

ACCION DE TUTELA - Procede para obtener la Indexación de la primera mesada pensional, ante afectación de mínimo vital

María del Carmen Amaya adquirió el status pensional el 6 de noviembre de 2003. Solicitó a la entidad la indexación de la primera mesada pensional, sin que conste en el expediente que la misma haya sido contestada, dando lugar a un acto ficto, pasible de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Sin embargo, dadas sus condiciones materiales, esto es, su edad (64 años), su estatus de pensionada y la pérdida del poder adquisitivo, por efecto de la inflación registrada en el periodo comprendido entre la fecha de retiro del servicio y el reconocimiento de la pensión, se justifica la protección por vía de tutela, como mecanismo transitorio, ya que, en asuntos como este, opera la presunción de afectación al mínimo vital y, por ende, la inminencia de un perjuicio irremediable,... Por las anteriores consideraciones, estima la Sala que, en el asunto bajo revisión, procede la acción de tutela, como mecanismo transitorio, en aras de evitar un perjuicio irremediable, pues la actora debe acudir a las acciones ordinarias en procura de la declaración que depreca por medio de la presente tutela.,

NOTA DE RELATORIA: Al respecto ver, Corte Constitucional, sentencia T-083 de 2004.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: María Elizabeth García González

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de mayo de dos mil doce (2012)

Radicación número: 25000-23-25-000-2012-00610-01(AC)

Actor: MARIA DEL CARMEN AMAYA DE RODRIGUEZ

Demandado: MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la actora contra la sentencia de 26 de marzo de 2012, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, rechazó por improcedente la presente acción de tutela.

I.- ANTECEDENTES.

I.1.- La acción.

La ciudadana **MARIA DEL CARMEN AMAYA DE RODRIGUEZ**, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, solicitó la protección de sus derechos fundamentales a: *“la conservación del poder adquisitivo de la pensión, la indexación de la primera mesada pensional, la igualdad, el trabajo, la seguridad social, el debido proceso, el mínimo vital y la vida digna”*, presuntamente vulnerados por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

I.2.- Hechos.

La actora laboró para el Instituto Nacional de Recursos Naturales -INDERENA- durante 21 años, hasta el 17 de diciembre de 1995.

Expresa que mediante Resolución núm. 1173 de 6 de noviembre de 2003, el Ministerio de Ambiente le reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación, equivalente a un salario mínimo mensual de la época, es decir, TRESCIENTOS TREINTA Y DOS MIL PESOS (\$332.000) M/CTE, tomando como base para la liquidación la suma de \$420.359, esto es, 3.53 salarios mínimos mensuales legales vigentes para el año de su retiro.

Señala que el reconocimiento de su mesada pensional en cuantía de un salario mínimo mensual vigente para el año 2003, es consecuencia de la pérdida del valor adquisitivo de las pensiones, cuestión que ha sido objeto de múltiples pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional, en los cuales ha ordenado que se indexe la primera mesada pensional, con base en el índice de precios al consumidor.

I.3. Por lo precedente, solicita se ordene a la demandada indexar su primera mesada pensional aplicando el método establecido por la Corte Constitucional en la sentencia T-815 de 2007.

I.4. El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, aduce que en el presente caso la acción de tutela es improcedente, porque no reúne los requisitos señalados en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional para desatar asuntos de carácter prestacional.

Estima que no ha desconocido ninguno de los derechos invocados por la actora y que, por el contrario, le ha garantizado oportunamente el derecho a su mesada pensional.

Expone que la liquidación de la pensión se ajustó plenamente a los factores de ley, así como a la actualización del salario devengado al momento del retiro de la demandante. Que, para el efecto, tomó los salarios señalados en el Decreto 1158 de 1994 y les aplicó el 75 por ciento con la actualización del IPC de los años 1994 a 2002, dando como resultado la suma de \$315.269, que le fue reconocida mediante la Resolución núm. 1176 de 6 de noviembre de 2003, cuya presunción de legalidad no ha sido desvirtuada.

II. FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO.

La Sección Segunda -Subsección B- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia de 26 de marzo de 2012, rechazó la acción de tutela, por improcedente.

Argumentó que la actora tiene a su alcance otro mecanismo de defensa judicial, habida cuenta de que contra la Resolución que reconoce una mesada pensional cabe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y, no habiéndose demostrado la inminencia de un perjuicio irremediable, no hay lugar a conceder el amparo deprecado.

III. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION.

A juicio de la actora, sí reúne los requisitos señalados por la Corte Constitucional para que se ordene la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

Alega que pertenece a la población de la tercera edad, por lo que debe ser considerada como sujeto de especial protección constitucional. Que si bien es cierto, ya se agotó la vía gubernativa frente al acto de reconocimiento de status pensional, no lo es menos que presentar una acción ordinaria cuya duración es aproximadamente de 5 o más años, representa una medida ineficaz para la salvaguarda de sus derechos fundamentales, dado que en la actualidad tiene 64 años y no se complace con su situación, someterla a tal espera.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

El artículo 86 de la Constitución Política, establece la acción de tutela para reclamar ante los jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los derechos fundamentales en los casos en que éstos resultaren vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, siempre y cuando el afectado, conforme lo establece el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que la referida

acción se utilice como mecanismo transitorio, en aras de evitar un perjuicio irremediable.

Problema jurídico.

En el caso bajo estudio, pretende la demandante que se amparen sus derechos fundamentales a la indexación de la primera mesada, en conexidad con el mínimo vital.

Para resolver, la Sala abordará los siguientes temas de estudio: **i)** procedencia excepcional de la acción de tutela en materia pensional; **ii)** derecho a la indexación de la primera mesada y su protección por vía de la tutela y **iii)** la tutela como mecanismo transitorio.

Procedencia excepcional de la acción de tutela en materia pensional.

La Jurisprudencia constitucional ha puntualizado que, en principio, la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento o reliquidación de prestaciones sociales, particularmente en materia de pensiones. Por ejemplo, en la sentencia T -083 de 2004¹, la Corte Constitucional señaló 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.”*

¹ Magistrado ponente doctor Rodrigo Escobar Gil.

No obstante, se ha expresado 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. Sobre este particular, la Corte Constitucional, en la sentencia T-843 de 2003, (Magistrado ponente doctor Manuel José Cepeda) explica lo siguiente:

“Para determinar si la acción de tutela es procedente, esta Corporación ha señalado dos aspectos distintos. Cuando la tutela se presenta como mecanismo principal, al definir su procedibilidad es preciso examinar si no existe otro medio judicial. Si no existe otro medio, o aún si existe pero éste no resulta idóneo en el caso concreto, la tutela procede como mecanismo principal de amparo de los derechos fundamentales. En relación con la existencia del otro medio de defensa judicial, adicionalmente ha señalado la jurisprudencia de la Corte que no existe la obligación de iniciar el proceso ordinario antes de acudir a la acción de tutela, basta que dicha posibilidad esté abierta al interponer la demanda. Sin embargo, si el demandante ha dejado vencer la oportunidad para iniciar el trámite del proceso ordinario, por prescripción o caducidad de la acción, la tutela no procede como mecanismo transitorio.”

De lo anterior, resulta claro que la acción de tutela no procede para ordenar el reconocimiento o la reliquidación de pensiones, a menos que el conflicto planteado involucre sujetos de especial protección y se logre acreditar la afectación de garantías fundamentales que no puedan ser protegidas oportunamente, a través de los medios de defensa previstos por el ordenamiento legal.

Indexación de la primera mesada pensional.

El derecho a la indexación de la primera mesada pensional ha sido objeto de varios pronunciamientos por parte de esta Corporación² y de la Corte Constitucional³.

Cabe mencionar la sentencia C-862 de 2006, en la que la Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado Humberto Sierra Porto, declaró exequible la expresión “salarios devengados en el último año de servicios”, contenida en el numeral 1° del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, “en el entendido que el salario base para la liquidación de la primera mesada pensional de que trata este precepto, deberá ser actualizado con base en la variación del Índice de Precios al Consumidos, IPC, certificado por el DANE”.

En dicha oportunidad, la Corte sostuvo:

«5. El derecho constitucional a la indexación de la primera mesada pensional –o al salario base para la liquidación de la pensión de jubilación- y el derecho a la indexación de la primera mesada pensional.

Ahora bien, 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.

Así, por una parte, el artículo 48 constitucional contiene una clara previsión al respecto cuando establece que “[l]a ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante”. Este precepto, aunque por su indeterminación normativa tiene la típica estructura de principio, señala explícitamente un deber constitucional en cabeza del

² Ver, entre otras, las sentencias de 21 de abril de 2005 (Expediente núm. 2000-06812, C.p. doctora Ana Margarita Olaya Forero); 18 de febrero de 2010 (Expediente núm. 2004-04269, C. p. doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren) y 6 de mayo de 2010 (Expediente núm. 2004-05527, C. p. doctor Gerardo Arenas Monsalve).

³ Consultar, entre otras, las Sentencias C- 862 DE 2006, C- 891A de 2006, SU-120 de 2003, T-803 de 1999, T-045 de 2007, T-224 de 2007 y T-313 de 2008.

Congreso de la República y, por lo tanto, sirve de parámetro de control de las medidas adoptadas por el poder legislativo en la materia. (...)

Por otra parte, el artículo 53 constitucional señala que “[e]l Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales”, a diferencia del enunciado normativo contenido en el artículo 48, del cual podría objetarse que tiene carácter programático al establecer un mandato constitucional de ejecución futura por el Legislador, la redacción del **artículo 53 en comento 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.** (...)

Igualmente, para la configuración del derecho constitucional de los pensionados al mantenimiento del poder adquisitivo de la mesada pensional resultan también relevantes principios y derechos fundamentales consagrados en la Carta de 1991, algunos de los cuales encuentran aplicación específica en derecho laboral, como el principio **in dubio pro operario** (art. 48 de la C.P.), mientras que otros son principios fundantes del Estado colombiano y tiene vigencia en todos los ámbitos del derecho y deben guiar la actuación de los poderes públicos y de los particulares, tales como el principio de **Estado social de derecho** (Art. 1 constitucional), **la especial protección constitucional a las personas de la tercera edad** (Art. 46 de la C. P.), el derecho fundamental a la igualdad (Art. 13 de la C. P.) y el **derecho al mínimo vital.** (...)

Adicionalmente, 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. (...)

Por último, **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. (...)

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

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.» (Resaltado fuera del texto).

Es importante resaltar que la providencia que acaba de citarse reiteró las razones que fueron el fundamento de la sentencia SU-120 de 2003⁴, que unificó la jurisprudencia en materia de reconocimiento del derecho a indexar la primera mesada pensional.

Por su parte, la Sección Segunda del Consejo de Estado, sobre la materia que es objeto de controversia, ha señalado:

“Si bien es cierto que tal normatividad no contempla la actualización de la base salarial para el reconocimiento y pago de pensiones cuando ocurre una circunstancia como la que presenta el demandante, es innegable que en casi todas las economías modernas, el fenómeno de la inflación genera la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Por tal virtud, las sumas que nominalmente corresponden a un valor determinado con el paso del tiempo pierden tal valor, medido en capacidad de compra. Ello impone por razones de natural equidad y justicia, la corrección tales sumas nominales de dinero para ajustarlas a su valor real.

⁴ Magistrado ponente Álvaro Tafur Galviz.

En el presente asunto, la cuantía de la pensión de jubilación efectiva a partir del 23 de mayo de 1996, se reconoció y pagó con valores deteriorados. Es indiscutible que el valor reconocido en el año 1993 es inferior -en términos de su capacidad de compra-, al valor de la misma suma en el año 1996.

Como antecedente aplicable por analogía abierta, en materia del ajuste de valor o indexación de las condenas que profiere la justicia contencioso administrativa, esta Corporación en concordancia con el concepto de Estado Social de Derecho que nos rige a partir de la Carta Política de 1991, según el cual se debe promover la vigencia de un orden justo, ha decretado de manera oficiosa la actualización de tales condenas.

Con tal antecedente, considera la Sala que con mayor razón debe ordenarse tal ajuste cuando se trata de la mesada pensional de un funcionario pues la pensión de jubilación tiene por finalidad garantizar la subsistencia de las personas de la tercera edad en condiciones dignas y justas.”⁵

Y en sentencia de 18 de febrero de 2010 indicó:

“Por último, observa la Sala que la pensión del actor fue reconocida con posterioridad a su retiro del servicio sin que en la liquidación respectiva se efectuara la actualización de la primera mesada pensional, aun cuando medió entre los dos eventos más de un año y medio de diferencia, situación que afecta negativamente la cuantía pensional en detrimento del derecho del actor y de los postulados constitucionales contenidos en el artículo 53 y 48 de la Carta de 1991, que preconizan tanto la definición legal de los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante, como el deber del Estado de garantizar no sólo el pago oportuno de la pensiones legales sino su reajuste periódico. (...)

Como lo ha sostenido la Sala, el ajuste de valor obedece al hecho notorio de la constante y permanente devaluación de la moneda de nuestro país, que disminuye en forma continua el poder adquisitivo del ingreso, por lo que disponer la indexación de la base salarial de liquidación pensional en casos como éste, aun cuando dicho aspecto no hubiese sido objeto del recurso de apelación constituye un punto íntimamente relacionado con el mismo, además una decisión ajustada a la Ley y un acto de equidad, cuya aplicación por parte del Juez encuentra sustento en nuestro máximo ordenamiento jurídico como expresamente lo consagra el artículo 230 de la Carta, razón por lo que se adicionará el fallo del a quo en sentido de ordenar la actualización del promedio devengado en el último año de servicios hasta la fecha en que se hizo efectiva la pensión.”⁶

⁵ Sentencia de 21 de abril de 2005, Expediente núm. 2000-06812, C.p. doctora Ana Margarita Olaya Forero.

⁶ Expediente núm. 2004-04269, C. p. doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Procedencia de la acción de tutela para lograr la indexación de la primera mesada pensional - Jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

En la sentencia T-083 de 2004, la Corte Constitucional se refirió a los criterios relevantes para justificar la procedencia de la acción de tutela, tratándose de reliquidaciones pensionales, e indicó:

“Ciertamente, con base en el criterio general según el cual, la acción de tutela es procedente para reconocer derechos pensionales únicamente cuando el juez constitucional llegue a la convicción que es necesario brindar una protección urgente e inmediata que no es posible lograr a través del mecanismo ordinario de defensa, la jurisprudencia reiterada ha señalado que la viabilidad del amparo en esos 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 especial de 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. Teniendo en cuenta estos presupuestos generales, en el caso específico de la reliquidación pensional, las sentencias citadas han fijado como condiciones específicas de procedibilidad de la acción de tutela, las siguientes:

- *Que la persona interesada haya adquirido el status de jubilado, o lo que es igual, que se le haya reconocido su pensión (Sentencias T-534 y T-1016 de 2001, T-620 y T-1022 de 2002).*
- *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 (Sentencias T-634 y T-1022 de 2002).*
- *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 (T-634 y T-1022 de 2002).*
- *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 (Sentencias T-620, T-634 y T-1022 de 2002).

Sobre este asunto particular, conviene precisar que en los pronunciamientos en los cuales el Consejo de Estado ha reconocido el derecho a la indexación pensional por vía de tutela, siempre ha verificado el cumplimiento de los requisitos aludidos, así como el agotamiento de los medios de defensa judicial.

Tal es el caso de la sentencia de 16 de diciembre de 2010⁷, en la que la Sala constató que se cumplían todos los factores aducidos por la Jurisprudencia constitucional para la procedencia del amparo, como mecanismo transitorio (el peticionario tenía 74 años y había interpuesto demanda ante el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cartagena, sin que hasta la fecha de la presentación de la tutela se hubiese resuelto). Por ende, confirmó la sentencia del Juez de primera instancia que había ordenado la indexación de la primera mesada pensional. La citada providencia sostuvo:

*“Además, de comprobar lo anterior –falta de idoneidad o de eficacia de la vía judicial ordinaria o existencia de un perjuicio irremediable– la jurisprudencia constitucional ha exigido que **(i) se haya adquirido la calidad de pensionado, (ii) que se haya solicitado al empleador el reconocimiento de la “indexación de la primera mesada pensional” y (iii) que, de ser el caso, haya desplegado cierta actividad administrativa frente a la negativa,** tal como presentar los recursos en vía gubernativa o como en el caso que nos ocupa que el actor haya interpuesto la respectiva acción ante la jurisdicción ordinaria, específicamente ante el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cartagena.*

Es preciso señalar que la Corte Constitucional, de manera reiterada ha derivado de una interpretación sistemática de diferentes cánones superiores, tanto en sede de tutela como en sede de control abstracto, el derecho constitucional al mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, el cual incorpora a su vez, el derecho a la indexación de la primera mesada pensional, y con

⁷ Sentencia de 16 de diciembre de 2010, Expediente núm. 2010-00668, C.p. doctor Rafael Ostau de Lafont Pianeta.

ocasión de las demandas de constitucionalidad formuladas contra el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 y los numerales 1º y 2º del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, se consolidó la teoría sobre la existencia del derecho al mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, que emana directamente del ordenamiento superior.

Así bien, en sentencia C-862 de 2006, la Corte señaló que el derecho a la actualización de la mesada pensional e indexación de la misma radica en cabeza de todos los pensionados, sin distinción alguna y sin que sea posible hacer ningún tipo de discriminación que se traduzca en una limitación a ese derecho.

Con base en las consideraciones anteriores, esta Sala confirmará el fallo del Tribunal Administrativo de Bolívar y amparará de manera transitoria los derechos a la indexación de la primera mesada pensional en conexidad con el derecho al mínimo vital al señor Luis Miguel Castilla Castro.” (Resaltado fuera del texto).

De igual modo, mediante sentencia de 18 de octubre de 2011, la Sección Segunda del Consejo de Estado⁸ otorgó la protección constitucional del derecho al mínimo vital, por la existencia de un perjuicio irremediable representado en el hecho de que al actor se le reconoció pensión de jubilación en el año 2001, con base en el salario devengado en el último salario que percibió en el año 1993, sin que la entidad hubiera procedido a la respectiva indexación.

Caso concreto.

A partir de los criterios decantados por la Jurisprudencia para la viabilidad de la indexación de la mesada pensional, por vía de la acción de tutela, corresponde a la Sala verificar su cumplimiento en el caso concreto.

A la actora le fue reconocida pensión de jubilación, a través de la Resolución núm. 1173 de 6 de noviembre de 2003, en cuantía de TRESCIENTOS TREINTA Y DOS MIL PESOS (\$332.000) M/CTE, con el salario base de liquidación del año en el que se retiró del servicio, es decir 1995, el cual ascendía a la suma de

⁸ Expediente núm. 2011-00517, Consejero ponente doctor Gerardo Arenas Monsalve.

CUATROCIENTOS VEINTE MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL PESOS, (\$420.359) M/CTE. Sin embargo, no se ordenó la indexación de la primera mesada pensional, lo que, a la luz de la jurisprudencia analizada, genera un detrimento en el poder adquisitivo de la moneda, que no garantiza que su pensión refleje, en términos actuales, el valor del salario que dio lugar al mismo.

Por lo anterior, mediante escrito radicado en el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial -hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible- el 3 de septiembre de 2008 (folio 8), la actora solicitó que se actualizara su primera mesada pensional con referencia al Índice de Precios al Consumidor.

Ahora bien, frente a los criterios señalados en la sentencia T-083 de 2004, la Sala advierte que:

1. María del Carmen Amaya adquirió el status pensional el 6 de noviembre de 2003.
2. Solicitó a la entidad la indexación de la primera mesada pensional, sin que conste en el expediente que la misma haya sido contestada, dando lugar a un acto ficto, pasible de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.
3. Sin embargo, dadas sus condiciones materiales, esto es, su edad (64 años), su estatus de pensionada y la pérdida del poder adquisitivo, por efecto de la inflación registrada en el periodo comprendido entre la fecha de retiro del servicio y el reconocimiento de la pensión, se justifica la protección por vía de tutela, **como mecanismo transitorio**, ya que, en asuntos como este, opera la presunción de afectación al mínimo vital y, por ende, la inminencia de un perjuicio irremediable,

tal y como lo ha entendido la Corte Constitucional al expresar, en la sentencia T-425 de 2009 (Magistrado ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), que:

*“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**. ” (Resaltado fuera del texto).*

Ahora bien, conviene precisar que en un caso similar al que se discute, la Sala, mediante sentencia de 3 de marzo de 2011⁹, consideró que no era viable otorgar el amparo constitucional impetrado, habida cuenta de que, en el caso concreto, el actor había dejado transcurrir un lapso aproximado de 4 años desde la época en que la Corte Constitucional permitió el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional en el año 2006, y la fecha de presentación de la demanda de tutela, por lo cual el ejercicio de la acción no resultó oportuno. La postura de la Sala fue reiterada en la sentencia de 10 de marzo del mismo año.¹⁰

Empero, estima la Sala que este caso difiere del anterior y, por ende, tal posición no tiene cabida, si se tiene en cuenta que la solicitud de amparo se sustenta en la **afectación actual** de derechos fundamentales, comoquiera que el efecto adverso de la decisión de no indexación todavía se proyecta sobre la cuantía de una **prestación periódica y actual**; es decir, que subsiste una oposición objetiva entre el contenido de la decisión de la Administración y la Constitución, como

⁹ Expediente núm. 2010-00805, Consejero ponente doctor Rafael Ostau de Lafont Pianeta.

¹⁰ Expediente núm. 2010-00761, Consejero ponente doctor Marco Antonio Velilla Moreno.

consecuencia del no reconocimiento del derecho a la indexación de la primera mesada pensional.

Tal criterio fue expuesto en la citada sentencia T- 425 de 2009, que aunque estudiaba las acciones de tutela contra providencias judiciales que no contemplaron la actualización de la primera mesada¹¹, resulta aplicable al caso bajo estudio, debido a que la tutela se impetra contra una decisión de la Administración que data del año 2008. Al respecto, la sentencia refirió:

*“Ahora, no obstante que las controversias planteadas fueran decididas en su momento por los jueces laborales mediante **providencias que ya no son susceptibles de revisión por la vía de la acción de tutela, el efecto de dichas decisiones todavía se proyecta sobre la cuantía de una prestación que es actual y cuyo deterioro en el tiempo supone un problema jurídico, no ya de índole meramente legal, sino de indiscutible relevancia desde la perspectiva constitucional.***

*De este modo, la Corte se encuentra con que frente al problema jurídico así planteado, los accionantes acudieron a los mecanismos de defensa previstos en el ordenamiento laboral, sin haber obtenido efectiva protección para sus derechos constitucionales, **los cuales, en la actualidad, continúan siendo lesionados por el hecho de que el valor de sus mesadas pensionales no corresponde con aquel al que tienen derecho de acuerdo con la jurisprudencia constitucional.** (...)*

*En esas circunstancias considera la Corte que **el pensionado carece de un medio alternativo de defensa judicial que sea adecuado para la defensa de sus derechos fundamentales y que, por consiguiente, resulta procedente el amparo constitucional.** Por las anteriores consideraciones, estima la Sala que, en los asuntos bajo revisión, la acción de tutela es procedente para obtener la protección inmediata de los derechos frente a cuya violación actual se han presentado las solicitudes de amparo constitucional. (...)*

Para la Sala, la indexación del salario base de liquidación del actor con apoyo en una fórmula adoptada por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no consulta los criterios de equidad y favorabilidad en materia laboral, y, en la medida en que no conduce a garantizar que la pensión del actor refleje en términos actuales el valor del salario que dio lugar a la misma, deja de consistir en un asunto meramente legal, para

¹¹ En esa oportunidad la Corte estudiaba la demanda de tutela de dos casos, uno de los cuales se refería a la acción presentada contra la Sala Laboral del Tribunal Superior de Ibagué por no aplicar la fórmula de indexación de la mesada pensional.

comprometer los principios constitucionales del artículo 53, que al establecer los derechos al salario vital y móvil y al reajuste periódico de las pensiones, se convierten en una garantía para el trabajador de que su salario y sus pensiones se verán protegidos frente al deterioro de la moneda.

Lo anterior revela la acreditación de las condiciones materiales que justifican la solicitud de amparo constitucional presentada por el señor Rodrigo Avila Cortés, **atendiendo al hecho de que es una persona de 62 años de edad** que depende de su mesada pensional para atender sus necesidades y las de aquellas personas que de él dependen, **y cuyo mínimo vital y vida digna se afectan con la desproporción existente entre la expectativa pensional, derivada de la aplicación de la fórmula empleada en la Sentencia T-098 de 2005, y el monto realmente reconocido,** cuestión que, lejos de ser considerada como accesorio o marginal, es de eminente relevancia constitucional.” (Resaltado fuera del texto).

Y más adelante señala la providencia:

“(…) Lo que aquí se discute es la **vulneración actual y permanente de los derechos fundamentales del actor,** comoquiera que, si bien es cierto, el proceso ordinario laboral fue resuelto hace más de cinco años, no lo es menos que a pesar de ello, **la mesada pensional que recibe el actor, sin que ella sea indexada, configura una situación de vulnerabilidad en el tiempo** que no solo es desproporcionada frente a la expectativa pensional del actor, sino que desconoce el mantenimiento del poder adquisitivo de su primera mesada pensional.” (Resaltado fuera del texto).

Por las anteriores consideraciones, estima la Sala que, en el asunto bajo revisión, procede la acción de tutela, como mecanismo transitorio, en aras de evitar un perjuicio irremediable, pues la actora debe acudir a las acciones ordinarias en procura de la declaración que deprecia por medio de la presente tutela, para lo cual se le concede un término de cuatro (4) meses, según lo establecido en el artículo 8° del Decreto 2591 de 1991¹². Si la interesada no acude en dicho plazo a instaurar la respectiva acción, cesarán los efectos de la presente tutela.

¹² “Artículo 8o. LA TUTELA COMO MECANISMO TRANSITORIO. Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Por lo expuesto, la Sala concederá el amparo constitucional invocado y ordenará al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible que indexe el valor de la pensión reconocida a la señora MARIA DEL CARMEN AMAYA DE RODRIGUEZ, mediante la Resolución núm. 1173 de 6 de noviembre de 2003, de acuerdo con el Índice de Precios al Consumidor, desde el momento del retiro de la entidad hasta la fecha del reconocimiento de la pensión, para determinar el valor actualizado de la primera mesada pensional. Una vez efectuada la indexación, deberá ajustar año por año los incrementos de ley, con el fin de que la pensionada reciba su mesada actualizada. Dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la presente decisión, la entidad ordenará la inclusión del nuevo valor en la nómina.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO: REVOCASE la sentencia impugnada. En su lugar, se dispone:

CONCEDASE, como mecanismo transitorio, el amparo de los derechos a la indexación de la primera mesada pensional y a mantener el poder adquisitivo de las mesadas pensionales, en conexidad con el mínimo vital de la señora MARIA DEL CARMEN AMAYA DE RODRIGUEZ.

En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado.

En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela. Si no la instaura, cesarán los efectos de éste. (...)”

SEGUNDO: ORDENASE al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible que proceda a indexar el valor de la pensión reconocida a la señora **MARIA DEL CARMEN AMAYA DE RODRIGUEZ**, mediante la **Resolución núm. 1173 de 6 de noviembre de 2003**, de acuerdo con el Índice de Precios al Consumidor, desde el momento del retiro de la entidad hasta la fecha del reconocimiento de la pensión, para determinar el valor actualizado de la primera mesada pensional. Una vez efectuada la indexación, deberá ajustar año por año los incrementos de ley, con el fin de que la pensionada reciba su mesada actualizada. Dentro de las cuarenta y ocho horas (48) horas siguientes a la notificación de la presente decisión, la entidad ordenará la inclusión del nuevo valor en la nómina.

TERCERO: CONCEDASE a la actora un plazo de cuatro (4) meses, contados a partir de la notificación del presente proveído, con el fin de que acuda a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a demandar los actos objeto de la presente controversia.

CUARTO: Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: Dentro de los diez (10) días siguientes a su ejecutoria, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 24 de mayo de 2012.

MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

Presidenta

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO