para suplir sus gastos más elementales, es irrelevante invocar el requisito de inmediatez en el caso presente. La actualidad y renovación constante del perjuicio soportado injustamente por el señor Gómez Lozada y su esposa les permiten recurrir, en cualquier momento y mientras dure vigente su prestación pensional vitalicia, a la acción de tutela en tanto mecanismo de amparo constitucional.

6.5. Análisis de los fallos de tutela bajo revisión de la Corte Constitucional. Deberes mínimos de coherencia lógica, claridad y constitucionalidad de la argumentación en cabeza de los jueces de tutela.

La Corte Constitucional no puede dejar de notar los serios errores y confusiones jurídicas y conceptuales en los que incurren los jueces de tutela de primera y segunda instancia en los razonamientos que consignaron en los fallos judiciales que se revisan.

Así, el juez de primera instancia examinó la decisión del Banco Popular de no indexar la primera mesada pensional del señor Gómez Lozada, a la luz de la doctrina constitucional sobre las vías de hecho judiciales; y concluye su análisis afirmando que no se configuró una vía de hecho porque no se habían agotado previamente los recursos ordinarios. Por su parte, el juez de segunda instancia, lejos de resolver la confusión sobre la naturaleza judicial o administrativa de la decisión del Banco Popular, deja abiertas ambas opciones y afirma que la tutela también es subsidiaria frente a las actuaciones administrativas. Este curso de análisis carece de sentido lógico, y al constituir el fundamento de una decisión judicial referente al amparo de derechos fundamentales, constituye en sí mismo una vía de hecho judicial que, para la Corte, resulta inaceptable y contraria a los deberes mínimos de coherencia lógica, claridad y constitucionalidad de la argumentación plasmada en los fallos de tutela.

6.6. Medida a adoptar

Como consecuencia del anterior análisis de hecho y de derecho, la Corte Constitucional revocará los fallos de tutela de primera y segunda instancia que se revisan, y en su lugar

concederá la tutela de los derechos del señor Carlos Alfonso Gómez Lozada a la vida en condiciones dignas y al mínimo vital, a la integridad personal y a la salud, a la seguridad social, al mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones y a la indexación de la primera mesada pensional, y a la especial protección en su condición de adulto mayor. En consecuencia, se ordenará al Banco Popular que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente decisión, proceda a actualizar el salario de base para el cálculo de la mesada pensional del señor Gómez Lozada, y que a partir del mes de enero de 2012, y hacia el futuro mientras dure vigente esta prestación pensional, le sea consignada al señor Gómez Lozada la suma indexada y actualizada de su pensión de acuerdo con los parámetros fijados por la jurisprudencia constitucional. En particular, el Banco Popular S.A. deberá aplicar a esta indexación la fórmula sentada por la Corte en la sentencia T-098 de 2005.

Dado que existe una petición expresa del peticionario en este sentido, y que en este caso no se acudió a los mecanismos ordinarios de defensa judicial ante la jurisdicción laboral, la Corte no ordenará el pago retroactivo de las mesadas indexadas adeudadas que no hayan prescrito.

### III. DECISION

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

#### RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia del 19 de mayo de 2011 proferida por el Juzgado Treinta y Siete (37) Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, que decidió en segunda instancia sobre la acción de tutela instaurada por Carlos Alfonso Gómez Lozada contra el Banco Popular S.A., y en su lugar CONCEDER la tutela de los derechos del señor Carlos Alfonso Gómez Lozada a la vida en condiciones dignas y al mínimo vital, a la integridad personal y a la salud, a la seguridad social, al mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones y a la indexación de la primera mesada pensional, y a la especial protección en su condición de adulto mayor.

Segundo.- En consecuencia, ORDENAR al Banco Popular S.A. que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente decisión, proceda a actualizar el salario de base para el cálculo de la mesada pensional del señor Gómez Lozada, y que a partir del mes de enero de 2012, y hacia el futuro mientras dure vigente esta prestación pensional, le sea consignada al señor Gómez Lozada la suma indexada y actualizada de su pensión de acuerdo con los parámetros fijados por la jurisprudencia constitucional. En particular, el Banco Popular S.A. deberá aplicar a esta indexación la fórmula sentada por la Corte en la sentencia T-098 de 2005.

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

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Ausente con permiso

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Demanda de tutela, folio 4.

2 Demanda de tutela, folio 9.

3 El abogado del Banco cita el siguiente extracto de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral del 28 de mayo de 2007, Radicación No. 27242, Magistrado Ponente Francisco Javier Ricaurte Gómez: “En torno a lo que se ha denominado

por la jurisprudencia la indexación de la primera mesada pensional, esta Sala de la Corte ha aceptado la revaluación del ingreso base de liquidación de pensiones, solo en caso de las legales, y fincada siempre en lo dispuesto en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, que ha considerado, son los que dan la base normativa para proceder a dicha actualización, pero solo para aquellas pensiones que se causen a partir de su vigencia, inclusive aquellas que, aunque reguladas por la legislación anterior, se encuentran cobijadas por el régimen de transición, previsto en el mencionado artículo 36 ibídem. Con respecto a las anteriores, esto es, las no cobijadas por la Ley 100 de 1993, se ha dicho que no existe norma que permita dicho procedimiento, y en cuanto a las voluntarias o convencionales, que debe haber un acuerdo expreso sobre tal proceder, pues debe sujetarse el sentenciador a la voluntad declarada de las partes. - Así lo ha sostenido en múltiples sentencias, como las del 16 de febrero de 2001 (rad. 13092), 26 de septiembre de 2006 (Rads. 27120 y 28384) y 14 de noviembre de 2006 (Rad. 28807). // Recientemente, la Corte Constitucional, en las sentencias C-862 y C-891 A de 2006, refrendó el criterio de esta Corporación respecto al vacío normativo existente en torno a lo que se ha designado la indexación de la primera mesada, con anterioridad a la Ley 100 de 1993, que, estimó, contraría los mandatos 48 y 53 de la Constitución que ordenan mantener el poder adquisitivo constante de los recursos destinados a pensiones y su reajuste periódico, por lo que declaró la exequibilidad de los apartes concernientes al monto del derecho pensional consagrado en los artículos 260 del Código Sustantivo del Trabajo y 8º de la Ley 171 de 1961, '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 consumidor-IP- certificado por el DANE'. // (...) En esas condiciones, esta Sala de la Corte modificó recientemente su posición frente al tema, para, tomando como fuente supralegal la Constitución de 1991, que es la que invoca el censor, reconocer la actualización del ingreso base de liquidación de las pensiones legales, pero solo las causadas bajo la vigencia de la Carta, esto es, a partir del 7 de julio de 1991, en que entró en vigor, pues este es el fundamento jurídico que le sirvió al a Corte Constitucional (...). Lo anterior, porque, al armonizar el nuevo pronunciamiento constitucional con la jurisprudencia de esta Sala en torno al tema, cabe reafirmar que, antes de la fecha indicada en que entró a regir la nueva constitución, no existía el mencionado sustento supralegal para aplicar la indexación del ingreso de liquidación pensional, ni la fuente para elaborar un comparativo que cubriera el vacío legal, vale decir, con la Ley 100 de 1993. (...)"

4 Sentencia T-1039 de 2007 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

5 Sentencia T-1039 de 2007 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

6 Sentencia T-1039 de 2007 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

8 Sentencia T-1178 de 2008 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

9 Ver las sentencias C-862 de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) y C-891 A de 2006 (M.P. Rodrigo Escobar Gil; salvamento de voto de Jaime Araújo Rentería).

10 Ver, entre muchas otras, las sentencias: SU-120/03, T-1169/03, T-805/04, T-815/04, T-1197/04, T-098/05, T-469/05, T-635/05, T-296/05; T-1055/07; T-425/07; T-815/07; T-901/10; T-362/10; T-906/09; T-457/09; T-447/09; T-425/09; T-390/09; T-366/09; T-130/09; T-789/08; T-1055/07; T-815/07; T-425/07.

11 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

12 Código Sustantivo del Trabajo, Art. 260 (parcial): “Derecho a la pensión. 1. Todo trabajador que preste servicios a una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$800.000) o superior, que llegue o haya llegado a los cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o a los cincuenta (50) años si es mujer, después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Código, tiene derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación o pensión de vejez, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio. // 2. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad expresada tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de los veinte (20) años de servicio.”

13 La demandante en este caso explicaba que la norma demandada contiene dos supuestos de hecho diferentes para acceder a la pensión: (1) los trabajadores que cumplan con los requisitos de edad y tiempo y al momento de cumplirlos sigan prestando sus servicios en la empresa, y (2) los trabajadores que han cumplido el requisito de tiempo de servicios pero no la edad legalmente fijada y se retiren o sean retirados de la empresa, que tendrán derecho a la pensión una vez cumplan la edad. La demandante basaba sus cargos en una regulación legal diferente del derecho a acceder a la pensión para estos dos supuestos: la Ley 100 de

1993 establece, para el supuesto 1, que el empleador puede subrogar su obligación pensional en una AFP, trasladando el valor correspondiente con base en un cálculo actuarial, que tiene en cuenta el fenómeno de la inflación y en esa medida puede conservar la capacidad adquisitiva de los salarios; mientras que el supuesto (2) no está regulado por esta norma y por lo tanto no prevé la actualización de la mesada pensional. Este tratamiento legislativo diferente violaba, para la actora, los arts. 53, 48, 13, 1, 2, 4, 25 y el Preámbulo de la Constitución, así como el mínimo vital y la protección especial de la tercera edad. La Corte interpretó que los cargos de la actora se dirigen contra una omisión legislativa relativa, “por no haberse previsto en la disposición acusada la indexación del salario base para la liquidación de las pensiones de aquellos trabajadores que se retiren o sean retirados de una empresa cumplidos veinte años de servicio pero sin haber alcanzado la edad de jubilación”.

14 Así, en primer lugar la Corte definió el concepto jurídico de indexación: “Los efectos de la inflación son especialmente sensibles en el campo de las obligaciones dinerarias, es decir, de aquellas que deben satisfacerse mediante el pago de una cantidad de moneda determinada - entre las que se cuentan por supuesto las obligaciones laborales- pues en la medida en que la inflación produce una pérdida de la capacidad adquisitiva de la moneda y ésta mantiene su poder liberatorio nominal, se afecta el equilibrio de las prestaciones, principio esencial de todo el sistema jurídico. // De ahí que desde tiempo atrás se haya insistido en la necesidad de actualizar toda obligación de dar sumas de dinero si entre el día en que se contrajo y la fecha en la que debe pagarse la capacidad adquisitiva de la moneda se ha visto afectada por la inflación. Tal actualización se lleva a cabo mediante distintos mecanismos, los cuales permiten la revisión y corrección periódica de las prestaciones debidas, uno de los cuales es la indexación. // La indexación ha sido definida como un ‘sistema que consiste en la adecuación automática de las magnitudes monetarias a las variaciones del nivel de precios, con el fin de mantener constante, el valor real de éstos, para lo cual se utilizan diversos parámetros que solos o combinados entre sí, suelen ser: el aumento del costo de la vida, el nivel de aumento de precios mayoristas, los salarios de los trabajadores, los precios de productos alimenticios de primera necesidad, etc.’<sup>14</sup>. // La indexación persigue entonces mantener el valor originario del crédito dinerario, mediante el empleo de pautas preestablecidas, aplicables a todas las obligaciones dinerarias que se especifican. Mediante este procedimiento de ajuste periódico y automático se pueden actualizar salarios, rentas, ahorros, impuestos y en general todas aquellas prestaciones originadas en obligaciones que se prolongan en el tiempo.”

15 A continuación la Corte describe la evolución de la indexación del salario base para la liquidación de las pensiones: “Una similar evolución se ha presentado en materia del reajuste periódico del salario base para la liquidación de las pensiones, materia en la cual se ha presentado una evolución de un régimen en el cual no se reconocía la indexación de la primera mesada pensional a la actual regulación donde por el contrario la regla general es la indexación del salario base para liquidar las pensiones. En efecto, el numeral primero del artículo 260 del C.S.T. regulaba el supuesto de los trabajadores que cumplían los requisitos para acceder a la pensión de jubilación (edad y tiempo de servicios) mientras laboraban y en esa medida no era necesario el reajuste del salario base para liquidación de la pensión (...). La pensión de jubilación prevista originalmente en el C.S.T. fue sustituida por la pensión de vejez introducida por la Ley 100 de 1993. El artículo 21 de esta última normatividad prevé expresamente la actualización del ingreso base para la liquidación de las pensiones previstas en dicha ley -esto es no sólo de la pensión de vejez, sino también la pensión de invalidez y la de sobreviviente- ‘con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE’. Así mismo, el artículo 36 de la misma contempla la indexación del salario base para la liquidación de la pensión de jubilación de los trabajadores que entraban dentro del régimen de transición previsto por dicho estatuto. Finalmente, el mismo precepto señala que al entrar a regir la Ley 100 quienes hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez, conforme a normas favorables anteriores, sin perjuicio de no haberse hecho el reconocimiento, tendrán derecho a que se les liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos, dentro de las cuales se incluye la indexación del salario base para la liquidación de la pensión. // Respecto de otras pensiones distintas a la de jubilación previstas por el C.S.T., como por ejemplo la pensión-sanción regulada por el artículo 267, inicialmente no se preveía la indexación de la primera mesada, no obstante el precepto inicial fue subrogado por el artículo 37 de la Ley 50 de 1990 y por el artículo 133 de la Ley 100 de 1993. (...) Del anterior recuento legislativo se desprende que el legislador ha previsto por regla general la actualización periódica tanto de las mesadas pensionales ya reconocidas como del ingreso base para la liquidación de la primera mesada pensional. La legislación reciente ha previsto que tal actualización se realice con base en el índice de precios al consumidor, es decir, ha previsto la indexación de las mesadas pensionales y del ingreso base para su liquidación.”

16 Previsto no sólo en el artículo 53 constitucional sino también en el artículo 21 del C.S.T.

17 Cfr. SU-120 de 2003.

18 Cfr. Sentencia T-906 de 2005.

19 Ver entre otras las sentencias SU-120 de 2003, T-1169 de 2003, T-663 de 2003, T-805 de 2004, T-815 de 2004, T-098 de 2005.

20 Sobre la anterior base la Corte efectuó el análisis de constitucionalidad de la norma acusada. Explicó que ninguno de los numerales del art. 260 del C.S.T. establece de manera expresa la indexación del salario base para la liquidación de la pensión de jubilación; pero en la práctica, en el numeral primero esta ausencia de previsión no ha suscitado problemas de aplicación ni interpretación porque regula el supuesto de trabajadores que cumplieron los requisitos de edad y tiempo mientras estaban trabajando. “No ocurre lo mismo con la pensión prevista en el numeral segundo del artículo 260 del C.S.T., porque en este caso la ausencia de previsión de indexación de la mesada pensional originó numerosos problemas interpretativos como antes se reseñó. Específicamente si se acogía la postura acogida por la Corte Suprema de Justicia a partir de 1999, eso significaba que a los trabajadores cobijados por este supuesto se le reconocían pensiones con el salario devengado en el último año de servicios, pero como en este evento sí podía transcurrir un lapso considerable entre el momento en que el trabajador cumplía el requisito del tiempo de servicios y el momento en que alcanzaba la edad prevista para ser titular de la pensión, en la práctica eso conducía a que se reconocieran pensiones con base en un salario que había perdido sensiblemente su poder adquisitivo con el paso del tiempo, y en muchos casos la pensión reconocida solamente alcanzaba el valor del salario mínimo”. La jurisprudencia constitucional en tutela ha entendido que esta ausencia de previsión legislativa es una omisión legislativa relativa. “Adicionalmente la jurisprudencia constitucional en sede de tutela ha señalado de manera reiterada la forma como debe subsanarse la omisión en comento. (...) en virtud del derecho constitucional al mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones (el cual como antes se sostuvo se deriva de los artículos 48 y 53 constitucionales); amén de otros mandatos de rango constitucional tales como el principio in dubio pro operario, el principio de solidaridad y la especial protección de las personas de la tercera edad; debe indexarse el salario base para la liquidación de la pensión de jubilación de aquellas personas que se retiran o son retiradas del servicio luego de haber laborado más de veinte años, pero sin haber alcanzado la edad señalada por el numeral primero del artículo 260 del C.S.T. // Ahora bien, (...) si bien puede

afirmarse que existe un derecho constitucional a la actualización de las mesadas pensionales, del cual hace parte el derecho a la actualización del salario base para la liquidación de la pensión o de la primera mesada pensional, en esta materia como antes se dijo existe una amplia libertad de configuración del Congreso de la República, precisamente debido a que el artículo 48 constitucional señala que incumbe al órgano legislativo establecer los medios para el cumplimiento de tal fin. Desde esta perspectiva, corresponde al Legislador señalar los mecanismos idóneos para garantizar este derecho constitucional. Sin embargo, desde la perspectiva jurisprudencial el problema siempre ha sido considerado a partir del derecho a la indexación de la primera mesada pensional, es decir, tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como la de la Corte Constitucional, se han referido a un instrumento específico para actualizar el salario base de la liquidación de la mesada pensional: la indexación. // Considera esta Corporación que los precedentes fijados en materia de tutela resultan relevantes para subsanar la vulneración de los distintos derechos y principios constitucionales en juego, máxime cuando en estos casos la jurisprudencia constitucional ha atendido al criterio utilizado por el Legislador para actualizar la capacidad adquisitiva de las pensiones. // En efecto, (...) la indexación es el criterio empleado de manera preferente por el Congreso de la República para mantener la capacidad adquisitiva de las mesadas pensionales y, adicionalmente, la Ley 100 de 1993 la prevé específicamente en su artículo 21, respecto del ingreso base para la liquidación de la pensión de los trabajadores e igualmente en su artículo 36 respecto del ingreso base para la liquidación de la pensión de vejez de las personas cobijadas por el régimen de transición previsto en el mismo estatuto. // Como antes se anotó, corresponde al Legislador en ejercicio de su libertad de configuración determinar los mecanismos idóneos para mantener la capacidad adquisitiva de las pensiones, no obstante, frente a la ausencia de una previsión legal al respecto, laguna normativa que afecta desfavorablemente a una categoría determinada de pensionados, aquellos cobijados por el artículo 260 del C.S.T., y que por lo tanto vulnera distintos derechos constitucionales amén de resultar contraria a principios consagrados en la Carta de 1991 -tales como el principio de in dubio pro operario, y el principio de Estado Social de Derecho- es preciso adoptar un criterio reparador de la afectación constatada. En esa medida se considera que la indexación, al haber sido acogida por la legislación vigente para los restantes pensionados, es un mecanismo adecuado para la satisfacción de los derechos y principios constitucionales en juego." Por las anteriores razones la Corte declaró la constitucionalidad condicionada de la norma demandada, en el entendido de que el salario

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

21 Así, en la sentencia SU-120/03 la Corte explicó que la Corte Suprema de Justicia, al variar su jurisprudencia sobre la procedencia de la indexación de las mesadas pensionales en detrimento de los peticionarios, no tuvo en cuenta el principio de interpretación más favorable al trabajador; por lo tanto, “las decisiones de la Sala Laboral que negaron a los actores el derecho a acceder a una pensión acorde con su salario real i) desconocen la prevalencia del derecho sustancial, en cuanto no se sujetan a los dictados constitucionales de la igualdad, favorabilidad, y conservación del poder adquisitivo de las pensiones y ii) no se informan en la equidad, además de pasar por alto los principios generales del derecho laboral ‘artículos 13, 48 y 53 C.P.-.” En consecuencia, la Corte consideró que eran vías de hecho que debieron ser dejadas sin efecto por los jueces de tutela. En la misma línea, en la sentencia T-815 de 2004 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes), la Corte explicó que “el hecho de calcular el monto de la mesada pensional con base en un ingreso que el extrabajador percibió hace más de 20 años, contraría el mandato superior de equidad y el derecho a percibir una pensión mínima vital calculada teniendo en consideración los fenómenos inflacionarios y la consecuente pérdida de poder adquisitivo del dinero”. Igualmente, en la sentencia T-098 de 2005 (M.P. Jaime Araújo Rentería), la Corte reiteró “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.”

22 M.P. Jaime Córdoba Triviño. La Corte explicó: “La Corte Constitucional ha sostenido que frente a diversas interpretaciones legales sobre la existencia del derecho a la indexación de la primera mesada pensional, los jueces están obligados, por expreso mandato del artículo 53 de la Carta, a escoger aquella que beneficie al trabajador y que promueva en mayor medida los derechos fundamentales que la Constitución reconoce a este sector de la

población. En esa medida, la Corte ha protegido el derecho a la indexación de la primera mesada pensional de aquellas personas a quienes se reconoció el derecho a la pensión aún con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993. Adicionalmente, la Corte ha señalado que el derecho a la indexación de la primera mesada pensional no sólo se deriva de la aplicación del principio de favorabilidad laboral sino que es consecuencia de los derechos fundamentales a la igualdad, al mínimo vital y al mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones. Finalmente, la Corte ha sostenido que el derecho a la indexación de la primera mesada pensional puede ser ordenado mediante tutela, siempre que el actor hubiere agotado el otro mecanismo de defensa judicial y sólo si se cumple la totalidad de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias [Sentencia de Unificación SU-120 de 2003]. (...) Cabe anotar que en un gran número de pronunciamientos esta corporación ha señalado que el derecho a mantener el poder adquisitivo de las pensiones (indexación pensional) no es un derecho fundamental autónomo, pero sí adquiere esta connotación por conexidad con otros derechos como el derecho al debido proceso, a la igualdad o al mínimo vital [Sentencias T-1119 de 2003, T-663 de 2003 y T-805 de 2004]. Esto ocurre cuando la mesada pensional ha sufrido una depreciación considerable y esa pérdida del poder adquisitivo amenaza las condiciones de vida del pensionado. En efecto, en criterio de la Corte, si bien la indexación de la mesada pensional no se encuentra de manera explícita en la Constitución, sin embargo es un derecho que se deriva de otros derechos constitucionales”, específicamente los de los artículos 48 y 53.”

23 M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Allí la Corte explicó que “[l]a pérdida del poder adquisitivo de la moneda en sociedades afectadas por fenómenos como la inflación requiere de respuestas adecuadas y eficaces, con el propósito de impedir que determinadas situaciones aparentemente consolidadas en circunstancias distintas a las actuales, puedan acarrear un grave perjuicio a personas que constitucionalmente cuentan con un amparo especial. Así, las personas pensionadas, generalmente pertenecientes a la tercera edad, amparadas según el principio de especificidad debido a su condición, cuentan, en determinadas circunstancias, con el derecho de acudir ante las autoridades para reclamar el reconocimiento y pago de la actualización de sus mesadas pensionales, pues bien puede ocurrir que por el simple paso del tiempo las mesadas que fueron medio para la subsistencia digna de una familia, actualmente no constituyan ingreso para atender las necesidades básicas de quienes durante su etapa de trabajadores activos aportaron para la construcción económica, social, política y cultural de la sociedad que hoy debe acogerlos y brindarles

protección. // La tutela del derecho a la indexación de la primera mesada pensional está directamente relacionada con la definición política del Estado Social de Derecho, pues en él la persona humana constituye el centro, el objeto, la razón de ser y el motivo para la actividad de las autoridades, las cuales deben ejercer sus funciones conforme con el principio más importante para la organización estatal: el reconocimiento y respeto por la dignidad de la persona humana (C.Po. art. 1º). // Este principio pasa de la retórica a la práctica mediante una adecuada aplicación de las normas que implican protección real y eficaz para quienes, debido al inexorable transcurso del tiempo, se convierten en personas más vulnerables y, por lo tanto, susceptibles de ser agredidas y afectadas en sus derechos ante la mirada impasible y a veces indiferente de quienes directa o indirectamente fueron beneficiarios del esfuerzo laboral aportado durante varios años, en la época económicamente más productiva de quienes luego pasan a ser llamados pensionados o trabajadores inactivos.”

24 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. La Corte, luego de reiterar la sentencia C-862/06, afirmó: “La jurisprudencia constitucional ha reconocido la existencia de un derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de su mesada pensional [C-862/08]. Este derecho ha sido derivado de una interpretación sistemática de distintos enunciados normativos constitucionales [T-855/08]”, específicamente los arts. 48 y 53. “En este mismo horizonte de comprensión, se ha dicho que para la configuración del derecho constitucional de las personas pensionadas al mantenimiento del poder adquisitivo de su mesada pensional, resultan relevantes principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución de 1991, algunos de los cuales encuentran aplicación específica en el derecho laboral, tales como la especial protección constitucional a las personas de la tercera edad (Art. 46 de la C.N.); el derecho fundamental a la igualdad (Art. 13 de la C.N.) y el derecho al mínimo vital. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha determinado que la mesada pensional es un mecanismo cuyo objeto consiste en garantizar el derecho al mínimo vital de las personas de la tercera edad, toda vez que esta prestación periódica dineraria permite a las personas pensionadas acceder al conjunto de prestaciones constitutivas del mínimo vital. // De conformidad con lo señalado hasta este lugar, se han establecido presunciones tales como que el no pago de la mesada pensional vulnera el derecho al mínimo vital y, en esa medida, la actualización periódica de esta prestación se constituye de modo simultáneo en una garantía del derecho al mínimo vital y exige adoptar medidas concretas a favor de las personas pensionadas, por regla general personas adultas mayores o de la tercera edad y por lo tanto merecedoras de especial protección constitucional. // Las anteriores

consideraciones resultan relevantes en lo que hace referencia al contenido del derecho a mantener el poder adquisitivo de las pensiones porque 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 [Ver, entre otras, las sentencias SU-120 de 2003, T-1169 de 2003, T-663 de 2003, T-805 de 2004, T-815 de 2004, T-098 de 2005] 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 está cobijada por el derecho a la actualización de las mesadas pensionales. // Se tiene, entonces, que la jurisprudencia constitucional ha derivado de distintos preceptos constitucionales un derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de su mesada pensional dentro de cuyo ámbito de conductas protegidas se encuentra el derecho a la indexación de la primera mesada pensional. (...) De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, puede concluirse que esta Corporación ha considerado la indexación en tanto que un mecanismo idóneo -aunque no el único- para garantizar la actualización de la primera mesada pensional, o mejor, del salario base para liquidación de esta prestación económica cuando ha mediado un tiempo sustancial entre el momento en que la persona trabajadora se retira o es retirada de una empresa y el instante de reconocimiento de su pensión. Como se ha dicho, esta pretensión tiene sustento en el derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de la pensión y ha sido protegido tanto en sede de constitucionalidad como en sede de tutela en numerosas oportunidades”.

25 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Allí se explicó: “La jurisprudencia constitucional ha reconocido la existencia de un derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de su mesada pensional. Este derecho ha sido derivado de una interpretación sistemática de distintos enunciados normativos y constitucionales.” Se reitera la C-862/06, y se resalta: “En virtud de la declaratoria de exequibilidad de la mencionada norma laboral, quedó suficientemente ilustrado que los pensionados tienen el derecho a mantener el poder adquisitivo de su mesada pensional, y que ese derecho incorpora a su vez el de la indexación del valor de la primera mesada pensional”. Al determinar si el asunto tiene relevancia constitucional, para efectos de determinar la procedencia de la tutela, la Corte explica: “resulta completamente claro que los derechos de indexación de la primera mesada pensional y actualización del poder adquisitivo de sus mesadas, propuestos por la accionante, y que se relacionan con otros derechos de carácter fundamental como el de

igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho de petición, el derecho al trabajo, a la seguridad social y a la favorabilidad en materia laboral, tienen una alta relación con la Constitución. En el caso concreto, la indexación de la primera mesada pensional y el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, se encuentran garantizados en el artículo 53 de la Constitución.”

26 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. En esta sentencia la Corte reiteró su jurisprudencia sobre la indexación de la primera mesada pensional en los siguientes términos: “En conclusión, para esta Corporación, la indexación de la primera mesada pensional está relacionada, de manera estrecha, con la garantía del derecho al mínimo vital de las personas de la tercera edad, por cuanto permite a los pensionados acceder al conjunto de prestaciones constitutivas de este derecho, razón por la cual se han establecido presunciones tales como que el no pago de la mesada pensional vulnera, por entero, el derecho al mínimo vital. // De esa manera, la actualización periódica de esta prestación se convierte en una garantía del derecho al mínimo vital y al mismo tiempo en una medida concreta a favor de los pensionados que, por regla general, pertenecen a la población adulta mayor o de la tercera edad y, por lo tanto, son sujetos de especial protección constitucional. (...)”

27 M.P. Juan Carlos Henao Pérez. En este pronunciamiento la Corte reiteró su jurisprudencia sobre la indexación de las mesadas pensionales, y específicamente la C-862/06, y afirmó: “La Constitución Política en su artículo 53 dispone que ‘el Estado garantizará el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones’, situación que se refiere no sólo a la prestación económica a la que se hace alusión, sino que además compromete la garantía y respeto de otros derechos como la igualdad, el trabajo, la seguridad social y la favorabilidad en materia laboral. // Pero el anterior lineamiento constitucional no limita su alcance a la actualización de las mesadas pensionales, sino que el mismo contempla la actualización del salario base para la liquidación de la primera mesada pensional, como una necesidad real y objetiva de todo pensionado de asegurar, que su única fuente de ingresos económicos, conserve su valor real, y que le garantice unas condiciones mínimas de vida digna. (...)”

28 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. La Corte expuso el carácter fundamental del derecho a la seguridad social, a la luz de la Constitución y las obligaciones internacionales del Estado colombiano. Concluyó: “En suma, el derecho a la seguridad [social] es un verdadero derecho

fundamental cuya efectividad y garantía se deriva de su carácter irrenunciable; su reconocimiento como tal en los convenios y tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano en la materia y de su prestación como servicio público en concordancia con el principio de universalidad.” Específicamente el derecho a la indexación como manifestación del derecho a la seguridad social: “En concordancia con las anteriores previsiones relativas al carácter fundamental del derecho a la seguridad social y con base en la lectura sistemática de la Constitución, esta Corporación ha reconocido la existencia de un derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de su pensión, derecho que a su vez comprende el derecho a la indexación del salario base para la liquidación de la primera mesada pensional”. Se reitera la jurisprudencia, en particular la C-826 y la SU-120, en cuanto al carácter universal y la no discriminación del derecho a la indexación.

29 M.P. Juan Carlos Henao Pérez. La Corte explicó: “La jurisprudencia constitucional ha entendido que la indexación es un mecanismo para garantizar la actualización del salario base para la liquidación de la primera mesada pensional, cuando ha mediado un tiempo sustancial entre el momento en que el trabajador se retira de su empresa y el reconocimiento de la pensión. // Dicha garantía tiene sustento en el derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de la pensión y reside fundamentalmente en los artículos 48 y 53 de la Carta. Ha sido protegida tanto en sede de constitucionalidad como en sede de tutela en numerosas oportunidades. Ver por ejemplo las sentencias C-862 de 2006, SU-120 de 2003, SU-975 de 2003, T-805 de 2004, T-098 de 2005, T-1096 de 2007, T-779 de 2008, T-390 de 2009 y T-483 de 2009, entre muchas otras. // De otra parte, la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido el derecho al mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones a partir de una lectura armónica del principio in dubio pro operario, la cláusula del estado Social de Derecho, la especial protección a las personas de la tercera edad, el derecho a la igualdad y al mínimo vital, entre otros y de una interpretación sistemática de los artículos 48 y 53 de la Carta Política que establecen, de un lado, la competencia del legislador para definir los medios con el fin de que los recursos a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante y, de otro, el deber del Estado de garantizar el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones legales”.

30 M.P. Álvaro Tafur Galvis; salvamentos de voto de los magistrados Clara Inés Vargas Hernández y Jaime Araújo Rentería.

31 Sentencia C-067 de 1999 M.P. María Victoria Sáchica Méndez.

32 Sentencia C-155/97, M.P. Fabio Morón Díaz.

33 Sentencia C-067 de 1999, en el mismo sentido C-529 de 1996 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

34 Sentencia C-387/94 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

35 C-546 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón y Alejandro Martínez Caballero.

37 Establecido lo anterior, en la misma sentencia SU-120/03 la Corte dispuso la siguiente “unificación de jurisprudencia en cuanto a la indexación de la primera mesada pensional, y los mandatos de la Constitución”: “1. El artículo 48 de la Constitución Política impone al legislador definir ‘los medios para que los recursos destinados a la seguridad social mantengan su valor adquisitivo constante’, y el artículo 53 del mismo ordenamiento dispone que el ‘Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales’. // Sobre este particular, los artículos 14, 36 y 117 de la Ley 100 de 1993, disponen mecanismos de actualización, tanto de las pensiones causadas, como de los recursos que atenderán las prestaciones futuras, mediante la aplicación del índice de precios al consumidor, según certificación expedida por el DANE. // Pero lo anterior no es todo, las entidades financieras obligadas –Bancafé y Caja Agraria- han debido proveer, desde el retiro de cada uno de los accionantes, año por año, el pago de la prestación a la que están obligados utilizando la tasa promedio de la inflación registrada por el Dane para los últimos diez años, como lo disponen el artículo 50 del Código de comercio, los artículos 112, 113 y 206 del Estatuto Tributario, el Decreto 2498 de 1988 y la Circular Externa 063 de 1990 emitida por al Superintendencia Bancaria. // De suerte que compete a la Sala accionada adecuar sus decisiones de manera que los señores Pachón Guevara, Vivas de Maya y Romero Perico mantengan el valor adquisitivo de su pensión, atendiendo los dictados constitucionales y la voluntad abstracta de las leyes laborales y de seguridad social, con miras a que los nombrados puedan disfrutar de la mesada pensional que efectivamente les corresponde, poniendo de esta manera en vigencia un orden político, económico y social justo, en el reconocimiento de los derechos ciertos de los tutelantes pensionados –Preámbulo, artículos 2 y 230 C.P.’.”

38 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

39 Consultar, entre otras, la sentencia SU-995 de 1999.

40 Criterio reiterado, entre otras, en las Sentencias T-896 de 2008, T-908 y T-130 de 2009.

41 M.P. Clara Inés Vargas Hernández. En este caso la Corte examinó la situación de un adulto mayor que se había pensionado de la Caja Agraria en 1988 con una pensión equivalente a un salario mínimo legal, aunque al momento de retiro devengaba 8.8 salarios mínimos, porque no fue actualizado el monto para calcular la mesada pensional. Promovió un proceso laboral ordinario para obtener la indexación; en primera instancia el juez concedió sus pretensiones, pero en segunda instancia se revocó el fallo. Se recurrió a la Corte Suprema de Justicia pero esta no casó la providencia del tribunal de segunda instancia. El actor consideraba que la Corte Suprema había violado sus derechos, y que su caso era igual a los de los peticionarios en la sentencia SU-120/03. La Caja Agraria argumentaba, entre otras, que no se podía indexar la mesada porque la pensión había surgido de la Convención Colectiva de Trabajadores. La Corte rechazó esta diferenciación, y otorgó la tutela. Confirmó el fallo de tutela de primera instancia que dejó sin efectos las providencias de segunda instancia y casación en el proceso ordinario laboral, y reconoció como fallo definitivo el de primera instancia laboral que ordenó la indexación.

42 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

43 Corte Constitucional. Sentencia T-696 de 2007.

44 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

45 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

46 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

47 M.P. Clara Inés Vargas Hernández. En este caso el peticionario fue beneficiario de un fallo judicial en 1980 en el que se condenó a la empresa Pfaff a pagarle una pensión sanción cuando cumpliera 50 años; los cumplió en 1997. Para calcular su pensión, se tomó su último salario de 1977, que equivalía a 10 veces el mínimo legal, sin actualizar; resultó en \$10.000 mensuales, y por eso se ajustó la cuantía a un salario mínimo legal al momento de la

jubilación. Para el peticionario, este cálculo de la pensión por el liquidador de Pfaff sin indexar la primera mesada pensional vulnera sus derechos a la igualdad, debido proceso, seguridad social y reajuste vital y móvil de la pensión. La Corte reiteró en su integridad la SU-120/03, para resolver el problema jurídico sobre si el actor tiene derecho a que se indexe el valor de su mesada pensional, actualizándolo en términos reales para garantizar el poder adquisitivo de su mesada. Con fundamento en esta reiteración de jurisprudencia, la Corte explica: “En efecto, el derecho a recibir la pensión que le fue reconocido al peticionario por un juez de la República en el año de 1980, debe ser interpretado en armonía con lo previsto en los artículos 13, 48, 53 y 230 de la Constitución, en concreto a la luz de los principios pro operario y de favorabilidad y en aras de proteger al trabajador como la parte más débil de la relación laboral. // Adicionalmente, la corte considera que es contrario a los criterios de equidad y justicia pagar al demandante una mesada pensional tomando como base el salario que devengaba hace más de veinticinco años y sin ningún tipo de actualización que permita proteger el poder adquisitivo del dinero ante los fenómenos inflacionarios derivados del paso del tiempo. En este sentido, no es válido el argumento según el cual la pensión se calculó con base en el salario mínimo vigente, puesto que ello no obedece a verdaderos parámetros de indexación sino al cumplimiento de un mandato que prohíbe el pago de pensiones inferiores a ese valor (...).” La Corte revocó el fallo de instancia que negó la tutela, y en su lugar concede la tutela de los derechos invocados: “...la Corte revocará ...la sentencia dictada por el Juzgado 39 Penal Municipal de Bogotá que negó el amparo solicitado. En su lugar concederá la tutela de los derechos invocados, para lo cual ordenará al liquidador de la Empresa Pfaff de Colombia S.A. y a la superintendencia de Sociedades que adelanten todas las gestiones necesarias para garantizar el pago indexado de las mesadas pensionales del señor José Andrés Ramírez Manrique, así como el cálculo y pago de la conmutación pensional ante el Instituto de Seguros Sociales.”

48 M.P. Jaime Araújo Rentería. El peticionario en este caso se había pensionado del Citibank en diciembre de 1980 con una pensión de 3 salarios mínimos, cuando al retirarse ganaba 20 veces el mínimo; solicitó el reajuste al Banco y éste se negó a hacerlo. Promovió proceso laboral para conseguir la indexación de la primera mesada pensional; el juez de primera instancia denegó invocando la nueva jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral; el juez de segunda instancia confirmó por las mismas razones; en sede de casación la CSJ no casó la sentencia, aplicando su jurisprudencia nueva de 1999. Para el actor esta providencia era una vía de hecho contraria a sus derechos fundamentales que desconoce la

SU-120/03. La corte reiteró en su integridad la SU-120/03, por existir identidad fáctica con los casos precedentes sobre indexación. La Corte confirmó el fallo que concedió la tutela, dejando sin efectos el fallo de la Corte Suprema y los fallos de instancia laborales, ordenando al liquidador de la empresa empleadora que adoptara en 48 horas las gestiones necesarias para garantizar el pago indexado de las mesadas pensionales, y que pagara la porción de la mesada pensional que dejó de percibir, correspondiente a las mesadas sobre las cuales no ha operado la prescripción. Además la Corte definió en detalle, con base en su interpretación del Código Sustantivo del Trabajo, la Ley 100 y demás normas, cuál es la base para la liquidación, y cuáles son los criterios con base en los cuales se debe indexar la primera mesada pensional (IPC); declaró probada la excepción de prescripción para algunas de las mesadas adeudadas, y definió cuáles son los montos que deberá pagar el liquidador; determinó el efecto de la interrupción judicial de la prescripción; y estableció la fórmula matemática que deberá aplicar el Citibank para calcular la actualización de las mesadas.

49 M.P. Clara Inés Vargas Hernández. En este caso el peticionario se había pensionado de la Caja Agraria en 1988 con una pensión equivalente a un salario mínimo legal, aunque al momento de retiro devengaba 8.8 salarios mínimos, porque no fue actualizado el monto para calcular la mesada. Promovió proceso laboral, en primera instancia el juez concedió sus pretensiones, pero en segunda instancia se revocó el fallo. Se recurrió a la Corte Suprema de Justicia pero esta no casó la providencia del tribunal de segunda instancia, con lo cual el actor consideraba que se habían violado sus derechos, ya que su caso era igual a los de la SU-120/03. La Corte reiteró las sentencias SU-120/03, T-663/03, T-1169/03 y T-805/04, concedió la tutela, y confirmó el fallo de tutela de primera instancia que dejó sin efectos las providencias de segunda instancia y casación en el proceso ordinario laboral, reconociendo como fallo definitivo el de primera instancia laboral que ordenó la indexación.

50 M.P. Jaime Córdoba Triviño. El actor se había pensionado de Bancafé en 1988, con pensión de tres salarios mínimos legales, cuando al retirarse ganaba 8.6 mínimos, porque el monto de la primera mesada no fue indexado. Promovió demanda ordinaria laboral contra Bancafé solicitando reajustar el valor inicial de la primera mesada. El fallo de primera instancia concedió la indexación; el fallo de segunda instancia revocó el de primera instancia, invocando la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre pensiones causadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100. La Corte Suprema - Sala Laboral no casó la sentencia de segunda instancia, invocando su jurisprudencia de 1999. En este caso concreto

la Corte consideró que el actor tenía derecho a la indexación del monto de su primera mesada pensional; declaró que las decisiones judiciales impugnadas violaban el principio de favorabilidad en materia laboral, y los derechos fundamentales a la igualdad, la vida digna y el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones. Por lo tanto concedió la tutela de los derechos fundamentales a la vida digna, igualdad, debido proceso, mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones y a una remuneración mínima vital y móvil; dada la postura de la Sala de Casación Laboral en el sentido de dejar en firme sus sentencias, la Corte recurrió a dejar en firme el fallo laboral de primera instancia que ordenó la indexación de la primera mesada pensional.

51 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. El actor se había pensionado de Ecopetrol en 1981, sin que se hubiese actualizado el último salario para calcular la mesada pensional. El monto que recibía al momento de interposición de la tutela era insuficiente para cubrir su mínimo vital, sus gastos de salud y la subsistencia de su cónyuge. Se presentaron varias solicitudes de indexación ante Ecopetrol, todas denegadas; alegaba la respuesta negativa de Ecopetrol desconocía sus derechos fundamentales. La Corte determinó que la negativa de Ecopetrol a realizar la indexación violaba los derechos fundamentales del peticionario, y le ordenó que realizara la actualización del salario base para la liquidación de la primera mesada entre la fecha en que dejó de trabajar, hasta la causación del derecho a la pensión. Adicionalmente, ordenó que le pagara los montos adeudados y actualizados respecto de los cuales no hubiese operado la prescripción.

52 Al respecto, en la sentencia T-696 de 1007, la Corte señaló: “Así, la línea jurisprudencial desarrollada por esta Corporación en diferentes pronunciamientos y consolidada a través de las sentencias SU-120 de 2003, C-826 de 2006 y C-891 A de 2006, ha precisado que la indexación de la primera mesada pensional se aplica a las pensiones reconocidas en cualquier tiempo y cualquiera que sea su naturaleza, de suerte que resulta indiferente si son de origen legal o convencional y si fueron reconocidas con base en normas que no contemplaban el referido mecanismo, como quiera que el carácter constitucional de este derecho impone la obligación a todos los operadores jurídicos de darle aplicación directa y, en tal sentido, proceder a indexar las mesadas pensionales con el fin de corregir las lesiones que el curso del tiempo y el efecto de la inflación puedan infligir a la capacidad adquisitiva de los pensionados’.

53 M.P. Mauricio González Cuervo. El actor se había pensionado de Colombia Cities Services Petroleum Corporation en 1988, con una mesada pensional calculada con base en un salario no indexado. Solicitó varias veces a la empresa que realizara la indexación y ésta se negó. Promovió proceso laboral ordinario; el juez de primera instancia concedió, pero el juez de segunda instancia revocó el fallo favorable. No se promovió casación. El petitionerario tenía 81 años y problemas de salud.

54 M.P. Juan Carlos Henao Pérez. En este caso la Corte examinó dos expedientes de tutela acumulados, en ambos casos de pensionados preconstitucionales a quienes se les negó por la Corte Suprema de Justicia el derecho a la indexación al haberse pensionado antes de la vigencia de la constitución de 1991. La Corte concedió la tutela en ambos casos y ordenó que se llevara a cabo la indexación de la primera mesada salarial.

55 Consultar entre otras, la sentencia C-168 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

56 Ver, entre otras, las sentencias T-663/03 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-045/07 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) y T-789/08 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

57 Ver, entre otras, las sentencias T-425 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo); T-611 de 2008; T-371 de 1996, T-476 de 2001, T-1083 de 2001 y T-634 de 2002.

58 Sentencia T-083 de 2004.

59 Por ejemplo, sobre la ineficacia de ciertos mecanismos ordinarios de defensa para la protección de derechos fundamentales, la Corte ha determinado que la acción electoral y la acción de nulidad y restablecimiento del derecho carecen de la eficacia necesaria para proveer un remedio pronto e integral en los casos en que no se ha proveído un cargo en la rama judicial al primero en la lista de elegibles. Al respecto, ver SU-961 de 1999.

60 En idéntico sentido, en la sentencia T-425/09 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) la Corte señaló que “también se ha expresado en la jurisprudencia que excepcionalmente es posible tramitar este tipo de pretensiones por la vía de la acción de tutela, bien sea porque se acredite la amenaza de un perjuicio irremediable, caso en el cual cabe el amparo transitorio, o porque se establece que la vía judicial ordinaria es inadecuada para la protección del derecho a la luz de las circunstancias del caso concreto”.

61 Sentencia T-083 de 2004.

62 Estos requisitos fueron primero formulados en la sentencia T-083 de 2004, y luego reiterados en distintas sentencias, más recientemente en las sentencias T- 696 de 2007, T-457 de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) y T-362 de 2010 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez).

63 Sentencias T-534 de 2001, T-1016 de 2001, T-620 de 2002, T-1022 de 2002, T-083 de 2004.

64 Sentencias T-634 de 2002, T-1022 de 2002, T-083 de 2004

65 Sentencias T-634 de 2002, T-1022 de 2002, T-083 de 2004

66 Sentencias T-620 de 2002, T-634 de 2002, T-1022 de 2002, T-083 de 2004

67 Un ejemplo claro de la aplicación de esta óptica casuística para la determinación de la efectividad de los mecanismos ordinarios de defensa es la sentencia T-1169 de 2003 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández). En este caso el peticionario fue beneficiario de un fallo judicial en 1980 en el que se condenó a la empresa Pfaff a pagarle una pensión sanción cuando cumpliera 50 años; los cumplió en 1997. Para calcular su pensión, se tomó su último salario de 1977, que equivalía a 10 veces el mínimo legal, sin actualizar; resultó en \$10.000 mensuales, y por eso se ajustó la cuantía a un salario mínimo legal al momento de la jubilación. Para el peticionario, este cálculo de la pensión por el liquidador de Pfaff sin indexar la primera mesada pensional vulneraba sus derechos a la igualdad, debido proceso, seguridad social y reajuste vital y móvil de la pensión. Como Pfaff estaba en liquidación obligatoria, el actor recurrió a la tutela para evitar un perjuicio irremediable, ya que ni el liquidador ni la Superintendencia de Sociedades habían atendido sus solicitudes expresas, y no podía tramitar un proceso ejecutivo por mandato de la Ley 222/95. La Corte citó su jurisprudencia sobre procedencia de la tutela, y procedió a determinar si el peticionario tenía otros medios de defensa judicial, y si éstos eran idóneos para obtener el pago indexado de sus mesadas pensionales. La Corte concluyó que no lo eran, por lo cual era procedente la tutela. Para determinar la procedencia, la Corte examinó las tres alternativas planteadas para el actor para obtener la indexación por fuera de la tutela: (i) El proceso liquidatorio, en tanto procedimiento judicial, había sido ineficaz porque aunque el peticionario se había

presentado oportunamente y había solicitado la indexación ante el liquidador y la Superintendencia, sus peticiones habían sido negadas porque ambos habían asumido la postura de que la sentencia que ordenó la pensión sanción no ordenaba la indexación por lo tanto esta no era obligatoria. A diferencia de otros casos (T-882/03) en los que la Corte consideró improcedente la tutela porque el trámite liquidatorio ofrecía garantías para el pago de lo adeudado, en este caso el procedimiento se consideró ineficaz para obtener la indexación, “no por la pasividad del actor sino porque a juicio de los demandados no existe un derecho al pago indexado de la pensión que se encuentre debidamente reconocido. Si fue precisamente la conducta asumida en el proceso liquidatorio la que motivó la presente tutela, sería contradictorio afirmar que es allí donde se debe surtir el debate, cuando esa discusión ya fue planteada sin conciliar las discrepancias surgidas”. (ii) No era jurídicamente posible promover un proceso ejecutivo dado que había un trámite de liquidación en curso. (iii) Un proceso ordinario laboral no resultaba materialmente eficaz: “Finalmente, podría alegarse que el peticionario debe promover un proceso ordinario laboral para que se defina definitivamente si le asiste o no el derecho a obtener el pago que reclama. Sin embargo, aún cuando es cierto que tal sería, en principio, el escenario apropiado para debatir la cuestión, también lo es que atendiendo las particularidades del caso objeto de revisión, dicho mecanismo no se proyecta como materialmente idóneo al menos por dos razones: En primer lugar, porque (...) el proceso se encontraba en un noventa por ciento de terminación (...). Y en segundo lugar, porque la prolongación del trámite liquidatorio hasta tanto la jurisdicción ordinaria dirima la controversia podría significar sobrecostos en el valor de los honorarios del liquidador de la entidad, u otro tipo de gastos ocasionales que reducirían en alto grado los recursos de la entidad. // Así las cosas, de someter al señor Ramírez a la duración de un proceso ordinario laboral sería altamente probable que para el momento de la decisión, y en el evento en que ella fuere favorable a sus pretensiones, la entidad careciera de los recursos suficientes para asegurar el pago de sus acreencias, cuando precisamente entró en liquidación ante la insuficiencia de fondos para cubrir todas sus obligaciones patrimoniales. // En este caso el factor temporal adquiere especial relevancia (...)”. La Corte concluyó que por las anteriores razones la tutela era el medio idóneo y principal de defensa: “En conclusión, demostrada como está la inexistencia –proceso ejecutivo- e ineficacia material –proceso liquidatorio y proceso ordinario laboral- de los otros mecanismos judiciales de defensa judicial, la Corte considera que la acción de tutela se erige como el medio idóneo y principal para garantizar la protección de los derechos invocados”.

69 Así, en la sentencia T-130/09 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), la Corte examinó el caso de un ciudadano que se había pensionado de la Caja Agraria en 1999, sin que se hubiera actualizado su salario para calcular la mesada pensional. Solicitó a la Caja Agraria la corrección sin éxito; promovió proceso laboral ordinario; en primera instancia el juez absolvió a la Caja Agraria, y en segunda instancia se confirmó el fallo de primera instancia. No se interpuso casación teniendo en cuenta la postura reiterada de la Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral, en el sentido de denegar la indexación de primera mesada pensional. Ante la jurisprudencia constitucional reciente interpuso un nuevo proceso ordinario laboral, en el que se declaró que había cosa juzgada en ambas instancias. La Corte Constitucional convalidó que no era necesario en este caso agotar la casación dada la postura reiterada de la Corte Suprema al respecto: “Respecto de la segunda exigencia atinente al agotamiento de todos los mecanismos judiciales de defensa requeridos para obtener el reconocimiento de su derecho pensional, conviene precisar que en el presente caso, a partir de la lectura del expediente, se evidencia que el actor agotó todos los medios judiciales ordinarios que se encontraban a su alcance por cuanto en vista de la jurisprudencia sentada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en el sentido de negar de manera constante la indexación de la primera mesada pensional en pensiones convencionales, acudir al recurso ordinario de casación devenía infructuoso, así que para evitar ese inconveniente y con ello superar el obstáculo que impedía su acceso a la administración de justicia, el actor resolvió acudir a la acción de tutela.” En este mismo sentido, en el análisis del caso concreto se consideró que las decisiones de la justicia laboral constituyeron vías de hecho por defecto material o sustantivo al haberse basado en una perspectiva incompatible con la Constitución, así fuera derivada de la jurisprudencia de la Corte Suprema: “(...) la justicia laboral (...) [r]esolvió el caso puesto bajo su consideración sustentándose en una perspectiva por entero incompatible con los preceptos constitucionales e incurrió, por consiguiente, en un defecto material o sustantivo. Dicho de otra manera, la sentencia emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que confirmó en todos sus extremos la decisión emitida por el a quo, dio aplicación a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral que desconocía para ese momento el derecho constitucional del actor a la indexación de la primera mesada pensional o mejor su derecho a la indexación del salario base para la liquidación de la primera mesada pensional. En tal sentido, la justicia ordinaria desconoció los derechos constitucionales fundamentales del ciudadano Rivas Téllez a la igualdad, a la seguridad social, a la favorabilidad en materia laboral, al mínimo vital y móvil en armonía con

el derecho a acceder a la administración de justicia consignados, respectivamente, en los artículos 13, 25, 29, 48, 53 y 229 de la Constitución Nacional.” En el mismo sentido, ver la sentencia T-447 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez), en la cual se examinó el caso de un ciudadano que se había pensionado de ALCO Ltda. en 1997 con una mesada pensional calculada sin indexación del último salario; promovió proceso laboral ordinario solicitando indexación de la primera mesada pensional, pero el juez de primera instancia denegó las pretensiones invocando la jurisprudencia nueva de la Corte Suprema; el juez de segunda instancia confirmó el fallo recurrido. El peticionario interpuso la tutela considerando que las decisiones judiciales eran vías de hecho al desconocer el precedente constitucional de la C-862/06. La Corte no consideró necesario haber agotado la casación en este caso, por la postura desfavorable de la Corte Suprema al respecto: “Ahora bien, en lo relativo al agotamiento de todos los medios ordinarios de defensa judicial, es pertinente recordar que en el presente caso, el señor Vázquez Arrieta agotó las dos instancias ordinarias dentro de un proceso ordinario laboral que siguió en contra de su antiguo empleador, etapas judiciales que no le fueron favorables. Si bien el actor pudo acudir al recurso extraordinario de casación, se encontraba relevado de tal obligación procesal por cuanto este mecanismo judicial no se apreciaba apropiado, en tanto la posición de la Corte Suprema de Justicia acerca de la indexación de la primera mesada pensional no había sido la más favorable para ese momento, al punto que fue una decisión de la misma Sala de Casación Laboral la que sirvió a los jueces de instancia para negar la reclamación ya referida.” En el caso concreto se consideró por la Corte Constitucional que los dos fallos objeto de la tutela incurrieron en vías de hecho por aplicar una jurisprudencia de la Corte Suprema que desconocía el precedente constitucional vigente en esa época.

70 Por ejemplo, la sentencia T-457 de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), en la cual la Corte estudió el caso de un ciudadano que se había pensionado de Ecopetrol en 1981, sin que se hubiese actualizado el último salario para calcular la mesada pensional. El monto que recibía era insuficiente para cubrir su mínimo vital, sus gastos de salud y la subsistencia de su cónyuge. Se presentaron varias solicitudes de indexación ante Ecopetrol, todas denegadas. El actor consideraba que la respuesta negativa de Ecopetrol desconocía sus derechos fundamentales. En este caso la Corte aplicó una excepción al deber de agotamiento de los recursos ordinarios de defensa judicial, por la avanzada edad del actor que podía llevar a un resultado inocuo del proceso judicial: “En tercer lugar, con relación al requisito relacionado con el agotamiento de los medios ordinarios de defensa judicial, la Sala

considera que de conformidad con los antecedentes y pruebas que fundamentan el presente caso, los mecanismos con los cuales cuenta Jesús María Díaz para exigir la indexación de su mesada pensional no son idóneos y eficaces para garantizar la protección de sus derechos fundamentales. // En efecto, está demostrado que Jesús María Díaz Rueda y su cónyuge son sujetos de especial protección constitucional, pues tienen 77 y 73 años de edad, respectivamente. En este sentido, también se encuentra acreditado [que el peticionario y su cónyuge tienen problemas de salud]. Dado lo anterior, en consideración de la prolongada duración de los procesos judiciales previstos para obtener el amparo de la pretensión en comento, la edad y los padecimientos de salud de Jesús María Díaz y de su cónyuge, esta Sala considera que es probable que para cuando se adopte un fallo definitivo en la jurisdicción ordinaria, el beneficio reclamado ya sea inocuo o innecesario. Bajo estas circunstancias, resulta razonable concluir que someter al accionante a un proceso ordinario para solicitar la indexación del salario base para la liquidación de la primera mesada pensional, resulta desproporcionado y contrario a los artículos 13 y 46 de la Constitución Política. // En este punto, se debe recordar que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la procedencia excepcional de la acción de tutela en los casos de reconocimiento y pago de derechos pensionales, adquiere cierto grado de justificación cuando sus titulares son personas de la tercera edad, ya que se trata de sujetos que requieren un tratamiento especial, diferencial y más proteccionista.” La Corte consideró procedente la acción de tutela por no ser efectivos los medios de defensa judicial ordinarios. En la misma línea, en la sentencia T-906 de 2009 (M.P. Mauricio González Cuervo), la Corte examinó el caso de un ciudadano que se había pensionado de la empresa Colombia Cities Services Petroleum Corporation en 1988, con una mesada pensional calculada con base en un salario no indexado. El actor solicitó varias veces a la empresa que realizara la indexación y ésta se negó. Promovió proceso laboral ordinario; el juez de primera instancia concedió sus pretensiones, pero juez de segunda instancia revocó el fallo. No se promovió recurso de casación. El peticionario tenía 81 años y problemas de salud. Para la Corte, el actor no tenía que agotar el recurso de casación por su estado de salud y condiciones particulares: “en cuanto a lo manifestado por el apoderado del demandante en su escrito de tutela, relativo a la no presentación del recurso extraordinario de casación con miras a obtener la actualización de la mesada pensional, la Sala considera que puede considerarse en este caso, una omisión justificada teniendo en cuenta la especial situación en que se encuentra el accionante, toda vez que se trata de una persona de 81 años, que se encuentra en

circunstancias de debilidad manifiesta, viviendo en un hogar geriátrico del sur de la ciudad, con enfermedad cardiovascular, diabetes mellitus tipo II, hipertensión arterial, y quien tuvo que ingresar en marzo de 2009 a una clínica de la ciudad, por una falla renal aguda que requirió de una hemodiálisis, teniendo que acudir a la ayuda económica de su hija para pagar los gastos médicos, ya que con su exigua pensión no lo puede hacer. // De lo anterior se concluye, que sería desproporcionado adjudicarle al actor la carga de acudir a otro mecanismo de defensa judicial, cuando ya ha agotado los ordinarios y se encuentran comprometidos sus derechos al mínimo vital y la vida digna, al no reconocerle el mantenimiento del poder adquisitivo de la mesada pensional”.

71 En la sentencia T-425/09 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), la Corte reiteró la sentencia T-014/08 en cuanto a que la tutela es procedente sin que se agoten medios judiciales ordinarios cuando hay afectación del mínimo vital en materia pensional: “en Sentencia T-014 de 2008, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, con ocasión de una acción de tutela en la que se solicitaba la indexación de la primera mesada pensional, la cual había sido negada anteriormente por vía del procedimiento ordinario, dispuso que ante la verificación del cumplimiento de los requisitos de procedibilidad de la acción e tutela contra providencias judiciales, especialmente en cuanto hace a las condiciones materiales de quien invoca el amparo constitucional, debía eximirse al actor de demostrar el agotamiento de los medios ordinarios y extraordinarios de defensa que tenía a su alcance, como quiera el solo hecho de que no se le hubiere reconocido el derecho al mantenimiento del poder adquisitivo de su mesada pensional, presumía, en el caso concreto, la afectación de su mínimo vital”. En la misma línea, en la sentencia T-366 de 2009 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), se revisó la tutela interpuesta por la viuda y beneficiaria de pensión de sobrevivientes de un pensionado de la Caja Agraria en 1996, a quien no se le indexó el salario para calcular la mesada pensional y por lo mismo resultó ser muy inferior al valor real del salario al momento de terminar la relación laboral. Por el rechazo de la solicitud de indexación presentada directamente ante la Caja Agraria se promovió proceso laboral ordinario. El juzgado de primera instancia absolvió a la Caja Agraria; juzgado de segunda instancia confirmó el fallo apelado. No se interpuso recurso de casación por la posición desfavorable y reiterada de la Corte Suprema de Justicia sobre la indexación de la primera mesada pensional. Ante la sentencia T-328/04 interpuso una nueva demanda laboral ordinaria que fue negada por cosa juzgada en ambas instancias. La accionante consideró que en otros casos menos evidentes que el suyo la CSJ por su cambio de jurisprudencia sí ha

reconocido la indexación. La Corte afirmó que no es necesario agotar los mecanismos judiciales ordinarios si existe afectación del mínimo vital del pensionado: “Ha sostenido esta Corporación que si el accionante de tutela demuestra que con las providencias judiciales se afecta su derecho al mínimo vital, situación que puede devenir en un perjuicio irremediable, el actor quedará relevado de agotar todas las instancias judiciales. En el presente caso por el sólo hecho de no reconocer el reajuste del poder adquisitivo al valor de la primera mesada pensional de la actora, se presume que puede afectarse su derecho al mínimo vital y la seguridad social, razón por la cual, la actora queda relevada de demostrar el agotamiento de todas las instancias judiciales a su alcance. // Por lo anterior, se debe tener en cuenta que el derecho a la seguridad social tiene estrecha relación con el mínimo vital de cada individuo, el cual está determinado por las condiciones de vida congrua, entendido como ‘(...) los requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de al persona y de su familia, no solamente en lo relativo a la administración y vestuario sino en lo referente a la salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, en cuanto factores insustituibles para la preservación de una calidad de vida que, no obstante su modestia, corresponda a las exigencias más elementales del ser humano’ (T-011 de 1998). De igual manera, esta Corporación en la Sentencia T-237 de 2001 señaló lo siguiente: ‘...el concepto de mínimo vital ha de mirarse desde una óptica muy particular, pues para determinar si efectivamente se encuentra vulnerado han de tenerse en cuenta otros factores propios del caso concreto, sin que por ello, el concepto en sí, pueda ser restringido en su aplicación a ciertos y determinados grupos sociales. Evidentemente, cuando un particular considera en peligro su mínimo vital, pretenderá justificar su violación en la ausencia de aquellos medios materiales que se constituían como los garantes de una vida en condiciones dignas y justas, y que le están siendo negados, ya sea por un particular o por un ente público, que con su conducta omisiva, desconocen el derecho que tiene la persona a reclamarlos’. Adicionalmente, en la sentencia SU-995 de 1999, la Corte indicó que ‘la idea de un mínimo de condiciones decorosas, de vida (v.gr. vestido, alimentación, educación, salud, recreación), no va ligada sólo con una valoración numérica de las necesidades biológicas mínimas por satisfacer para subsistir, sino con la apreciación material del valor de su trabajo, de las circunstancias propias de cada individuo, y del respeto por sus particulares condiciones de vida’.” La Corte concedió la tutela, dejó sin efectos los fallos laborales ordinarios, y ordenó directamente a la Caja Agraria que en 10 días indexara la primera mesada pensional, así como que garantizara su derecho constitucional a mantener el poder adquisitivo de las

mesadas pensionadas causadas.

72 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

73 M.P. Jaime Córdoba Triviño

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

75 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

76 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

77 Ver en el mismo sentido la sentencia T-457 de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva). En aplicación de esta postura, en la sentencia T-789/08 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) se estudió el caso de un ciudadano que se había pensionado del Banco Popular en 1993 con una mesada que no fue calculada con base en un valor indexado de su salario, pues ganaba 19.12 mínimos legales y la mesada que recibió era de 5.7 salarios mínimos. Promovió demanda laboral contra el Banco Popular; pero el juzgado de primera instancia no otorgó sus pretensiones; el tribunal de segunda instancia revocó el fallo y ordenó indexar la mesada de acuerdo con una fórmula que el actor consideraba justa y legal. La Corte Suprema de Justicia modificó el fallo en el sentido de aplicar una fórmula distinta que dio como resultado un monto de pensión menor. Se atacaba el fallo de la Corte Suprema mediante la acción de tutela. La Corte reiteró su jurisprudencia previa sobre inmediatez en estos casos. En este caso concreto el juez de primera instancia alegó falta de inmediatez por el transcurso de 1 año entre la sentencia atacada y la tutela; afirmó la Corte: “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”. Se confirmó la decisión de primera instancia que concedió la tutela, ordenando al Banco Popular efectuar la liquidación conforme a la fórmula

de la jurisprudencia constitucional.

78 Ver, en este sentido, las sentencias T-805/04 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-815 de 2004 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes), T-366 de 2009 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), T-425 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) y T-447 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez).

79 En la sentencia T-098 de 2005 (M.P. Jaime Araújo Rentería), la Corte estudió el caso de un ciudadano que se había pensionado del Citibank en diciembre de 1980 con una pensión de 3 salarios mínimos, cuando al retirarse ganaba 20 veces el mínimo; solicitó el reajuste al Banco y éste se negó a hacerlo. Promovió proceso laboral para conseguir la indexación de la primera mesada pensional; el juez de primera instancia denegó invocando la nueva jurisprudencia de la Corte Suprema - Sala Laboral; el juez de segunda instancia confirmó por las mismas razones; en sede de casación la Corte Suprema no casó la sentencia, aplicando su jurisprudencia nueva de 1999. Para el actor esta providencia es una vía de hecho contraria a sus derechos fundamentales que desconoce la SU-120/03; promovió la acción de tutela contra la decisión de la Corte Suprema, y hubo citación oficiosa del Citibank. La Corte reiteró en su integridad la sentencia SU-120/03, por existir identidad fáctica con los casos precedentes sobre indexación. Confirmó el fallo que concedió la tutela, pero cambia el remedio ordenado, en el sentido de dejar sin efectos el fallo de la Corte Suprema y los fallos de instancia laborales, y ordenar a la empresa empleadora que adoptara en 48 horas las gestiones necesarias para garantizar el pago indexado de las mesadas pensionales, y que pagara la porción de la mesada pensional que dejó de percibir, correspondiente a las mesadas sobre las cuales no ha operado la prescripción. Además la Corte definió en detalle, con base en su interpretación del Código Sustantivo del Trabajo, la Ley 100 y demás normas, cuál es la base para la liquidación, y cuáles son los criterios con base en los cuales se debe indexar la primera mesada pensional (IPC); declara probada la excepción de prescripción para algunas de las mesadas adeudadas, y definió cuáles son los montos que debería pagar el liquidador; determinó el efecto de la interrupción judicial de la prescripción; y estableció la fórmula matemática que debería aplicar el Citibank para calcular la actualización de las mesadas. De igual forma, en la sentencia T-366 de 2009 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) la Corte resolvió sobre la acción de tutela interpuesta por la viuda y beneficiaria de pensión de sobrevivientes de un ciudadano pensionado de la Caja Agraria en 1996, a quien no se le indexó el salario para calcular la mesada pensional y por lo mismo resultó ser muy inferior al

valor real del salario al momento de terminar la relación laboral. Por el rechazo de la solicitud de indexación presentada directamente ante la Caja Agraria se promovió proceso laboral ordinario. El juzgado de primera instancia absolvió a la Caja Agraria; juzgado de segunda instancia confirmó el fallo apelado. No se interpuso recurso de casación por la posición desfavorable y reiterada de la Corte Suprema sobre la indexación de la primera mesada pensional. Ante la sentencia T-328/04 interpuso una nueva demanda laboral ordinaria que fue negada por cosa juzgada en ambas instancias. La accionante consideraba que en otros casos menos evidentes que el suyo la Corte Suprema, por su cambio de jurisprudencia, sí había reconocido la indexación. La Corte Constitucional concedió la tutela, dejó sin efectos los fallos laborales ordinarios, y ordenó directamente a la Caja Agraria que en 10 días indexara la primera mesada pensional, así como que garantizara el derecho constitucional de la peticionaria a mantener el poder adquisitivo de las mesadas pensionadas causadas, según la fórmula de la T-098/05. En el mismo sentido, ver la sentencia T-906 de 2009 (M.P. Mauricio González Cuervo).

80 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

81 Ver, entre otras, las sentencias T-141 de 2009, T-908 de 2008, T-014 de 2008 y T-696 de 2007.

82 Así, en la sentencia T-805 de 2004 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) la Corte examinó el caso de un ciudadano que se había pensionado del Banco Andino de Colombia -en liquidación- en 1997, con una mesada de un salario mínimo cuando al retirarse ganaba 13 salarios mínimos, porque se calculó la mesada con el valor sin actualizar. El actor demandó al Banco Andino para obtener el reajuste de su primera mesada pensional; el juez de segunda instancia se niega a ordenar la indexación, y la Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral decidió no casar la sentencia. El actor afirmaba que en distintas sentencias la Corte Suprema había ordenado la indexación de la primera mesada de pensionados de la Caja Agraria en similares condiciones a la suya; dirigió la tutela contra el fallo de la Corte Suprema que no casó la sentencia de segunda instancia. La Corte Constitucional deja sin efectos las decisiones judiciales del Tribunal y de la Corte Suprema que negaron la indexación en el proceso ordinario promovido por el demandante contra el Banco Andino; y le ordenó al liquidador del Banco que adelantara las gestiones necesarias para garantizar el pago indexado de las mesadas pensionales al peticionario. El texto de la orden impartida por la

Corte fue el siguiente: “Segundo.- ORDENAR al liquidador del Banco Andino de Colombia (hoy en liquidación) que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, adelante todas las gestiones necesarias para garantizar el pago indexado de las mesadas pensionales del señor Rafael Antonio Niño Terreros”. En la sentencia T-815 de 2004 se adoptó una decisión en idéntico sentido para un caso similar, también contra el Banco Andino. En el mismo sentido, en la sentencia T-789/08 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) la Corte se pronunció sobre el caso de un ciudadano que se había pensionado del Banco Popular en 1993 con una mesada que no fue calculada con base en un valor indexado de su salario, pues ganaba 19.12 mínimos legales y la mesada que recibió era de 5.7 salarios mínimos. Promovió demanda laboral contra el Banco Popular; el juzgado de primera instancia no otorgó sus pretensiones; el tribunal de segunda instancia revocó el fallo y ordenó indexar de acuerdo con una fórmula que el actor consideraba justa y legal. La Corte Suprema modificó el fallo en el sentido de aplicar una fórmula distinta que dio como resultado un monto de pensión menor; el actor atacaba el fallo de la CSJ mediante la acción de tutela. La Corte Constitucional confirmó la decisión de primera instancia que concedió la tutela, ordenando al Banco Popular efectuar la liquidación conforme a la fórmula de la jurisprudencia constitucional. En idéntico sentido ver la sentencia T-425 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

83 En la sentencia T-457 de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), la Corte se pronunció sobre el caso de un ciudadano que se había pensionado de Ecopetrol en 1981, sin que se hubiese actualizado el último salario para calcular la mesada pensional. La acción de tutela se dirigió directamente contra Ecopetrol, y la Corte aclaró expresamente que la tutela es procedente así se dirija contra decisiones judiciales o contra las entidades que reconocen la pensión directamente. La Corte concedió la tutela de los derechos fundamentales a la seguridad social, igualdad, debido proceso y mínimo vital, e impartió la siguiente orden a Ecopetrol: “Segundo.- ORDENAR a ECOPETROL S.A. que dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta sentencia, reconozca y actualice el salario base para la liquidación de la primera mesada pensional de Jesús María Díaz rueda, desde el día 30 de septiembre de 1976, fecha en la que dejó de trabajar en esa empresa, hasta el 16 de octubre de 1981, día en que se causó el derecho a la pensión, de acuerdo con el Índice de precios al Consumidor. // Adicionalmente, dentro del mismo término, ECOPETROL S.A. deberá pagarle los montos adeudados y actualizados respecto de los cuales no haya operado la prescripción”. En el mismo sentido, ver la sentencia T-362 de 2010 (M.P. Juan Carlos Henao

Pérez).

84 Ver las sentencias T-362 de 2010 y T-901 de 2010.

85 M.P. Jaime Araújo Rentería.

86 Ver, entre otras, las sentencias T-425 de 2007 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-815 de 2007 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-1055 de 2007 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-789 de 2008 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) y T-425 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

87 Sentencia T-425 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).