

ACCION DE TUTELA - Vulnera los derechos a la vida digna, al mínimo vital y a la seguridad social / MONTO MINIMO PENSIONAL - Las pensiones no podían ser inferiores al salario mínimo más alto y tendrán un incremento igual al que el gobierno determine

El apoderado de la accionante solicita dos tipos de incrementos sobre la pensión, es decir, por acrecimiento pensional por la muerte del padre del causante y por efectos de ajuste al salario mínimo mensual legal. Sobre el primero de los reajustes señalados, es pertinente señalar que en casos similares, la Corte Constitucional ha amparado el derecho al mínimo vital para ordenar el acrecimiento pensional a la luz de lo señalado en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, pese a que la norma aplicable sea el Decreto 1211 de 1990, que no contempla el acrecimiento entre los padres. Sin embargo, no puede pronunciarse la Sala sobre la interpretación que sobre éste tema efectuaron los funcionarios judiciales por cuanto las providencias judiciales que ordenaron el reconocimiento pensional hicieron tránsito a cosa juzgada y no fueron objeto de censura a través de la presente acción. Sin embargo, tal vez, sin percatarse del ínfimo valor que podría resultar de la liquidación pensional, el juez natural omitió pronunciarse sobre el valor mínimo que debería resultar de la liquidación para efectos de determinar el monto pensional. El establecimiento de un monto mínimo pensional, en términos de la Corte Constitucional constituye una garantía para los pensionados, tanto del sector público como del privado, pues fija el parámetro mínimo al que deben sujetarse las distintas entidades, al momento de liquidar y reconocer las pensiones. Este mínimo fijado tiene como antecedente la Ley 4ª de 1976 que, por primera vez, estableció que las pensiones deben ser, iguales al salario mínimo más alto, y tuvieran un incremento igual al que el Gobierno determinara para éste, con el fin de que los pensionados pudieran mantener el poder adquisitivo de sus mesadas pensionales.:

FUENTE FORMAL: DECRETO 4433 DE 2004 - ARTICULO 42 / DECRETO 1211 DE 1990 / LEY 4 DE 1976 - ARTICULO 2

SUJETO DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL - Persona de la tercera edad: por las condiciones físicas derivadas de la edad o la enfermedad, se encuentran en la imposibilidad de obtener otros recursos distintos para su subsistencia y la de su familia.

Como se puede apreciar, el monto mínimo de la pensión, pretende compensar la pérdida del poder adquisitivo de las pensiones, cuyo objeto es 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, protección que procede no solo de la aplicación del mismo Decreto 1211 de 1990, sino deriva necesariamente de la aplicación directa de las normas constitucionales y se aplica a situaciones de orden laboral y de seguridad social (Art. 53 y 48 CP).

FUENTE FORMAL: LEY 66 DE 1989 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 48

NOTA DE RELATORIA: En relación a la pensión mínima de jubilación, ver: Corte Constitucional, sentencia C-089 de 26 de febrero 1997, M.P. Jorge Arango Mejía.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION A

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ

Bogotá, D.C., tres (3) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 25000-23-42-000-2015-05948-01(AC)

Actor: OLGA MARIA MERCHAN DE DIAZ

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - COORDINACION GRUPO DE PRESTACIONES SOCIALES

La Sala de Subsección decide la impugnación interpuesta por el apoderado de la accionante contra la sentencia de 14 de enero de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro de la acción de tutela de la referencia, que negó el amparo de los derechos fundamentales invocados en protección.

1. HECHOS

Los presupuestos fácticos sobre los cuales descansa la presente solicitud de protección constitucional del derecho al mínimo vital, se expusieron en la demanda, de la siguiente manera:

El 18 de agosto de 2015, mediante derecho de petición, la señora OLGA MARÍA MERCHÁN DE DÍAZ solicitó ante la Coordinación del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, la corrección del reconocimiento pensional efectuado mediante la Resolución No. 3038 de 2 de julio de 2015 al señalar que misma fue liquidada por un valor inferior al salario mínimo legal y al Decreto 1211 de 1990, situación contraria a lo señalado por el artículo 48 constitucional, que afecta considerablemente el mínimo vital de la accionante, pues se trata de una persona de la tercera edad, quien sólo cuenta con ese medio de subsistencia.

La Coordinación del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de la Defensa Nacional, mediante oficio No. OF115-83326 MSGDAGPSAR de 19 de octubre de 2015 dio respuesta a la anterior petición, pero de manera inexacta y contraria a la

realidad al señalar que a la señora OLGA MARÍA MERCHÁN se le consignaba el valor correspondiente al salario mínimo mensual, es decir, \$681.160.25 pesos.

Tal respuesta no es fiel a la realidad porque el día 17 de noviembre de 2015 la misma Coordinación del Grupo de Prestaciones Sociales expidió una certificación que indica que la accionante devengaba una pensión mensual de \$340.580.25, lo que se corrobora con las consignaciones realizadas por el Ministerio de Defensa, el 24 de septiembre de 2015 y el 26 de octubre de 2015 por valor de \$326.946.92.

2. PRETENSIONES.

Solicitó a manera de pretensiones:

“PRIMERA: Que la Coordinación del Grupo de Prestaciones Sociales, del Ministerio de la Defensa Nacional, MODIFIQUE la resolución No. 3038 del 02 de julio de 2015 en el sentido de reconocer y pagar el valor de UN SALARIO MINIMO MENSUAL (\$681.161.00) como pensión de sobrevivientes a la Señora OLGA MARÍA MERCHÁN por ser la única beneficiaria y titular del derecho pensional”.

3. TRÁMITE

Mediante auto de 9 de diciembre de 2015, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “C” admitió la acción de tutela y ordenó notificar tal decisión al Ministerio de Defensa Nacional, al Coordinador del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa y al Director de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional, a efectos de pronunciarse sobre los hechos de la demanda.

4. INFORMES

4.1. La Coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional¹, indicó en su intervención que a través de la Resolución No. 3038 de 2 de julio de 2015, reconoció a favor de la accionante la pensión de sobrevivientes causada por el deceso de su hijo MANUEL IGNACIO DIAZ

¹ fls. 23 y s.s.

MERCHÁN, en cumplimiento de las sentencias de primera y segunda instancia, proferidas por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Duitama y el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Descongestión, respectivamente, dentro de un proceso ordinario.

Además, la entidad no podía reconocer un derecho no estipulado en las disposiciones aplicables, ni existía una sentencia de unificación del Consejo de Estado o de la Corte Constitucional que permitiera acceder favorablemente al reconocimiento del otro 50% de la pensión causada, como lo señaló el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Duitama, ya que la norma aplicable, es decir, el Decreto 1211 de 1990 no contemplaba la figura del acrecimiento pensional entre padres.

Que entonces la accionante pretendía un pronunciamiento del juez constitucional respecto de un aspecto que no fue objeto de reproche ante el juez administrativo, ya que conforme se advertía, en el fallo de segunda instancia, proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá el apoderado del accionante acudió en apelación adhesiva para solicitar como pretensión única que se descontara la compensación por muerte sin hacer ninguna manifestación respecto a la negación del acrecimiento que hoy reclama.

Finalizó su intervención al indicar que la acción de tutela no procede para el reconocimiento de derechos pensionales así como para la revocatoria de actos administrativos, bien se trate de pensión de vejez, invalidez o de sobrevivientes, a menos que dadas las circunstancias del caso concreto, los medios de defensa judicial resulten ineficaces para la garantía de derechos fundamentales.

4.2. El Subdirector de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional² solicitó desvincular a dicha dependencia al señalar que su función primordial se encuentra establecida en la Resolución No. 15597 de 1997, que descentralizó la Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional y la Coordinación del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, por lo que se encargan únicamente del reconocimiento y orden de pago de las prestaciones sociales unitarias (compensación por muerte, cesantías definitivas, bonificaciones, indemnización por disminución de la capacidad laboral, etc) y de conformar los

² Folio 47.

expedientes por pensión, para la remisión al Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional para reconocimiento pensional.

5. LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “A” mediante providencia de 14 de enero de 2016³ decidió negar el amparo solicitado con base en los siguientes argumentos:

En efecto, la Directora Administrativa del Ministerio de Defensa Nacional a través de la Resolución No. 3088 de 2 de julio de 2015, reconoció y ordenó el pago de una pensión a la accionante por la muerte de su hijo, el soldado Manuel Ignacio Díaz Merchán en un monto de \$340.580 pesos.

Con tal actuación administrativa se dio cumplimiento a las decisiones judiciales proferidas el 30 de abril de 2013 y el 17 de marzo de 2015 en primera y segunda instancia por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Duitama y el Tribunal Administrativo de Boyacá – Sala de Descongestión, respectivamente.

En la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Duitama el 30 de abril de 2013, se estableció que el Decreto 1211 de 1990, no contempló la figura del acrecimiento pensional entre los padres, independientemente de que tal derecho haya sido consagrado en normas posteriores vigentes para la fecha de la ocurrencia de la muerte del causante, por lo que se reconocería la pensión a la demandante en el porcentaje equivalente a la mitad del 50% de las partidas que en vida recibía el soldado fallecido, conforme a lo señalado por el artículo 158 del Decreto Ley 1211 de 1990, con efectos fiscales a partir del 25 de abril de 2007.

Dicha providencia fue objeto de apelación por parte del apoderado de la accionante, sin referirse a los hechos que hoy se pretenden controvertir en sede de tutela, en tanto que la apelación se circunscribió al reconocimiento y pago de la compensación por muerte y no sobre el monto de la mesada pensional; entonces, como tal situación no fue controvertida, el *ad quem* no realizó ninguna

³ Folios 49 y s.s.

modificación sobre este aspecto respecto del fallo de primer grado, con lo que hizo tránsito a cosa juzgada.

En consecuencia no era posible acceder al amparo solicitado por cuanto las decisiones plasmadas en la Resolución No. 3038 de 2 de julio de 2015 hicieron parte de las ordenes contenidas en las sentencias judiciales debidamente ejecutoriadas, por lo que no podía atribuírsele a la autoridad administrativa accionada una lesión de su derecho al mínimo vital.

6. LA IMPUGNACIÓN

El apoderado de la accionante impugnó la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, “por estar inconforme con el mismo, RATIFICANDO para sustentarla LOS MISMOS ARGUMENTOS, que se presentaron en la acción constitucional, pues el fallo de tutela No hizo la valoración solicitada, del derecho fundamental presentado como violado por el Ministerio de la Defensa Nacional, como lo fue el derecho al Mínimo Vital.”⁴

Recibido el expediente en el Despacho sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a desatar la presente controversia.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

Corresponde a esta Sala conocer la presente acción de tutela de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991⁵, en cuanto estipula que “Presentada debidamente la impugnación el juez remitirá el expediente dentro de los dos días siguientes al superior jerárquico correspondiente”.

2. Problema jurídico.

⁴ Fl. 59.

⁵ “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículos 86 de la Constitución Política”.

Vistos los antecedentes fácticos del caso, el problema jurídico central sobre el que esta Sala debe pronunciarse consiste en determinar si la acción de tutela es procedente para obtener el reajuste de la mesada pensional conforme al salario mínimo mensual legal vigente, de la señora OLGA MARÍA MERCHÁN DE DÍAZ quien alega la condición de sujeto de especial protección.

3. Procedencia de la acción.

El artículo 86 de la Constitución Política dispone que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. No obstante, solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha sido clara en señalar que la acción de tutela resulta improcedente para obtener el reconocimiento o reliquidación de prestaciones sociales, en la medida que dicha controversia debe ventilarse ante la jurisdicción ordinaria o la contenciosa administrativa, según se trate. Sin embargo, de manera excepcional, se ha admitido su procedencia, cuando los medios ordinarios de defensa, ante las particularidades del caso, no son lo suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección inmediata de los derechos fundamentales.

Bajo este contexto, el amparo constitucional procederá para obtener el reconocimiento y pago de prestaciones de carácter pensional, cuando no existe otro medio de defensa judicial, o cuando pese a existir, aquél no resulte idóneo ni eficaz en atención a las especiales circunstancias en que se desenvuelve el asunto planteado.

En este evento, la acción de tutela se erige como el mecanismo principal y definitivo para la solución de las controversias de esta naturaleza, ante la dificultad material de obtener una protección real y efectiva por otra vía judicial.

De igual manera, el amparo tutelar procederá como mecanismo transitorio, a pesar de la existencia de otros mecanismos de defensa, cuando se advierta la ocurrencia de un perjuicio irremediable, pues éste exige la adopción de medidas inmediatas para garantizar la protección de los derechos involucrados, mientras la autoridad judicial competente decide de fondo la acción correspondiente.

Además, la Corte Constitucional ha sostenido que la procedencia excepcional de la solicitud de amparo en los casos de reconocimiento o reliquidación de prestaciones sociales, específicamente en materia pensional, adquieren cierto grado de justificación cuando sus titulares son personas de la tercera edad, toda vez que son sujetos que por su condición económica, física o mental se hallan en situación de debilidad manifiesta⁶, conforme a lo señalado en los artículos 13 y 46 de la Carta, por cuanto, la tardanza o demora en la definición de los conflictos relacionados con el reconocimiento y reliquidación de la pensión mediante los mecanismos ordinarios de defensa, puede llegar a afectar sus derechos al mínimo vital, la salud, e incluso hasta su propia subsistencia.

Pese a lo anterior, para acceder a la tutela no resulta suficiente que el accionante se encuentre en situación de perjuicio irremediable, sino también que el derecho cuyo reconocimiento reclama a través de la acción de amparo constitucional sea procedente a la luz del ordenamiento jurídico, pues de otra forma no podría predicarse la omisión o desconocimiento de un deber legal por parte de la autoridad pública. “En otras palabras, es indispensable que el accionante demuestre cumplir a cabalidad con los requisitos exigidos por la ley para el reconocimiento y pago de la prestación reclamada, ya que de lo contrario el amparo sería improcedente debido a que la conculcación de los derechos fundamentales que da lugar al ejercicio de la acción de tutela deriva precisamente del desconocimiento del derecho que le asiste al solicitante para reclamar la reliquidación de su pensión.”⁷

En este caso, la accionante solicita que la pensión derivada del fallecimiento de su hijo, sea reajustada al mismo valor del salario mínimo mensual legal vigente, pretensión para la que en principio, contaría para tal efecto con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

⁶ Corte Constitucional sentencias T-111 de 1994. M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

⁷ Véase, Sentencia T-684 del 22 de julio de 2004. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Sin embargo, señala que pertenece a la tercera edad y no cuenta con otro medio de subsistencia, circunstancia que prueba al allegar copia de los extractos bancarios en donde se aprecia que sus ingresos mensuales corresponden a \$376.310⁸, en promedio al mes, situación que pone de manifiesto su vulnerabilidad y en atención al texto constitucional, artículo 13, y a la jurisprudencia a que se ha hecho referencia, se concluye como procedente la acción de tutela para evaluar de fondo la situación de la accionante, con lo que pasa la Sala a verificar si le asiste el derecho a la prestación reclamada.

4. Del reajuste pensional reclamado.

Como quedo señalado en la parte histórica de ésta providencia, a través de sentencias proferidas por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Duitama y del Tribunal Administrativo de Boyacá se ordenó el reconocimiento a favor de la accionante de la pensión por muerte de su hijo en combate, contemplada en el Decreto 1211 de 1990⁹, artículo 189¹⁰.

Sin embargo, la accionante no cuestiona esos pronunciamientos judiciales, sino la actuación de la Coordinación del Grupo de Prestaciones Económicas del Ministerio de Defensa Nacional plasmada en la Resolución No. 3038 de 2 de julio de 2015, a través de la cual se dio cumplimiento a las sentencias señaladas, pues en su parecer su pensión no podía ser liquidada en valor inferior a un salario

⁸ Fls. 6 a 8 del expediente.

⁹ “Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares”

¹⁰ “**ARTÍCULO 189. MUERTE EN COMBATE.** A partir de la vigencia del presente Estatuto, a la muerte de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en servicio activo, en combate o como consecuencia de la acción de enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público, ser ascendido en forma póstuma al grado inmediatamente superior, cualquiera que fuere el tiempo de servicio en su grado. Además sus beneficiarios, en el orden establecido en este Estatuto, tendrán derecho a las siguientes prestaciones:

a. A que el Tesoro Público les pague por una sola vez, una compensación equivalente a cuatro (4) años de los haberes correspondientes al grado conferido al causante, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 158 de este Decreto.

b. Al pago doble de la cesantía por el tiempo servido por el causante.

c. Si el Oficial o Suboficial hubiere cumplido doce (12) o más años de servicio, a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual, la cual será liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro, de acuerdo con el grado y tiempo de servicio del causante.

d. Si el Oficial o Suboficial no hubiere cumplido doce (12) años de servicio, sus beneficiarios en el orden establecido en este estatuto, con excepción de los hermanos, tendrán derecho a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las partidas de que trata el artículo 158 de este Decreto.”

mínimo mensual vigente.

Por lo anterior, en aras de determinar los límites del problema jurídico sobre el que versa esta controversia debe efectuarse el siguiente recuento del *iter* judicial y administrativo surtido, en los siguientes términos:

4.1. Sentencia de primera instancia.

A través de sentencia de 30 de abril de 2013¹¹, el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Duitama, reconoció a favor de la accionante la pensión por muerte en combate de su hijo MANUEL IGNACIO DÍAZ MERCHÁN ocurrida el 14 de septiembre de 2000, con base en lo señalado en el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990.

Para arribar a tal conclusión el Juzgado encontró probado que el señor MANUEL IGNACIO DÍAZ MERCHÁN se incorporó a prestar servicio militar el día 23 de noviembre de 1994 y que posteriormente fue dado de alta como soldado voluntario hasta el día 13 de septiembre de 2000 cuando se produjo su muerte en combate por la acción del enemigo, fecha para la cual se encontraba soltero y sin hijos.

Que con posterioridad a su deceso se le realizó un ascenso póstumo al grado de cabo segundo mediante Resolución No. 000223 de 22 de marzo de 2001.

Posteriormente, mediante la Resolución No. 06185 de 23 de mayo de 2001 le fue reconocida a la accionante y a su esposo el pago de las prestaciones sociales, conforme al Decreto 2728 de 1968 y con posterioridad, el 25 de abril de 2011 solicitó ante la Coordinación del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

Analizó documentos tales como la copia del registro civil con la que se acreditó el nacimiento de MANUEL IGNACIO DÍAZ MERCHÁN el 10 de diciembre de 1972, hijo de los señores LUIS EDUARDO DÍAZ y OLGA

¹¹ Folios 29 y s.s.

MARÍA MERCHÁN. Igualmente confrontó la copia del registro civil de defunción del causante y la de su padre.

Consideró que dada la condición de soldado voluntario de MANUEL IGNACIO DÍAZ MERCHÁN, ascendido de manera póstuma al grado de cabo segundo, podía señalarse que era aplicable a su caso el Decreto 1211 de 1990, al verificarse su muerte en actividad, razón por la que su madre contaba con el derecho a la pensión consagrada en el artículo 189.

Sin embargo, sostuvo que como el mencionado Decreto 1211 de 1990 no contemplaba el acrecimiento pensional entre los padres, por lo que no era posible disponer el mismo en este caso por el fallecimiento del señor LUIS EDUARDO DÍAZ. En consecuencia, debía reconocerse la pensión a la accionante en el porcentaje equivalente a la mitad del 50% de las partidas que en vida percibía el soldado fallecido, con efectos fiscales a partir del 24 de abril de 2007.

Igualmente ordenó el descuento de lo recibido a título de compensación por la muerte del causante en aplicación del Decreto 2728 de 1968, sobre las sumas que resulten de la pensión de sobrevivientes que se reconocerían a la señora MERCHÁN DE DÍAZ en aplicación del Decreto 1211 de 1990.

4.2. Recurso de apelación.

En este caso ambas partes interpusieron recurso de apelación, pero en lo que toca a la accionante (fl. 38 vto.), las razones de disenso se basaron en que no se podía ordenar el descuento de lo percibido a título de compensación por la muerte del suboficial.

4.3. Sentencia de segunda instancia.

El Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Descongestión, a través de sentencia de 17 de marzo de 2015¹², decidió confirmar parcialmente la sentencia del Juzgado Primero Administrativo de Duitama, salvo el numeral 7º que dispuso la devolución de las sumas percibidas por compensación.

¹² Folios 35 y s.s.

4.4. Cumplimiento de la orden judicial.

En virtud de todo lo anterior, a través de la Resolución No. 3038 de 2015¹³, la Directora Administrativa del Ministerio de Defensa Nacional, reconoció a la accionante, la pensión por muerte de su hijo, conforme al artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, en cuantía del 50% de las partidas devengadas en actividad por el cabo segundo, para un total de \$340.580 pesos.

Aclarado lo anterior, debe advertirse que en sede de tutela, el apoderado de la accionante solicita dos tipos de incrementos sobre la pensión, es decir, por acrecimiento pensional¹⁴ por la muerte del señor LUIS EDUARDO DÍAZ, padre del causante (fl. 11) y por efectos de ajuste al salario mínimo mensual legal. (fl. 13).

Sobre el primero de los reajustes señalados, es pertinente señalar que en casos similares, la Corte Constitucional ha amparado el derecho al mínimo vital para ordenar el acrecimiento pensional a la luz de lo señalado en el artículo 42 del

¹³ Folios 2 y s.s.

¹⁴ Sobre este tema es valioso recordar la sentencia de unificación de la Sección Tercera de esta Corporación, de 22 de abril de 2015 con ponencia de la Consejera Dra. Stella Conto Díaz del Castillo dentro del proceso radicado con el No. 15-001-23-31-000-2000-03838-01 (19.146), en la que se indicó que el acrecimiento se trata de un principio general del derecho:

“(…) Y merece especial referencia la acogida del acrecimiento en materia pensional, en la que extinguido el derecho de uno de los comuneros, los demás ven acrecida su participación. Veamos:

Ley 33 de 1973, art. 1, par. 1°: “(…) Si concurrieren cónyuges e hijos la mesada pensional se pagara, el 50% al cónyuge y el resto para los hijos por partes iguales. La cuota parte de **la pensión que devenguen los beneficiarios acrecerá a la que perciben las demás cuando falte alguno de ellos o cuando el cónyuge contraiga nuevas nupcias o haga vida marital.**”

Ley 71 de 1988, art. 3, n.º 1: “El cónyuge sobreviviente o compañero o compañera permanente, tendrán derecho a recibir en concurrencia con los hijos menores o inválidos por mitades la sustitución de la respectiva pensión **con derecho a acrecer** cuando uno de los dos órdenes tengan extinguido su derecho. De igual manera respecto de los hijos entre sí.”

Decreto 758 de 1990, art. 28, par. 1°: “Cuando por extinción o pérdida del derecho, faltare alguno de los beneficiarios del respectivo orden, la cuota parte de su pensión, acrecerá en forma proporcional a la de los demás.”

Decreto 1211 de 1990, art. 118: “EXTINCION DE PENSIONES. (...) La porción del cónyuge acrecerá la de los hijos y la de éstos entre sí y a la del cónyuge. En los demás casos no habrá derecho a acrecimiento.”

Decreto 4433 de 2004, art. 11: “(…) La porción del cónyuge acrecerá a la de los hijos y la de estos entre sí y a la del cónyuge, y la de los padres entre sí y a la del cónyuge. En los demás casos no habrá lugar a acrecimiento.” Negrilla original.

Decreto 4433 de 2004, pese a que la norma aplicable sea el Decreto 1211 de 1990, que no contempla el acrecimiento entre los padres.

Sin embargo, no puede pronunciarse la Sala sobre la interpretación que sobre éste tema efectuaron los funcionarios judiciales por cuanto las providencias judiciales que ordenaron el reconocimiento pensional hicieron tránsito a cosa juzgada¹⁵ y no fueron objeto de censura a través de la presente acción.

Sin embargo, tal vez, sin percatarse del ínfimo valor que podría resultar de la liquidación pensional, el juez natural omitió pronunciarse sobre el valor mínimo que debería resultar de la liquidación para efectos de determinar el monto pensional, tema sobre el que sí es posible señalar lo siguiente:

El establecimiento de un monto mínimo pensional, en términos de la Corte Constitucional¹⁶ constituye una garantía para los pensionados, tanto del sector público como del privado, pues fija el parámetro mínimo al que deben sujetarse las distintas entidades, al momento de liquidar y reconocer las pensiones.

Este mínimo fijado tiene como antecedente la Ley 4ª de 1976¹⁷ que, por primera vez, estableció que las pensiones fueran, por los menos, iguales al salario mínimo más alto, y tuvieran un incremento igual al que el Gobierno determinara para éste, con el fin de que los pensionados pudieran mantener el poder adquisitivo de sus mesadas pensionales. En efecto, ese parámetro fue incluido en el artículo 2º, donde se dispuso lo siguiente:

“Artículo 2º.- Las pensiones a que se refiere el Artículo anterior no podrán ser inferiores al salario mínimo mensual más alto, ni superiores a 22 veces este mismo salario”.

Esta regulación se mantuvo en el artículo 2º de la Ley 71 de 1988 “por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones” pero incluyó el término “vigente”:

¹⁵ La constancia de ejecutoria obra a folio 46.

¹⁶ Sentencia C-089 de 1997, Dr. Jorge Arango Mejía.

¹⁷ “*por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones*”

“Ninguna pensión mínima de vejez o jubilación será inferior a un salario mínimo legal vigente”

Posteriormente la Ley 100 de 1993 señaló en su artículo 35:

“Pensión mínima de vejez o jubilación. El monto mensual de la pensión mínima de vejez o jubilación no podrá ser inferior al valor del salario mínimo legal mensual vigente.”

En lo que toca al tema, el Decreto 1211 de 1990, proferido por el Presidente de la República, en uso “de las *facultades extraordinarias que le confiere la Ley 66 de 1989*” y “*Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares*” norma aplicable al caso del causante, en su calidad de suboficial muerto en combate, señaló en su artículo 169:

“ARTÍCULO 169. OSCILACION DE ASIGNACION DE RETIRO Y PENSION. Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente Decreto se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158 de este Decreto. **En ningún caso aquellas serán inferiores al salario mínimo legal.**

Los Oficiales y Suboficiales o sus beneficiarios, no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.

PARAGRAFO. Para la oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones de Oficiales Generales y de Insignia, Coroneles y Capitanes de Navío, se tendrá en cuenta como sueldo básico, el porcentaje que como tal determinen las disposiciones legales vigentes que regulen esta materia, más las partidas señaladas en el artículo 158 de este Decreto.”¹⁸ (Subrayas original. Negrilla de la Sala).

La anterior legislación se recogió en la Carta Política, artículo 48, en donde el Acto Legislativo 01 de 2005, adicionó entre otros, los siguientes incisos:

“(…)

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”.

“Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin

¹⁸ Apartes subrayados declarados EXEQUIBLES por Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia No. 134 de 31 de octubre de 1991, M.P. Dr. Simón Rodríguez Rodríguez.

perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones".

"En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos".

"Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones. No podrá dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido".

*"Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. **Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente.** Sin embargo, la ley podrá determinar los casos en que se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión". Se resalta.*

Como se puede apreciar, el monto mínimo de la pensión, pretende compensar la pérdida del poder adquisitivo de las pensiones, cuyo objeto es 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, protección que procede no solo de la aplicación del mismo Decreto 1211 de 1990, sino deriva necesariamente de la aplicación directa de las normas constitucionales y se aplica a situaciones de orden laboral y de seguridad social (Art. 53 y 48 CP).

Así pues, de las normas transcritas es evidente que ni hoy, ni aun en vigencia del Decreto 1211 de 1990 es posible el reconocimiento de una pensión que esté por debajo del valor señalado pues de lo contrario se entraría en claro desconocimiento de un principio mínimo fundamental de orden constitucional tal

como lo dispone el artículo 53¹⁹, toda vez que este monto de la pensión de vejez o jubilación, es una garantía irrenunciable en favor del pensionado, que no puede ser desconocida en ningún régimen pensional.

En conclusión, para ésta Sala es claro que es ineludible la aplicación en el *sub lite* de los principios mínimos laborales, como lo impone nuestra Constitución Política, en tanto constituyen normas jurídicas del máximo grado y del máximo valor para la vida del derecho, por lo que le asiste razón a la peticionaria para solicitar su ajuste pensional al salario mínimo legal vigente.

Ahora bien, la medida que en el *sub lite* se impone es definitiva pues en este caso la protección *ius fundamental* deriva de la aplicación directa de principios de índole constitucional sin que de ninguna manera se evidencie alguna duda en la interpretación de la norma que haya de ser verificada por el juez ordinario.

De acuerdo con lo anterior, se revocará la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y en lugar se concederá la tutela de manera definitiva.

En consecuencia, se ordenará al Ministerio de Defensa Nacional a través de la Coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales, o quien haga sus veces, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, emita el acto administrativo de reajuste de la pensión por muerte en combate, reconocida a la accionante OLGA MARIA MERCHÁN DE DIAZ al monto de un salario mínimo mensual vigente. La inclusión en nómina y el pago efectivo no podrá superar los dos meses.

¹⁹ “**ARTICULO 53.** El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.” Se resalta.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

IV. FALLA

PRIMERO.- REVÓCASE la sentencia proferida el 14 de enero de 2016 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de conformidad con lo señalado en la parte motiva.

SEGUNDO.- Se CONCEDE la tutela para la protección de los derechos a la vida digna, al mínimo vital y a la seguridad social de la señora OLGA MARÍA MERCHÁN DE DÍAZ, conforme a las consideraciones descritas.

TERCERO.- ORDÉNASE al Ministerio de Defensa Nacional, a través de la Coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales, o quien haga sus veces que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, emita el acto administrativo de reajuste de la pensión por muerte en combate, reconocida a la accionante OLGA MARIA MERCHÁN DE DIAZ al monto de un salario mínimo mensual vigente. Deberá notificarse tal actuación a la accionante. En todo caso, el término para la inclusión en nómina y pago efectivo no podrá superar dos meses, a partir de la notificación de esta sentencia.

CUARTO.- LÍBRENSSE las comunicaciones de que trata el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, para los fines ahí contemplados.

QUINTO.- Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

REMÍTASE el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO