Sentencia T-836/07

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

INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL-La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha elaborado doctrina

INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL-Reiteración jurisprudencial

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA E INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA-Improcedencia cuando existe otro medio de defensa judicial

INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL-Improcedencia de tutela por cuanto no se hizo uso del recurso extraordinario de casación

Referencia: expediente T-1633322

Acción de tutela instaurada por José Gentil Ospina, mediante apoderado judicial, contra la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá D.C., con citación oficiosa de Bavaria S.A. y el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Bogotá, D.C., once (11) de octubre de dos mil siete (2007)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO y JAIME ARAÚJO RENTERÍA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del trámite de revisión de los fallos de 27 de febrero de 2007 y de 4 de mayo del mismo año, emitidos por la Sala Laboral y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, respectivamente, en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

Hechos

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

1. El señor José Gentil Ospina, quien en la actualidad tiene 76 años, laboró para Bavaria S.A. en el lapso comprendido entre el 24 de enero de 1949 y el 15 de febrero de 1968.

1. Al momento de la desvinculación de dicha empresa, el señor José Gentil Ospina se desempeñaba en el cargo de contador de la cervecería de Girardot, con una asignación mensual de cuatro mil seiscientos ochenta y cinco pesos ($4.685) lo que equivalía a 11.5 salarios mínimos legales mensuales.

1. En el momento de su retiro como empleado de Bavaria S.A., el accionante tenía 37 años de edad. Desde ese instante, hasta la fecha en que cumplió los 60 años, el señor Ospina no volvió a cotizar a ninguna Caja o Fondo de Pensión.

1. El día 22 de febrero de 1996, Bavaria S.A. le reconoció al señor Ospina pensión de vejez en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, aduciendo la empresa que al momento del retiro en el año 1968, el señor Ospina devengaba cuatro mil seiscientos ochenta y cinco pesos ($4.685) y que, tomando dicha suma 28 años después, y teniendo en cuenta que no puede haber pensiones inferiores a un salario mínimo legal mensual vigente, le correspondía dicho monto.

1. Según el actor, Bavaria S.A. no tuvo en cuenta su calidad de ejecutivo de la empresa y que, para el momento de la desvinculación su salario era equivalente a 11.5 salarios mínimos

legales mensuales. Con esto, manifiesta el demandante, se le está desconociendo su derecho constitucional a mantener el poder adquisitivo de su mesada pensional, pues en relación con su pensión no se le han aplicado los incrementos anuales, según el Índice de Precios al Consumidor certificados por el DANE.

1. En razón de la anterior, el señor Ospina inició la respectiva demanda laboral contra Bavaria S.A., correspondiéndole el reparto al Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha acción, el actor solicitó la indexación de la primera mesada pensional desde el día en que se retiró de la empresa (1968), hasta la fecha en que éste cumplió la edad requerida para pensionarse (1990).

1. Mediante fallo de 2 de agosto de 2006, el a quo dentro del proceso laboral en comento negó las pretensiones actor aduciendo, según afirma el aquí demandante, "que la ley 100 de 1993 consagró la figura de la indexación, como una contraprestación a la devaluación de la moneda, desde el momento en que se causa el Derecho (sic) y se deja de reconocer oportunamente la pensión, esto es, que la ley (sic) 100 de 1993 no se puede aplicar en forma retroactiva". Como quiera que los hechos ocurrieron antes de la ley citada, entendió el juzgado laboral de conocimiento que el actor no tiene derecho a que su mesada pensional sea indexada.

1. Después de apelado el fallo descrito con inmediata anterioridad, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá confirmó en todo sentido la decisión.

1. Por lo anterior, considera el actor que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá vulneró sus derechos fundamentales a la igualdad, protección de las personas de la tercera edad y seguridad social, además de principios constitucionales como el de favorabilidad. Lo descrito, por cuanto no estimó la eminente discriminación que implica su decisión entre las personas cuyo estatus de pensionado se adquirió antes de la entrada en vigencia de la Ley

100 de 1993 y aquellas que lo adquirieron con posterioridad a ésta.

Solicitud de Tutela.

Por todo lo anterior, el accionante, mediante apoderado judicial, solicita la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, protección de las personas de la tercera edad y seguridad social, esto, mediante la revocatoria de las decisiones proferidas por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá y la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para que, en su lugar, se ordene a Bavaria S.A. la indexación de su primera mesada pensional desde el día en que se retiró de la empresa Bavaria S.A. (1968), hasta la fecha en que cumplió el requisito de la edad para adquirir su estatus de pensionado.

Intervención de la parte demandada.

Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá

Por medio de auto fechado 21 de febrero de 2007, el juzgado de instancia avocó el conocimiento de la presente acción y ordenó notificar aquel al Tribunal demandado, con el fin de que diera respuesta. Cumplido el término para pronunciarse al respecto, no hubo contestación.

Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá

Mediante Auto de 21 de febrero de 2007, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como juez de primera instancia, decidió vincular a la presente acción de tutela al Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá. Cumplido el término para pronunciarse al respecto, no hubo contestación.

Bavaria S.A.

Mediante el mismo auto citado anteriormente, el a quo vinculó al proceso de manera oficiosa a Bavaria S.A., la cual no se pronunció respecto de la presente acción, según consta en el oficio de 23 de febrero de 2006 de la Secretaria de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en donde se expresa lo siguiente: “Ejecutoriada como se encuentra la providencia anterior, pasa el expediente al Despacho del Señor Magistrado Ponente, informando que el término concedido … venció el 22 de los cursantes, sin que las partes se

pronunciaran".

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

Sentencia de primera instancia

El conocimiento de la presente acción correspondió, en primera instancia, a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la cual, mediante sentencia de 27 de febrero de 2007 denegó la presente acción.

El eje argumentativo expuesto por el a quo para sustentar su decisión fue el relativo a la tesis expuesta por esa Corporación respecto de la improcedencia de la acción de tutela contra providencia judiciales. Así, el juez de instancia entendió que, como lo que intenta el actor mediante la presente acción de amparo es dejar sin efectos una decisión judicial, la presente acción no es procedente.

Impugnación.

Con base en los mismos argumentos dados en el escrito de demanda, dentro del término legal, el accionante impugnó la decisión de primera instancia.

Sentencia de segunda instancia

Impugnada la decisión del juez de primera instancia, correspondió el conocimiento de la misma a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la cual, mediante fallo de 4 de mayo de 2007 confirmó la decisión del a quo.

Según el parecer del ad quem, si bien la acción de tutela en principio no es procedente contra providencia judiciales, el desarrollo de la jurisprudencia constitucional ha permitido aceptar la procedencia de dicha acción cuando se trate de actuaciones que carezcan de motivación o fundamento objetivo, es decir, que sean sólo el reflejo de la arbitrariedad y el capricho del funcionario judicial.

Así, en desarrollo de un análisis de fondo del caso concreto, encontró el juez de alzada que en el presente caso no se presentó ninguno de los defectos que estructuran la denominada vía de hecho, ya que las decisiones de los jueces ordinarios se fundaron en la normatividad

aplicable, contaron con una debida argumentación jurídica y, además, porque eran ellos los competentes para pronunciarse respecto del conflicto jurídico presentado. En este sentido entendió la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que "[n]o existe, entonces, motivo alguno que justifique la presentación de la solicitud de amparo, en consideración a que es dentro del proceso donde deben controvertirse todos y cada uno de los desacuerdos y propósitos, y no buscar la vía de la acción de tutela como una tercera instancia a la solución de las decisiones que no le han favorecido".

Revisión por la Corte Constitucional.

Remitido el expediente a esta Corporación, mediante auto del veintidós (22) de junio de dos mil siete (2007), la Sala de Selección dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

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

Problema jurídico y esquema de resolución.

En el presente caso la Sala deberá establecer si se violaron los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, a la igualdad y a otros que puedan hallarse en conexidad con éstos, -como la seguridad social, la remuneración mínima vital y móvil- del señor José Gentil Ospina, al haber dictado la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá sentencia de 6 de octubre de 2006, por medio de la cual confirmó la sentencia de primera instancia dentro del proceso laboral ordinario, que, a su vez, negó al señor Ospina la indexación de la primera mesada pensional, si se tiene en cuenta, que el accionante no interpuso el recurso de casación al que había lugar.

Para dar solución al problema jurídico expuesto, esta Sala de Revisión observará, en primer lugar, lo dicho por esta Corporación en relación con la indexación de la primera mesada pensional; en segundo lugar, analizará lo relativo al principio de subsidiariedad de la acción

de tutela; por último hará aplicación de los enunciados normativos que de allí se desprendan, al caso concreto.

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 Superior, 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 cuya pensión se causó con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993. Adicionalmente, esta Corporación 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. Por último, 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 sentencias2.

Esta posición fue reiterada, entre otras sentencias, por la T-1169 de 2003 en la cual se concluyó:

“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 protegido al trabajador como la parte mas débil de la relación laboral. 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 mas de veinticinco años y sin ningún tipo de actualización que permita protegido el poder adquisitivo del dinero ante los fenómenos inflacionarios derivados del paso del tiempo. En este sentido, no es valido 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 prohibe el pago de pensiones inferiores a ese valor”3. (negrillas fuera del texto).

Igualmente, la sentencia SU – 120 de 20034 que estudió el tema de la indexación de la primera mesada pensional de varias personas que, luego de haber agotado las instancias de las que disponían en la jurisdicción ordinaria, no pudieron satisfacer su pretensión, concedió el amparo de los derechos a la igualdad, el debido proceso, la seguridad social y a la favorabilidad, de tres (3) personas que habían acudido a la jurisdicción ordinaria e hicieron uso del recurso extraordinario de casación, buscando el pago indexado de su primera mesada pensional, pero que no habían obtenido decisiones favorables a sus pretensiones, en contraposición a casos que tenían los mismos supuestos fácticos y en donde la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sí había reconocido la indexación.

En aquella oportunidad la Corte explicó que, a la luz de lo previsto en el artículo 53 Superior, cuando existan dos o más fuentes formales de derecho aplicables a una situación laboral, deberá preferirse aquella que sea más favorable al trabajador (Principio de favorabilidad). De igual forma, indicó la Corporación que, ante dos o más interpretaciones posibles de una norma, deberá preferirse la que lo beneficie. Así mismo, señaló que, con base en el artículo 230 de la Constitución, el principio pro operario es un referente obligado del juez para dirimir cuestiones del derecho laboral no contempladas expresamente en el ordenamiento, con miras a proteger a la parte débil en ese tipo de relaciones. Precisó que el sentido protector del derecho del trabajo se refleja 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.

Sobre el tema, la Corte expuso: i) que no existe normatividad 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, derogado expresamente por el artículo 289 de la Ley 100 de 1993 pero aplicable a los casos en que se causó la pensión antes de la vigencia de ésta última, no la precisa-; ii) que ninguna disposición ordena expresamente indexar esta base salarial; iii) que no existe precepto que excluya o prohíba tal indexación. No obstante –concluyó la Corte- 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, consideró, es de incumbencia del juez evaluar 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 a lo que habría hecho el legislador, de haber considerado la situación específica, es decir conforme con la Constitución Política.

La Corte concluyó entonces que, era función de la entidad demandada determinar el referente para resolver las situaciones planteadas por los demandantes, sobre la base salarial para liquidar la primera mesada pensional, y que 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 los cuales el afiliado había cotizado durante los 10 años anteriores al reconocimiento, según el caso.

Agregó esta Corporación, para dar mayor claridad al argumento, que la legislación colombiana prevé este tipo de soluciones: i) con el trabajador que es despedido sin justa causa después de diez o más años de trabajo, sin poder aspirar a una mesada pensional, ii) para liquidar las pensiones, reajustes y sustituciones de los excongresistas, y iii) 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. De igual forma, señaló que la equidad, la jurisprudencia constitucional y los principios generales del derecho laboral llevan a concluir que aquellos vacíos dejados por el legislador no pueden ser colmados arbitrariamente por el juez, sino que, por el contrario, éste último debe acudir a los criterios auxiliares de la actividad judicial. (Art. 230 C.P.).

Así mismo, la Corte advirtió que cuando sea necesario decidir sobre la procedencia de la indexación de la primera mesada pensional, es necesario tener en cuenta la necesidad de mantener el valor adquisitivo de las pensiones, y el equilibrio en las relaciones de trabajo, de acuerdo con lo señalado en los artículos 53 y 230 de la Carta. Al respecto, señaló que 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, así como tampoco pueden apartarse del querer del 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 sobre la indexación de la primera mesada pensional acudiendo a soluciones que no consultan los criterios auxiliares de la actividad judicial, se hace necesaria la intervención del Juez constitucional para restablecer los derechos fundamentales de los trabajadores.

En síntesis, estimó la Corte Constitucional, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia no podía liberar a quienes estaban obligados a pagar la pensión, de hacerlo en una proporción igual al 75% del promedio real del salario devengado en el último año de trabajo. Las decisiones en este sentido tomadas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia 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 no se sustentan en la equidad, además de pasar por alto los principios generales del derecho laboral (artículos 13, 48 y 53 C.P.).

En este sentido, precisó esta Corporación, por último, que en materia de procedibilidad de la acción de tutela en relación con la indexación de la primera mesada pensional, debe establecerse si el actor empleó todos los medios de defensa judicial ordinarios para obtener la satisfacción de su pretensión y los jueces desconocieron los antecedentes constitucionales al respecto.

Es pertinente recordar, finalmente, lo expuesto por esta Corporación en sus sentencias de Constitucionalidad C-862 de 2006 y C-891A de 2006 sobre este tema. En aquella5 estudió, en su momento, la Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 260 (parcial) del Código Sustantivo del Trabajo6 y fue declarada exequible la expresión “salarios devengados en el último año de servicios”, contenida en el numeral 1) del artículo 260 del C. S. T. y el numeral 2) de la misma disposición, en el entendido de que el salario base para la liquidación de la primera mesada pensional de que trata este precepto, debe ser actualizado con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor, IPC, certificado por el DANE.

Para fundamentar esta decisión, la Corte Constitucional entendió particularmente, lo siguiente:

“[C]orresponde 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”. (negrillas fuera del texto)

Así mismo, en la sentencia C-891A de 20067 se examinó la constitucionalidad del artículo 8º (parcial) de la Ley 171 de 1961, “por la cual se reforma la Ley 77 de 1959 y se dictan otras disposiciones sobre pensiones”8, el cual fue declarado exequible con base en razones similares a las expuestas en la Sentencia C-862 de 2006 y con un condicionamiento igual al de ésta.

El principio de subsidiariedad como requisito para la procedencia de la acción de tutela para reconocer la indexación de la primera mesada pensional.

La Constitución Política de Colombia, en su artículo atinente a la acción de tutela (art.86), ha establecido que ésta procederá siempre que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo de defensa transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Es precisamente esta afirmación la que hace de la acción de tutela un mecanismo de carácter subsidiario y residual.

En este mismo sentido, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 establece en el numeral 1ro como una de las causales de improcedencia de la acción de tutela la siguiente: “Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquellos se utilicen como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, entendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”.

Así las cosas, se entiende que el principio de subsidiariedad se expresa, en referencia a la

acción de tutela, mediante la regla general relativa a que dicho mecanismo sólo será procedente si no existen, o ya se agotaron, los recursos ordinarios para la salvaguarda de sus derechos; así mismo que, aun cuando existan dichos recursos, éstos no sean idóneos para la salvaguarda y garantía del derecho. Por último, como excepción a la regla general descrita, que existiendo los mecanismos jurídicos idóneos, la acción de tutela sea empleada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales.

En la materia particular del reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional por vía de tutela, la Corte Constitucional, tal y como se advirtió con anterioridad, ha manifestado que el principio de subsidiariedad es un requisito que debe ser considerado a la hora de determinar la procedencia de esta acción para alcanzar tal fin. En este sentido afirmó en la sentencia SU-120 de 2003 que: "[E]l 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" (Negrillas fuera del texto).

En este sentido es pertinente observar, por ejemplo, la sentencia T-315 de 2005, en la cual la Corte Constitucional denegó la tutela impetrada por el señor Pedro Nel Forero Ruiz contra la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, -en donde aquel solicitó dentro del respectivo proceso laboral la indexación de la primera mesada pensional, argumentando la falta del cumplimiento del principio de subsidiariedad de la acción de tutela-, toda vez que se demostró que cabiendo el recurso de Casación, éste nunca fue interpuesto. Así afirmó esta Corporación:

"Teniendo en cuenta las pruebas recaudadas dentro del proceso y la jurisprudencia reiterada sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, considerando especialmente el análisis del ad quem en lo relativo a la existencia de otro medio de defensa judicial en el caso concreto -recurso extraordinario de casación- sin necesidad de entrar en otros análisis, la Sala encuentra que en el presente asunto la acción de tutela resulta improcedente contra las providencias cuestionadas, que fueron proferidas en primera y segunda instancia dentro del ordinario laboral adelantado por el actor contra la Universidad Santo Tomás, comoquiera que según lo concluyó el ad quem, contra la decisión de segunda instancia cabía el recurso extraordinario de casación. En efecto, si el actor tuvo a su alcance el mecanismo adecuado para controvertir la decisión del Tribunal accionado,

mediante el recurso extraordinario de casación, ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pero no lo utilizó, tal como lo certificó la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal accionado, cuando informó que "revisado sistema de información" no había registro de haberse interpuesto el referido recurso extraordinario, por lo tanto la acción de tutela no puede ser utilizada para revivir los términos para interponer el recurso de casación pues ella no puede suplir esa deficiencia en la defensa y, en consecuencia, es improcedente ante la existencia de otro mecanismo de defensa que tenía la virtualidad de enmendar, si así hubiera sido del caso, las inconformidades del actor frente a las decisiones que demandó por esta vía."9 (negrillas fuera del texto).

Así mismo, en el caso de solicitud de indexación de la primera mesada pensional, en la sentencia T-1217 de 2003, esta Corporación denegó el amparo solicitado por el señor Guillermo Valencia Ceballos contra la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, por considerar que no se satisfizo el requisito relativo a haber agotado todos los recursos a los que hubiera lugar. En ese sentido, afirmó:

"Es válido acudir a la acción de tutela contra providencias judiciales, criterio que ha permanecido inalterado desde aquel entonces y que se explica ante la necesidad de armonizar las decisiones con la Constitución y con el respeto de los derechos fundamentales. Sin embargo, su procedencia está condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos, unos de carácter formal y otros de contenido material. Frente a las exigencias formales, la Corte ha explicado que para acudir a esta vía es necesario que la persona haya hecho uso de todas las herramientas de defensa previstas en la jurisdicción ordinaria y a pesar de ello su reclamación fracase. Esta exigencia se justifica al menos por las siguientes tres razones: En primer lugar, para evitar que durante el curso de un proceso el juez de tutela se inmiscuya en la regulación de cuestiones que no le corresponden e invada con ello la esfera de la autonomía judicial; en segundo lugar, con el objeto de no alterar o sustituir de manera fraudulenta los mecanismos diseñados por el Legislador, característica que armoniza con la naturaleza subsidiaria y residual de la tutela; y en tercer lugar, busca que los interesados obren con diligencia en la gestión de sus intereses ante la administración de justicia, particularmente cuando lo hacen por intermedio de apoderado, asegurando con ello que la tutela no se utilice para enmendar yerros o descuidos, recuperar oportunidades vencidas o revivir términos fenecidos durante un proceso".

(…)

“El recurso extraordinario de casación constituye un requisito de procedibilidad de la tutela contra sentencias judiciales, pues al menos debe haberse intentado su ejercicio antes de acudir al mecanismo excepcional previsto en el artículo 86 Superior. De lo contrario la acción de tutela se convertiría en una vía alterna para la resolución de las controversias y se desvanecería con ello su carácter subsidiario y residual. El peticionario ni siquiera intentó hacer uso del mencionado recurso para cuestionar la providencia dictada en el proceso ordinario laboral que adelantó con el propósito de obtener el pago indexado de sus mesadas pensionales, omisión que no puede suplirse ahora mediante la presentación de la acción de tutela, pues como fue explicado ella no constituye una tercera vía o un instancia para reabrir debates concluidos, ni un forma de enmendar insuficiencias en la gestión de los asuntos propios…” (Negrillas fuera del texto).

Así las cosas, se entiende que la exigencia anteriormente referida, –fundada en el principio de subsidiariedad de la acción de tutela-, no se limita al simple hecho de concurrir ante la jurisdicción ordinaria y agotar las instancias correspondientes, pues en ciertos casos existe la posibilidad de presentar acciones o recursos extraordinarios que resultan adecuados para controvertir decisiones judiciales y a los cuales deberá echarse mano antes de acudir a la acción de tutela. La acción de revisión10, el recurso de súplica11 y el recurso extraordinario de casación12, según sea el caso.

Caso concreto.

Visto lo anterior, será menester para esta Corporación hacer aplicación de los enunciados normativos al caso concreto.

El señor José Gentil Ospina demanda en tutela, por intermedio de apoderado, a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá por considerar que ésta ha incurrido en vía de hecho y violado sus derechos fundamentales al debido proceso, a la seguridad social y a la igualdad, al confirmar en sentencia dictada el 6 de octubre de 2006 la decisión de primera instancia proferida por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá el 2 de agosto del mismo año, por medio de la cual se denegó su pretensión de que se condenara a la demandada en el respectivo proceso laboral (Bavaria S.A.) a pagar la indexación de su primera mesada pensional, correspondiente a la pensión reconocida el día 22 de febrero de 1996, por un

monto equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, con base en el salario devengado al terminar su relación laboral, el 15 de febrero de 1968, cuya cuantía era de cuatro mil seiscientos ochenta y cinco pesos ($4.685).

En el proceso de tutela fueron citados de manera oficiosa Bavaria S.A. y el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá. Estas entidades, al igual que la directamente demandada por el actor, no dieron respuesta a la acción en comento.

En aplicación de las consideraciones generales al caso concreto, esta Sala de Revisión deberá hacer, en primer lugar, un análisis respecto de la procedencia de la acción de tutela interpuesta por el señor José Gentil Ospina, particularmente, observar si se satisface el requisito relativo a haber agotado todos los recursos existentes dentro de la jurisdicción laboral para hacer valer su derecho.

Así, se tiene que el señor Ospina, posteriormente a la solicitud directa que hiciera a Bavaria S.A. para la revisión y reliquidación de su pensión13, – la cual fue contestada negativamente el 16 de junio de 200314-, inició demanda laboral el 13 de octubre de 2004. Dicha demanda fue resuelta desfavorablemente para el actor por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 2 de agosto de 2006, por lo que aquel apeló la decisión. En segunda instancia, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá confirmó el fallo del a quo, mediante sentencia dictada el 6 de octubre de 2006, terminando allí la actuación por parte del demandante dentro del proceso laboral referido.

En virtud de lo anterior, esta Sala debe preguntarse respecto de la procedencia del recurso de casación para el caso concreto. Para esto, se deberá tener en cuenta lo establecido en el artículo 86 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, -modificado por el artículo 43 de la Ley 712 de 2001-, que prevé que, “[a] partir de la vigencia de la presente ley y sin perjuicio de los recursos ya interpuestos en ese momento, sólo serán susceptibles del recurso de casación los procesos cuya cuantía exceda de ciento veinte (120) veces el salario mínimo legal mensual vigente”. Igualmente, se considerará que el artículo 88 del Código de Procedimiento Laboral,- modificado por el art. 62 Decreto Ley 528 de 1964-, establece que “[e]n materia civil, penal y laboral el recurso de casación podrá interponerse dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de la sentencia de segunda instancia”.

Así, teniendo en cuenta que el actor y la misma entidad demandada dentro del proceso laboral, reconocieron que el salario devengado por aquel al terminar la respectiva relación laboral – el 15 de febrero de 1968- equivalía a 11.1 salarios mínimos legales mensuales vigentes de la época15 y que a eso se suma, dentro de las pretensiones en la demanda laboral, el pago retroactivo, indexado y no prescrito, se tiene que las pretensiones sobrepasan el requisito de cuantía exigido por la ley aplicable para la procedencia del recurso de casación. En efecto, si se tiene en cuenta que aquellas cobijan, entre otras cosas, el reconocimiento de la primera mesada pensional indexada y la diferencia entre las sumas por concepto de pensión que hoy día recibe el señor Ospina, -equivalentes a un salario mínimo legal mensual vigente-, desde el día del reconocimiento de la pensión -26 febrero de 1996- hasta el momento en que hubiera podido interponer el recurso de casación, se obtiene como resultado que la cuantía de las pretensiones es superior a la exigida por la normatividad aplicable para la interposición del recurso de casación.

En efecto, se sabe que el señor Ospina devengaba para el momento de su retiro voluntario de Bavaria S.A. -1968- lo equivalente a 11.1 salarios mínimos legales mensuales vigentes, lo cual, para la época en que le fue reconocida la pensión (1996) equivaldría a $1’575.000. Así, considerando que la pensión de jubilación se reconoce sobre el 75% del salario base, conforme a las normas legales aplicables, la suma total que se habría debido reconocer al señor Ospina sería, aproximadamente, de $1.183.000. Sin embargo, al accionante se le reconoció lo equivalente al salario mínimo legal mensual vigente para 1996, es decir, $142.125. Así las cosas, si se estima la diferencia existente entre lo que se le debió reconocer al actor y lo que verdaderamente se le reconoció, se tendría que al señor Ospina se le dejó de reconocer y pagar lo equivalente a $1’041.000. por cada mes; esto, solamente durante el primer año. Si se toma esta suma dejada de percibir durante cada mes del año 1996 y se multiplica por 10, más la mesada o mesadas adicionales, que son las mesadas a las que tiene derecho el pensionado a lo largo de este periodo anual, se tiene que para el año 1996, el actor pudo haber dejado de percibir lo correspondiente a $12’492.000, aproximadamente.

Esta operación matemática reproducida durante los años siguientes al año en que le fue reconocida la pensión al señor Ospina -1996-, hasta el año 200616, -periodo en que corrió el término legal de quince (15) días para interponer el recurso de casación-, permite establecer, de manera lógica, que las pretensiones de la respectiva demanda laboral superaban en

cuantía lo requerido para la procedencia del mencionado recurso17.

En efecto, si se toma a modo de ejemplo la suma determinada para el año 1996 -$12’492.000- y se multiplica por el número de años existentes entre 1996 y 2006, se tiene que la suma total es de aproximadamente $120’492.000, lo que supera ampliamente la cuantía determinada en el artículo 86 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social para la procedencia del recurso de casación en materia laboral. No obstante lo anterior, es pertinente señalar que la indexación o actualización de la suma definida, de manera aproximada, para el año 1996 debe hacerse para cada año subsiguiente conforme al porcentaje del Índice de Precios al Consumidor, en virtud de lo establecido en el artículo 53 Superior y las normas legales que lo desarrollan18; por lo que se entiende que la cuantía es aún mayor.

Adicionalmente a lo anterior, es pertinente aducir que la cuantía de las pretensiones de una demanda laboral de este tipo también involucra otros aspectos económicos que la componen, como el tiempo de expectativa de vida, que debe ser determinado conforme a los criterios técnicos actuariales aplicables.

En este sentido, concluye esta Sala que el accionante se encontraba en la posibilidad de intentar el recurso de casación ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, lo cual no hizo. Lo anterior, si se tiene en cuenta el artículo 86 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, -modificado por el artículo 43 de la Ley 712 de 2001- precitado.

A juicio de la Sala los anteriores planteamientos son suficientes para concluir que en el caso del señor José Gentil Ospina la acción de tutela resulta improcedente para controvertir la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, toda vez que dicha providencia no fue objeto del recurso extraordinario de casación.

Así las cosas, dado que en el presente asunto de tutela no se aportó prueba alguna que demostrara la interposición y decisión del recurso de casación al que había cabida, esta Sala considera que se ha faltado al principio de subsidiariedad de la acción de tutela, el cual, como se advirtió en los enunciados normativos de la presente sentencia, se exige para el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional por esta vía.

De igual forma, es pertinente indicar que tampoco es del caso considerar, por excepción, un amparo transitorio mientras la jurisdicción laboral adopta la decisión correspondiente, toda vez que el término para interponer el respectivo recurso de casación se encuentra vencido. Lo anterior, si se tiene en consideración que la decisión de segunda instancia dentro del proceso laboral objeto de estudio fue emitida el 6 de octubre de 2006 y que, según el artículo 88 del Código de Procedimiento Laboral,- modificado por el art. 62 Decreto Ley 528 de 1964-, "[e]n materia civil, penal y laboral el recurso de casación podrá interponerse dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de la sentencia de segunda instancia".

Definida la anterior situación, esta Sala no se pronunciará de fondo respecto del caso en comento, toda vez que establecida su improcedencia por falta de cumplimiento del principio de subsidiariedad dicho estudio no es posible.

Por lo anterior, esta Sala de Revisión revocará el fallo que en segunda instancia confirmara la decisión del a quo, el cual, a su vez denegó el amparo impetrado por el señor José Gentil Ospina. En su lugar, declarará improcedente la presente acción.

IV. DECISIÓN

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en el nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida el 4 de mayo de 2007 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó el fallo de 27 de febrero del mismo año, emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que, a su vez, negó la tutela solicitada por José Gentil Ospina contra la Sala Laboral de Tribunal Superior de Bogotá, con citación oficiosa de Bavaria S.A. y el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá.

En su lugar, declarar IMPROCEDENTE la acción.

Segundo.- Por Secretaría, dar cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado Ponente

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 En relación con el tema de la indexación de la primera mesada pensional, se pueden consultar, entre otras, las sentencias SU-120 de 2003, T-663 de 2003, T-1169 de 2003, T-805 de 2004, T-1197 de 2004, T-098 de 2005, T-196 de 2005, T-469 de 2005, T-635 de 2005, C-862 de 2006, C-891A de 2006, T-045 de 2007, T-224 de 2007 y T-425 de 2007.

2 Sentencia de unificación SU-120 de 2003

3 Sentencia T- 1169 de 2003

4 M.P. Álvaro Tafur Galvis. S.V: Jaime Araújo Rentería, Clara Inés Vargas Hernández

5 Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

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.

7 MP: Rodrigo Escobar Gil. AV: Jaime Araújo Rentería.

8 Dicha norma establece: Artículo 8°. El trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos ($ 800.000.00), después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

Si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los cincuenta (50) años de edad o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. Si después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión pero sólo cuando cumpla sesenta (60) años de edad.

La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.

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

Parágrafo.-Lo dispuesto en este artículo se aplicará también a los trabajadores ligados por contrato de trabajo con la administración pública o con los establecimientos públicos descentralizados, en los mismos casos allí previstos y con referencia a la respectiva pensión plena de jubilación oficial".

9 En este sentido, ver también: T-320 de 2004, T-057 de 2004 y T-080 de 2004 entre otras.

10 Sentencia SU-913/01 y SU-622/01 MP. Jaime Araújo Rentería.

11 Sentencia T-458/98 y SU-622/01 MP. Jaime Araújo Rentería.

12 Cfr. Sentencias T-108/03, SU-1299/01 y SU-542/99, entre otras.

13 Mediante petición del 26 de mayo de 2003. (Cuaderno 3 Folio 2)

14 Cuaderno 3 Folios 4 y 5 del expediente.

15 Así lo afirmó el accionante en el escrito de demanda (cuaderno 3 Folios 29 y ss) y fue igualmente certificado por el gerente de relaciones laborales de Bavaria S.A. (cuaderno 3 Folios 6 y 8).

Es pertinente observar que según el Decreto 236 de 1967, por medio del cual se estableció el valor del salario mínimo legal mensual vigente para el año 1968, éste equivalía a cuatrocientos veinte pesos ($420). El señor Ospina devengaba entonces cuatro mil seiscientos ochenta y cinco pesos ($4.685) lo que equivalía a 11.1 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

16 Teniendo en cuenta que para los años subsiguiente la multiplicación debe ser hecha por 14, que son las mesadas pensionales a las que un pensionado por vejez tiene derecho dentro de un periodo anual.

17 En el año 2006, la cuantía definida para la procedencia del recurso de casación en materia laboral era equivalente al salario mínimo legal mensual vigente para ese año, que en virtud del Decreto 4686 de 2005 era de $408.000, multiplicado por 120; es decir: $48’960.000.

18 Al respecto ver a modo de referencia el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.