

Sentencia T-624/12

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Fundamental

SEGURIDAD SOCIAL-Derecho irrenunciable y servicio público a cargo del Estado

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PRESTACION ECONOMICA
DERIVADA DE LA SEGURIDAD SOCIAL-Procedencia excepcional

ACCION DE TUTELA-Procedencia como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio
irremediable pese a la existencia de otros medios de defensa judicial

ACCION DE TUTELA-Requisitos de subsidiariedad

ACCION DE TUTELA EN MATERIA DE RELIQUIDACION E INDEXACION PENSIONAL-
Procedencia excepcional

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL Y DERECHO A LA RELIQUIDACION DE LA
PENSION-Concordancia

DERECHO A LA PENSION-Aplicación de normas vigentes al momento de cumplir requisitos

DERECHO A LA PENSION Y PRINCIPIO DE LA CONDICION MAS BENEFICIOSA-
Aplicación retroactiva o ultraactiva de la Ley

DERECHO A LA RELIQUIDACION DE LA PENSION-Supeditada a verificación de la
aplicación de normas vigentes en la liquidación ya hecha de la pensión

DERECHO DE LA PENSION-Reconocimiento según Decreto 3135/68 sobre factores señalados
en el Decreto 1045/78 y Decreto 1848/69 para pensión causa en el año de 1983

INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL-Debe mantener el poder adquisitivo según sentencia C-862/06

MESADA PENSIONAL-Actualización e indexación con base en la variación del IPC certificado por el DANE

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-No está sujeta a plazo de caducidad cuando refiere una prestación periódica

ACCION DE TUTELA DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD CONTRA MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE-Reliquidación de la pensión de jubilación incluyendo prima de navidad como factor salarial en la liquidación del ingreso base de liquidación

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Desconocimiento del régimen pensional aplicable por error de cálculo del ingreso base de liquidación en indexación de mesada pensional al no incluir la prima de navidad

DERECHO PENSIONAL-Imprescriptible/MESADA PENSIONAL-Se somete a la regla general de la prescripción trianual

Referencia: expediente T-3428386

Acción de tutela instaurada por Luís Darío Ortiz Rico contra el Ministerio de Medio Ambiente (hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible).

Magistrada Ponente:

ADRIANA MARIA GUILLÉN ARANGO

Bogotá, D.C., diez (10) de agosto de dos mil doce (2012)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, JORGE IVÁN PALACIO PALACIO y ADRIANA MARIA GUILLÉN ARANGO, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión de los fallos emitidos por la Sala Penal del Tribunal Superior del

Distrito Judicial de Bogotá D.C. y por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en primera y segunda instancia respectivamente.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

Luís Darío Ortiz Rico presentó acción de tutela en contra del Ministerio de Medio Ambiente (hoy de Ambiente y Desarrollo Sostenible) por la presunta vulneración de sus derechos al debido proceso, a la seguridad social, al mínimo vital, al trabajo, a la igualdad y a los derechos adquiridos. Los hechos que alegó en la demanda fueron los siguientes:

1. El accionante nació el 3 de octubre de 1928. Durante su vida productiva trabajó en el IDEMA y en el Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables durante 7378 días, por lo cual afirmó que a la fecha de retiro, el 30 de octubre de 1977, había cumplido con el requisito de tiempo de servicio para acceder a su pensión de vejez, bajo el régimen creado por el Decreto 3135 de 1968. Sin embargo, el actor aseveró que no contaba con la edad necesaria para acceder a ésta, pues sólo hasta el 3 de octubre de 1983 cumplió los 55 años requeridos.

2. En 1984 se trasladó a la República Bolivariana de Venezuela, sin haber intentado reclamar su pensión de vejez. No obstante, debido a una situación económica complicada, y a distintos problemas de salud, incluyendo un derrame cerebral, se volvió a trasladar a Colombia en el 2010, pero le fue imposible conseguir un nuevo medio de subsistencia.

3. El 2 de noviembre de 2010 presentó su solicitud de reconocimiento y pago de pensión de jubilación vitalicia y adicionalmente, solicitó el pago de todas las mesadas adeudadas desde 1983.

4. El entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, por medio de Resolución Número 1680 de 18 de agosto de 2011, le reconoció la pensión vitalicia mensual, y consecuentemente ordenó su inclusión en la nómina de pensionados. En dicha Resolución se liquidó la pensión y el retroactivo con base en los siguientes cuadros:

"PROMEDIO INGRESO DEL ÚLTIMO AÑO DE SERVICIOS: 01/11/1976 a 30/10/1977

Factores Salariales	Valores
Sueldos	\$162.400
PROMEDIO ÚLTIMO AÑO DE SERVICIOS	\$162.400
PROMEDIO MENSUAL	\$13.533
VALOR PENSIÓN 75% A 30/10/1977	\$10.150

VALOR PENSIÓN A 03/10/1983	\$27.217			
VALOR AÑO 2007 (INC.4,48%)	VALOR AÑO 2008 (INC.5,69%)	VALOR AÑO 2009 (INC.7,67%)	VALOR AÑO 2010 (INC.2,00%)	VALOR AÑO 2011 (INC.3,17%)
\$854.715	\$903.348	\$972.635	\$992.088	\$1.023.537

(...)

Que la base de la liquidación para el año 1983, se ajustó de acuerdo con las normas legales expedidas por el Gobierno Nacional para el período comprendido entre 1976 y 1983 y a partir de dicho año, se aplicaron los IPC certificados por el DANE."

5. Sin embargo, el accionante alegó que en el cálculo de los factores salariales utilizados para liquidar no se incluyeron las primas de navidad, de servicios y de vacaciones que recibió en el último año de servicio, por lo que el promedio utilizado para liquidar es menor al que debió haber sido utilizado. Además, aseveró que la pensión no fue indexada de manera adecuada, puesto que según sus cálculos, a 1983 el valor de la pensión debió haber sido de \$33.936, tomando como base el IPC certificado por el DANE y aplicando la fórmula reiterada en la jurisprudencia. De lo anterior, establece que hoy en día debería tener una pensión de \$2.549.851, lo cual equivale a una diferencia de \$1.526.314 con lo que recibe actualmente. El actor también indicó que el retroactivo y sus respectivos intereses no fueron liquidados adecuadamente por parte de la entidad accionada, dado que considera que la deuda alcanzaba los \$818.357.191, correspondientes a la suma de mesadas atrasadas desde 1983 cuando se causó el derecho pensional, y no sólo desde el 2007 como se reconoció en la Resolución cuestionada.

6. El accionante consideró que los errores que se cometieron en su contra afectan de manera grave su mínimo vital que necesita para mantener una subsistencia digna. Adicionalmente, evaluó que la situación suya se empeora considerando los graves problemas de salud que tiene, incluyendo graves trastornos neurológicos y un tumor maligno en la próstata. Por último sostuvo que dada la gravedad de la situación que lo aqueja no hizo uso del recurso de reposición que tenía la Resolución, pues ello hubiera alargado el tiempo para recibir su pensión.

2. Solicitud de tutela

El accionante requirió la protección de los derechos fundamentales invocados, y en consecuencia solicitó que se liquide correctamente la pensión de vejez a la que tiene derecho, incluyendo dentro del Ingreso Base de Liquidación la prima de navidad, la prima de servicios y la prima de vacaciones. En segundo lugar, pidió que se actualice correctamente su pensión entre 1977 y el 2011 cuando la empezó a disfrutar de acuerdo con el índice de precios al consumidor, certificado por el DANE. Por último, pretende que se ordene el pago de todas las mesadas dejadas de pagar desde 1983, y consecuentemente, se pague los intereses de mora que se causaron durante ese lapso.

3. Intervención de la entidad accionada:

Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible:

El Ministerio solicitó que se negaran las pretensiones del actor, puesto que consideró que la

tutela era improcedente. Alegó que hay otra vía judicial para reclamar los derechos que pretende el actor, a la cual se debe acudir considerando que la tutela es un medio subsidiario, y no alternativo, sin que encuentre probado un perjuicio irremediable en el caso concreto.

La entidad sostuvo que en todo caso no hay vulneración alguna de derechos fundamentales, en razón a que la liquidación se hizo de acuerdo con las exigencias de Ley y con base en los factores salariales que, según las pruebas allegadas al Ministerio, fueron percibidas por el actor en su último año de servicios[1]. Concluye que se le ha respetado el debido proceso al actor, en concordancia con la jurisprudencia establecida por la Corte Constitucional en las sentencias T-500 de 2008, C-053 de 1995, T-420 de 1998, C-014 de 2004 y C-648 de 2001, entre otras.

4. Pruebas relevantes aportadas al proceso

Copia autentica de la Resolución 1680 de 2011 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Sostenible, en la cual consta que se le reconoce al señor Ortiz una pensión de vejez por un valor de \$1.023.537 en el 2011, con base en un promedio mensual de ingreso de \$13.533 para el último año de servicios en 1977; y le reconoce un retroactivo de \$50,848,369.00 correspondientes a las mesadas no prescritas y causadas tomando como fecha de referencia el 2 de noviembre de 2007 (folio 25-28, Cuaderno 1).

Copia autentica de la cédula de ciudadanía del señor Luís Darío Ortiz Rico, a partir de la cual se verifica que nació el 3 de octubre de 1928 (folio 29, Cuaderno 1).

Certificado de la Registraduría Delegada para el Registro Civil y la identificación, en el cual consta que el accionante es colombiano por nacimiento (folio 30, Cuaderno 1).

Formulario Único de Afiliación e Inscripción a la Nueva EPS del señor Luís Darío Ortiz Rico, que fue recibida en dicha entidad el 12 de septiembre de 2011 para su respectivo estudio (folio 31, Cuaderno 1).

Copia del derecho de petición de solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación del señor Ortiz, recibida en el Ministerio el 2 de noviembre de 2010 (folios 32- 34, Cuaderno 1).

Copia de la Certificación de Información Laboral por parte del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, correspondiente al lapso de tiempo que trabajó en el IDEMA entre 1965 y 1974, que establece que a agosto de 1974 el accionante recibía una asignación básica mensual de \$8,818 (folios 35-42, Cuaderno 1).

Copia del Certificado de Información Laboral del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial- INDERMA-, en el cual consta que en 1976 tuvo una asignación total anual incluyendo factores salariales de \$136.350. Establece que a partir de junio de dicho año recibió una asignación mensual de \$11.700, y entre enero y junio de 1997, recibió una asignación mensual de \$13.900, para un total de \$83.400 (folio 43-44, Cuaderno 1).

Copia de la versión anterior de la Cédula de Ciudadanía, de la contraseña, y de una declaración juramentada rendida ante notario, a partir de la cuales es claro que el accionante nació el 3 de octubre de 1928 (folios 45-47, Cuaderno 1).

Declaración jurada rendida para fines extraprocesales del 6 de octubre de 2010, en la cual el accionante afirma que no recibe pensión o jubilación de ninguna entidad pública (folio 48, Cuaderno 1).

Historia clínica del accionante que reposa en el Hospital Engativá, prescripciones médicas de un especialista de medicina interna que valoró al accionante, y constancia de la transferencia del accionante como paciente con cáncer de próstata entre centros de atención médica en la República Bolivariana de Venezuela, con las que se verifica que el accionante al interponer la tutela sufría de cáncer de próstata y tenía problemas neurológicos luego de sufrir un accidente cerebrovascular (folios 49-52, Cuaderno 1).

Tabla de la actualización hecha año a año de la pensión del señor Ortiz por parte del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial en la que consta que, luego de los incrementos porcentuales año por año de la pensión, en el 2011 era acreedor de una mesada de \$1.023.537 (folio 128, Cuaderno 1).

Resolución DARCA-970 expedida por el Director Administrativo del INDERENA del 27 de octubre de 1977, en el cual consta que el accionante tenía una asignación mensual básica de \$13.900 entre septiembre y octubre de 1977, momento en el que desarrolló su labor en la entidad que certifica (folio 130, Cuaderno 1).

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

Primera instancia: Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.

El 23 de enero de 2012, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. negó el amparo pretendido, por cuanto consideró que la solicitud del accionante no cumplió con el requisito de subsidiariedad. Afirmó que aunque se trata de un sujeto de especial protección constitucional, no se probó la afectación al mínimo vital, ni se comprobó que el accionante fuera diligente en su defensa ante la administración con miras reclamar la reliquidación. En esa línea, sostuvo que el pago de pensión que se le viene dando no queda suspendido por una nueva solicitud, y en ese sentido consideró que no procede la solicitud de tutela.

Recurso de apelación interpuesto por Luís Darío Ortiz Rico:

El actor impugnó el fallo, expuso que según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, dada su avanzada edad y su grave situación de salud, el requisito de subsidiariedad no se puede mirar de manera estricta. En su concepto, es una carga desproporcionada exigirle que acuda a un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho considerando que se trata de un sujeto de especial protección constitucional. Igualmente, aseveró que, de acuerdo con Decreto 1045 de 1978, los empleados públicos tienen derecho a una prima de vacaciones, de servicios y de navidad, los cuales, según el artículo 45 de la mencionada norma, deben contabilizarse para efectos del reconocimiento de la pensión. Considera que el hecho de que no se hayan tenido en cuenta en el cálculo del ingreso base de liquidación de su pensión constituye una afrenta a la igualdad y al debido proceso. Por último, estipula que no le han prescrito las mesadas, como lo afirma el Ministerio, por cuanto, considera que según la sentencia C-198 de 1999, los derechos pensionales no prescriben.

Segunda instancia: Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia:

El 6 de marzo de 2012, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó el fallo del a quo, por cuanto consideró que la tutela no cumplía con el requisito de la subsidiariedad al existir otro instrumento de defensa. En ese mismo sentido, estimó que en el caso concreto no se cumplieron las condiciones para estudiar el caso en sede de tutela a pesar de la existencia del mecanismo principal, puesto que el accionante no realizó actuación alguna en sede administrativa, tanto así

que dejó que la prescripción operara sobre 24 años de mesadas, entre el momento en que se causó el derecho y el momento en que efectivamente reclamó su pensión ante la Administración.

III. REVISIÓN POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

Remitido el expediente a esta Corporación, la Sala de Selección Número Cuatro, mediante auto de diecinueve (19) de abril de dos mil doce (2012), dispuso la revisión de los expedientes T-3353943 y T-3428386 por la Corte Constitucional, y su respectiva acumulación. Luego, por medio de auto del tres (3) de julio de dos mil doce (2012), la Sala Tercera de Revisión desacumuló los expedientes por presentar supuestos de hecho distintos.

1. Competencia

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

2. Consideraciones

2.1. Problema jurídico y esquema de resolución.

2. Esta Sala pasa a determinar si el entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial- hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible- vulneró el derecho a la seguridad social de Luís Darío Ortiz Rico primero al no incluir la prima de vacaciones, de servicios y de navidad dentro de los factores salariales para determinar el monto de la pensión de jubilación, segundo al haber sido mal indexada según su apreciación y tercero al no pagarle las mesadas atrasadas desde octubre de 1983 cuando se causó el derecho en la Resolución 1680 del 18 de agosto de 2011.

3. Para resolver el problema jurídico expuesto, la Sala deberá estudiar, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, los siguientes temas: fundamentalidad del derecho a la seguridad social y la procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de una prestación económica derivada de éste (2.2), el derecho a la reliquidación de la pensión (2.3.), y el derecho a la indexación de la primera mesada pensional (2.4.). Con base en los anteriores elementos de juicio pasará a resolver el caso concreto (2.5).

2.2. Fundamentalidad del derecho a la seguridad social y la procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de una prestación económica derivada de éste.

4. De acuerdo al artículo 48[2] de la Constitución Política la seguridad social es un derecho irrenunciable, y un servicio público obligatorio, cuya dirección, coordinación y control está en cabeza del Estado, a quien le corresponde la carga de asegurar la prestación del servicio de acuerdo a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

5. En un principio, la doctrina y la jurisprudencia de esta Corporación entendió que sólo aquellos pertenecientes al Capítulo I del Título II de la Carta Política eran derechos fundamentales, y como tal eran aquellos susceptibles de ser amparados por medio de tutela, entendiendo que la lista hecha era una enunciación explícita y excluyente. En ese sentido, aquellos que hacían parte del Capítulo II de dicho título, como el de seguridad social, al ser derechos sociales, económicos y culturales, y en tanto tenían un carácter prestacional, se clasificaron dentro de la categoría de

derechos de segunda generación y se entendió que su desarrollo le correspondía al legislador y al ejecutivo por medio de la adopción de medidas que desarrollaran los mandatos constitucionales, siendo su protección un ámbito ajeno al juez de tutela.

6. De allí, la protección del derecho a la seguridad social por medio de tutela estuvo limitada en principio a la violación de un derecho fundamental de primera generación, con base en el amparo por conexidad[3]. Igualmente, se consideró que había casos en los cuales, dada la calidad de sujeto de especial protección constitucional de quien solicitaba la protección, procedía el amparo del derecho a la seguridad social, entendiéndose que en esos casos por circunstancias particulares de la persona se trataba de un derecho fundamental.

7. Sin embargo, posteriormente, la Corporación entendió que:

"(...) en pronunciamientos más recientes esta Corte ha señalado que todos los derechos constitucionales son fundamentales[5] pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención). Significan, de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios – económicos y educativos - indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar. De ahí el matiz activo del papel del Estado en la consecución de un mayor grado de libertad, en especial, a favor de aquellas personas ubicadas en un situación de desventaja social, económica y educativa. Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter positivo o de acción).

Ahora bien, una cosa es la fundamentalidad de los derechos y otra – muy distinta – la posibilidad de hacerlos efectivos a través de la acción de tutela.

(..)

La necesidad del desarrollo político, reglamentario y técnico no determina que estos derechos pierdan su carácter fundamental, pero sí tiene repercusiones en la posibilidad de protegerlos mediante la acción de tutela pues la indeterminación de algunas de sus facetas prestacionales dificulta establecer con exactitud, en un caso concreto, quien es el sujeto obligado, quien es el titular y cual es el contenido prestacional constitucionalmente determinado.

En este sentido, la Corte ha señalado que sólo una vez adoptadas las medidas de orden legislativo y reglamentario, si se cumplen los requisitos previstos en estos escenarios, las personas pueden, sin excepción, acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de estos derechos fundamentales cuando quiera que este se encuentre amenazado de vulneración o haya sido conculcado[6], previo análisis de los requisitos de procedibilidad de este mecanismo constitucional."

8. Así las cosas, el derecho a la seguridad social, como fundamental, se desarrolla actualmente por un conjunto solidario de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, cuyo objeto es garantizar los derechos irrenunciables de las personas, mediante la cobertura de las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica, y demás. Una de sus manifestaciones, entonces, es el reconocimiento de las pensiones de vejez y demás prestaciones

que determine la reglamentación que haya hecho el legislador o, en su defecto el ejecutivo.

9. Establecido el desarrollo legal del derecho a la seguridad social, por medio del cual son claras las contingencias y prestaciones del sistema, queda por dilucidar si la acción de tutela es el mecanismo idóneo para remediar las vulneraciones a los derechos fundamentales que tengan origen en este tipo de situaciones, frente a lo cual se hace necesario estudiar la subsidiariedad de la acción de tutela.

10. En virtud del artículo 86[8] de la Constitución Política se creó en Colombia la tutela, como un mecanismo subsidiario para la protección de derechos fundamentales, y por tanto ante la existencia de otro medio de defensa, se exige que la persona acuda al mecanismo ordinario, al ser, por disposición del legislador, el medio idóneo para resolver el conflicto de intereses determinado.

11. En este sentido, ha dicho la Corte que "la tutela no puede converger con vías judiciales diversas por cuanto no es un mecanismo que sea factible de elegir según la discrecionalidad del interesado, para esquivar el que de modo específico ha regulado la ley; no se da la concurrencia entre éste y la acción de tutela porque siempre prevalece -con la excepción dicha- la acción ordinaria. La acción de tutela no es, por tanto, un medio **alternativo**, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto. Tampoco puede afirmarse que sea el **último** recurso al alcance del actor, ya que su naturaleza, según la Constitución, es la de **único** medio de protección, precisamente incorporado a la Carta con el fin de llenar los vacíos que pudiera ofrecer el sistema jurídico para otorgar a las personas una plena protección de sus derechos esenciales."[9]

12. No obstante, la regla general de improcedencia de la acción de tutela cuando existe otro mecanismo judicial de defensa tiene dos excepciones que han sido ampliamente desarrollados por esta Corporación.

13. En primer lugar, procede la tutela cuando habiendo otro mecanismo de protección judicial, el mismo no es idóneo, ni eficaz para la protección de los derechos fundamentales, o no resuelve el conflicto de manera integral. Por lo cual, para determinar si la tutela ha de fungir como mecanismo principal es importante que el juez evalúe cada caso concreto para determinar la efectividad del mecanismo ordinario. A manera de ejemplo, en el tema de pensiones, la Corte ha considerado que "los medios de defensa devienen insuficientes para garantizar la protección de los derechos fundamentales del afectado por cuanto el trámite ordinario para reconocimiento pensional puede en ocasiones no propiciar una solución expedita, o decidirse demasiado tarde, dado el estado de indefensión y limitación en el que se encuentran estas personas, las cuales en muchas ocasiones, a partir de su propia incapacidad laboral, no podrán encontrar otro medio de subsistencia diferente a la anhelada mesada"[10].

14. En segundo lugar, la tutela es procedente cuando, si bien existe un mecanismo de defensa ordinario idóneo, se está ante la amenaza de la ocurrencia de un perjuicio irremediable, por lo cual transitoriamente se han de proteger los derechos del accionante. Al respecto, la Corporación establece que "(P)ara determinar la irremediabilidad del perjuicio hay que tener en cuenta la presencia concurrente de varios elementos que configuran su estructura, como la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de

considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados. Con respecto al término 'amenaza' es conveniente manifestar que no se trata de la simple posibilidad de lesión, sino de la probabilidad de sufrir un mal irreparable y grave de manera injustificada. La amenaza requiere un mínimo de evidencia fáctica, de suerte que sea razonable pensar en la realización del daño o menoscabo material o moral."[11]

15. Es decir, en principio la tutela resultaría improcedente para reclamar la reliquidación e indexación de una pensión que ya ha sido otorgada. En este caso, la persona debe acudir al mecanismo regulado por el legislador para reclamar el derecho que si bien legítimamente le puede pertenecer, se deriva de un estudio de cuestiones legales que trascienden el ámbito de protección inmediata de derechos fundamentales que define la competencia del juez de tutela. En ese sentido, será el juez de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo o en la Jurisdicción Laboral Ordinaria, en un proceso especialmente diseñado para ello, quien deberá definir en cada caso si procede la pretensión de reliquidación y/o de indexación de la mesada pensional, según las disposiciones que regulan el caso concreto.

16. Sin embargo, cuando la persona haga dichas solicitudes ante el juez de tutela, y se verifique que se está en algunos de los supuestos que excepcionan la regla de subsidiariedad, el juez debe verificar adicionalmente el cumplimiento de ciertos requisitos; reiterados en la jurisprudencia[12], a partir de los cuales es viable el estudio de las pretensiones del actor por la vía subsidiaria:

Que la persona interesada haya adquirido el status de jubilado o se haya reconocido su pensión.

Que el accionante haya actuado en sede administrativa; es decir, que haya interpuesto los recursos de vía gubernativa contra el acto que reconoció la pensión, haya presentado solicitud de reliquidación o reconocimiento de la indexación de la primera mesada ante la entidad responsable de su pensión.

Que hubiere acudido oportunamente a las vías judiciales ordinarias en procura de su pretensión o, en su defecto, que demuestre que ello le es imposible por razones ajenas a su control.

Que acredite las condiciones materiales que justifican la protección por vía de tutela, en otras palabras, debe acompañar su solicitud de una prueba contundente que demuestre su condición de sujeto de especial protección constitucional, y la vulneración de sus derechos fundamentales tales como el mínimo vital, la dignidad humana, la salud, etc[13].

17. En cuanto a la línea jurisprudencial existente en el tema, se hace importante recalcar que de acuerdo con la sentencia T-234 de 2011, "en la recapitulación de los casos estudiados por la Corte Constitucional cuando se ha solicitado el reajuste o la reliquidación pensional se identificaron las siguientes decisiones: (i) las que concedieron el amparo del derecho de petición pero advirtieron la improcedencia de la acción de tutela para reclamar la reliquidación pensional; (ii) las que concluyeron la improcedencia de la acción de tutela para obtener un reajuste pensional por diversos motivos; (iii) las que establecieron la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio ante la comprobación de un perjuicio irremediable; y (iv) las que determinaron la procedencia de la acción de tutela como mecanismo definitivo cuando se ha evidenciado la existencia de una vía de hecho administrativa."

18. Con todo, a partir de una interpretación sistemática del artículo 48 de la Constitución

Política, todo colombiano tiene derecho al acceso al servicio público de seguridad social, cuyo control está en cabeza del Estado. Según la evolución de la jurisprudencia, se ha entendido que se trata de un derecho fundamental, cuyo amparo por medio de acción de tutela está sujeto al desarrollo que de éste hagan el legislativo y el ejecutivo, además del cumplimiento de las reglas generales de procedibilidad.

19. Ello lleva a que dado que la acción de tutela es un mecanismo subsidiario, en principio son improcedentes las solicitudes que se refieran a prestaciones económicas derivadas de la pensión de vejez, como lo son la reliquidación e indexación, puesto que existe otro mecanismo judicial para ventilar dichas pretensiones. Sin embargo, cuando dicho mecanismo judicial ordinario no es idóneo para la protección de los derechos fundamentales en riesgo, o cuando se está ante la inminencia de un perjuicio irremediable, la acción de tutela se torna procedente. Adicionalmente, por medio de la jurisprudencia, se ha exigido además que se cumplan otros requisitos que aclaren la necesidad de intervención del juez en un conflicto de interés legal, como lo es la reliquidación e indexación, por medio del mecanismo prioritario del ordenamiento.

2.3. Derecho a la reliquidación de la pensión.

20. En concordancia con lo establecido acerca del derecho a la seguridad social, el reconocimiento del derecho a la pensión de vejez o de jubilación se debe ajustar a las normas vigentes al momento de la causación de la prestación como parte de la manifestación del derecho fundamental, por ser ese el desarrollo que le ha dado el legislador, o en su defecto el ejecutivo. En ese sentido, en principio, a la persona se le aplican las normas vigentes al momento de cumplir los requisitos para acceder a la pensión, que determina el tiempo de servicios y la edad mínima, requisitos a partir de los cuales se entiende que ha de cubrir la contingencia de la vejez para que la persona descanse al final de su vida productiva. De allí que la identificación de los factores a partir de los cuales se ha de determinar el ingreso base de liquidación y el porcentaje de dicho ingreso que le corresponderá como mesada pensional, hace parte del régimen vigente al momento de volverse la persona acreedora de la prestación.

21. Lo anterior por cuanto, la regla general de la aplicación de la ley en el tiempo dispone que si durante la vigencia de una determinada norma se configura el supuesto jurídico consagrado en ella, es claro que se aplica la consecuencia jurídica allí dispuesta. Así las cosas, cuando la persona cumpla la edad y el tiempo de servicios requeridos para pensionarse bajo un régimen, el mismo deberá aplicarse integralmente a su pensión, por ser la norma vigente al momento de la consolidación de los hechos. Ello sin perjuicio de las demás consideraciones que se han de hacer en torno al principio de la condición más beneficiosa, o de los regímenes de transición, que pueden llevar a la aplicación retroactiva o ultraactiva de la Ley bajo consideraciones especiales, que no ocupan la atención de la Sala en este caso.

22. En otras palabras, el derecho a la reliquidación de una pensión se supedita a la verificación de la aplicación de la legislación vigente en la liquidación ya hecha de una pensión; dado que si bien se considera que la persona tiene derecho a una prestación económica que cubre la contingencia de su vejez, se puede solicitar que el juez verifique que la liquidación de la prestación corresponda efectivamente a la que se le debe al actor según el régimen vigente a la causación del derecho.[14]

23. Ahora bien, por ser central para el caso a estudiar en la presente providencia, es necesario determinar el régimen aplicable a octubre de 1983, momento en el cual el actor cumplió 55 años, luego de haber servido 20 años para el sector público en varias entidades. Se verifica, entonces,

que la situación concuerda con los requisitos establecidos tanto en el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968[15], como en el artículo 68 del Decreto 1848 de 1969[16], normas vigentes para aquella época. Por lo cual, se ha de entender que la pensión sería aquella que determinaron dichas normas.

24. En ese sentido, de acuerdo al artículo 73 del Decreto 1848 de 1969[17], el monto de dicha pensión equivale al 75% de los salarios y primas percibidos por el actor durante el último año de servicios. Posteriormente, el artículo 45 del Decreto Ley 1045 de 1978, vigente para calcular las pensiones en 1983, determinó que factores de salario se tendrían en cuenta para la liquidación de pensiones:

"Artículo 45.- Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieran derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

- a. La asignación básica mensual,
- b. Los gastos de representación y la prima técnica.
- c. Los dominicales y feriados,
- d. Las horas extras,
- e. Los auxilios de alimentación y transporte,
- f. La prima de navidad
- g. La bonificación por servicios prestados,
- h. La prima de servicios.
- i. Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio,
- j. Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto Ley 710 de 1978,
- k. La prima de vacaciones.
- l. El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio,
- ll. Las primas y bonificaciones que hubieren sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexecutable del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968." (Subrayado fuera del texto)

25. En conclusión, tal como lo afirma el Consejo de Estado "(...)la pensión de jubilación consagrada en el Decreto Ley 3135 de 1968 se reconoce sobre los factores señalados en el artículo 45 del Decreto Ley 1045 de 1978 y en el artículo 73 Decreto 1848 de 1969."[18] Precisamente, para verificar la liquidación de una pensión causada en 1983, se hace necesario tener en cuenta dichas disposiciones para determinar si se debe corregir el cálculo de la prestación, o si se ha liquidado correctamente por parte de la entidad encargada de hacerlo.

2.4. Derecho a la indexación de la primera mesada pensional

26. Adicionalmente, se ha entendido que a partir de una interpretación armónica de los artículos 48[19] y 53[20] de la Carta Política, partiendo de la lectura que se hizo en la sentencia C-862 de 2006, la primera mesada pensional, debe ser indexada, de manera que se mantenga el poder adquisitivo de la misma, y la liquidación corresponda efectivamente al porcentaje del salario que devengaba en un momento histórico anterior. De acuerdo a dicha sentencia, la indexación corresponde a un "sistema que consiste en la adecuación automática de las magnitudes monetarias a las variaciones del nivel de precios, con el fin de mantener constante, el valor real de éstos, para lo cual se utilizan diversos parámetros que solos o combinados entre si, suelen ser: el aumento del costo de la vida, el nivel de aumento de precios mayoristas, los salarios de los trabajadores, los precios de productos alimenticios de primera necesidad, etc." [21] A partir de dicha consideración, se ha derivado que la actualización se deba realizar con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor –IPC- certificado por el DANE por ser la constancia nacional del cambio de valor de la moneda, que al ser un hecho notorio no requiere de prueba.

27. Así incluso lo sostuvo el Consejo de Estado al establecer que:

"Como lo ha sostenido la Sala en anteriores oportunidades, 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, en casos como el presente, es 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.

Actualizar el promedio de lo devengado en el último año de servicios, es la única forma de impedir que el demandante se vea obligado a percibir una pensión de jubilación devaluada, buscando que el restablecimiento del derecho represente el valor real al momento del reconocimiento de la pensión; por ello, se debe reconocer que la base salarial para la liquidación de su pensión haya sufrido los rigores del deterioro inflacionario. De lo contrario, liquidar la pensión de jubilación al demandante, con fundamento en una suma devaluada, sin duda implica desconocer no solo el hecho notorio de la inflación, sino desoír claros principios de equidad.

Esta Corporación ha venido decantando estos criterios, variando la jurisprudencia que otrora existía." [23]

28. Dicha actualización se realiza con la aplicación de la siguiente formula:

$R = RH \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$

índice inicial

En el cual el valor actualizado de la mesada (R), se obtiene multiplicando el valor histórico de la pensión, es decir el porcentaje de la base de liquidación (RH), por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha que se debe realizar la indexación), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago, o en la que se calculó el ingreso base de liquidación).

29. Con todo, en el ordenamiento jurídico nacional se tiene el derecho a la actualización o indexación de la primera mesada, lo cual se traduce en que al momento de la liquidación de la pensión, el salario devengado en el último año de servicios se traiga a valor presente de manera que el porcentaje que efectivamente se otorgue como pensión, no constituya una afrenta contra la

equidad, por ser un monto devaluado. Según la jurisprudencia de esta Corporación y la del Consejo de Estado, para la indexación se debe aplicar una fórmula utilizando como valores de referencia el índice de precios al consumidor certificado por el DANE.

2.5. Caso concreto

30. A partir de los planteamientos expuestos, debe la Sala determinar si el entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial- hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible-, vulneró el derecho a la seguridad social de Luís Dario Ortiz Rico al no reconocer la prima de vacaciones, de servicios y de navidad dentro de los factores salariales para determinar la base de liquidación de la pensión de jubilación, al haber sido mal indexada según su apreciación y al no pagarle las mesadas atrasadas desde octubre de 1983, cuando se causó el derecho según la Resolución 1680 del 18 de agosto de 2011.

31. Según la metodología planteada en la presente providencia, la solución del caso depende de 2 niveles de análisis. En primer lugar debe analizarse el cumplimiento de los requisitos para la procedencia de la tutela. Luego, sólo a partir de la verificación de dicha procedencia, se podrá entrar a estudiar el tema de fondo, en torno a si el accionante tiene el derecho a la reliquidación e indexación de la primera mesada pensional.

32. Las pretensiones del actor van encaminadas a solicitar tanto la reliquidación de la pensión, su indexación y las mesadas dejadas de percibir, prestaciones económicas que en principio le corresponde determinar al Juez Contencioso Administrativo, como juez natural del conflicto dadas las calidades de los sujetos involucrados. Sin embargo, el actor considera que dada su avanzada edad, y su delicado estado de salud amerita una protección constitucional especial, y que por tanto sus pretensiones son susceptibles de ser amparables por vía de tutela.

33. La Sala comprueba que efectivamente se trata de una persona de 83 años, que sufre de cáncer de próstata y de problemas neurológicos. Según consta en su Historia Clínica del Hospital de Engativá[24], éste se encuentra en tratamiento para cáncer de próstata y para un síndrome convulsivo derivado de un accidente cerebrovascular. A raíz de lo anterior, se encuentra imposibilitado para acudir al mercado laboral para encontrar como suplir sus necesidades, mas cuando ha afirmado tener sólo una escolaridad primaria[25], lo cual agrava la situación dado que afirma repetidamente que no tiene ingresos con que subsistir[26]. Con todo, en principio, se trata de una persona que merece una especial consideración de acuerdo a los principios que rigen la Carta Política vigente.

34. En ese sentido, cabe analizar los requisitos decantados en la jurisprudencia y expuestos en el aparte 2.3 de esta providencia para establecer la procedencia de este tipo de solicitudes, ya que es clara la misma al establecer que no basta que se trate de un sujeto de la tercera edad.

35. Así las cosas se verifica que el accionante ya adquirió su status de jubilado, y por tanto es acreedor de una pensión de vejez[27].

36. Adicionalmente, verifica la Sala que, la Resolución 1680 de agosto de 2011 sólo era objeto del recurso de reposición, el cual según el artículo 51 del anterior Código Contencioso Administrativo[28], no era obligatorio, razón para concluir que la vía gubernativa efectivamente se encuentra agotada y abierta la posibilidad de acudir a la Jurisdicción. Sumado a lo anterior, de acuerdo con el numeral 2 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo[29], la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por ser referente a una prestación periódica, puede utilizarse en cualquier tiempo, sin estar sujeta a un plazo de caducidad. Lo anterior, lleva a

concluir que el actor tiene la posibilidad actual de acudir al juez natural con miras a la resolución efectiva de su conflicto de intereses.

37. No obstante, analizada la eficacia e idoneidad del mecanismo principal con que cuenta el actor, se encuentra que es claro que el proceso ordinario no es adecuado para la protección de sus derechos, no sólo por su avanzada edad, sino además por tener un delicado estado de salud, que lo pone en una situación de extrema vulnerabilidad, a la cual se le ha de brindar una solución inmediata para el amparo efectivo del derecho fundamental a la seguridad social que no podrá obtener en un sistema judicial que desborda sus capacidades. Por ello, resulta claro para la Sala que, no sería una carga proporcional, ni razonable, exigir la iniciación de un trámite, que no brinda una solución urgente como la que requiere las condiciones particulares y personales del aquí accionante, adquiriendo la tutela la condición de mecanismo definitivo.

38. En este sentido, debe proceder la Sala a determinar si el accionante tiene el derecho a la reliquidación y a la indexación de su mesada pensional, y sí, por tanto, al no haberle aplicado integralmente el régimen vigente a 1983, y al no haber tenido en cuenta el IPC certificado por el DANE como factor determinante del cambio de valor de la moneda, se le desconoció su derecho fundamental a la seguridad social. Igualmente deberá estudiar si hubo algún desconocimiento del derecho, al no otorgarle el retroactivo de mesadas atrasadas desde 1983.

39. En primer lugar, se debe estudiar si la pensión se liquidó correctamente, o sí como lo afirma el actor, no se incluyeron todos los factores que debían ser incluidos, para lo cual se recuerda que a 1983, la pensión de jubilación de los servidores públicos consagrada en el Decreto Ley 3135 de 1968, se reconocía sobre los factores señalados en el artículo 73 del Decreto 1848 de 1969, y artículo 45 del Decreto Ley 1045 de 1978.

40. Dicha regulación, le reconocía al servidor público masculino de 55 años que hubiera trabajado durante 20 años, una pensión del 75% de los salarios y primas percibidos en el último año de servicio. Dentro de dichos factores, explícitamente la Ley enuncia algunos que se debían incluir, siempre y cuando se hubieran percibido. Según el actor, dentro de esos factores no se incluyeron la prima de navidad, la prima semestral, y la prima vacacional, por lo que dice que se está desconociendo el régimen de su pensión.

41. En cuanto a la prima de navidad, considera la Sala que dicho emolumento debió ser incluido como factor para liquidar la pensión del señor Ortiz. Ésta está incluida como factor salarial a tener en cuenta al liquidar la pensión de jubilación de acuerdo al artículo 45 del Decreto Ley 1048 de 1978, y si bien no hay prueba de que el actor la haya recibido, se ha de considerar que la misma fue creada por el artículo 51 del Decreto 1849 de 1969 que cobijaba a empleados públicos y trabajadores oficiales a 1977, año en el cual se retiró el actor, y por tanto su recepción se convierte en un hecho notorio. Ello, al ser una disposición de orden nacional que regulaba la situación laboral del actor, es prueba suficiente para concluir que él debió haber recibido una prima de navidad por \$11,900 en diciembre de 1976, y que por tanto la misma debió haber sido incluida dentro del promedio para determinar el ingreso base de liquidación del actor.

42. Ahora bien, en cuanto a la prima de vacaciones encuentra la Sala que no hay prueba de que este factor se haya percibido por el actor, y su regulación legal no denota la obligatoriedad del pago de la misma en 1977, por lo cual no se puede presumir que la recibió. Ello por cuanto, de acuerdo al artículo 10 del Decreto 174 de 1975[30], la prima de vacaciones en 1977 se perdía si las vacaciones se pagaban en dinero, y de acuerdo a la afirmación del accionante en su escrito de tutela[31], al retirarse se le pagó un valor correspondiente al salario de 15 días hábiles o tres

semanas calendario, siendo para la Sala, entonces, imposible determinar si hubo un pago de las vacaciones acumuladas en dinero como parte de la liquidación del actor y por tanto la pérdida del derecho a la prima de vacaciones, o si efectivamente en el último año de servicios se percibió este valor. De allí que no sea posible su inclusión en la liquidación del ingreso base de liquidación dentro del presente proceso.

43. Por último, el actor sostiene que percibió una prima semestral en junio de un salario mensual que tampoco fue incluida en la liquidación, lo cual se interpreta que coincide con la llamada prima de servicios, pues el Consejo de Estado ha entendido que se trata de términos equivalentes[32]. Sin embargo, de la recepción de la misma no se adjuntó prueba alguna, y su creación se da a partir del artículo 58 del Decreto Ley 1042 de 1978, el cual entró a regir la situación laboral de los empleados públicos con fecha posterior al retiro del accionante, y de ahí que la Sala no pueda presumir su pago para efectos de una nueva liquidación.

44. En conclusión, se verifica que tiene razón el actor en que en la liquidación de su pensión no fueron incluidos todos los factores que su régimen pensional ordena, puesto que analizado el ordenamiento jurídico vigente para esa época, es claro que al accionante se le debió pagar una prima de navidad que no fue incluida en los cálculos del Ministerio accionado para efectos de la liquidación de su pensión. Encontrando probado este hecho, procede la reliquidación de la pensión del accionante para que ésta se ajuste a lo realmente percibido por el actor en el último año de servicio.

45. En segundo lugar, el actor alega que el monto de su primera mesada pensional no fue debidamente indexada, ya que si bien aparece en los cálculos un valor superior año a año[33] correspondiente a un porcentaje de incremento, dicha formula matemática no coincide con la formula de indexación que ha planteado la jurisprudencia expuesta en el aparte 2.2 de esta providencia, que utiliza los valores correspondientes al IPC certificado por el DANE, aplicable en virtud de las disposiciones constitucionales vigentes.

46. Así las cosas, se verifica que la primera mesada pensional, que debió haber sido indexada a octubre de 1983, implica que el promedio de lo devengado en el último año de servicios (1977) se hubiere multiplicado por el numero que resulta del índice del mes de octubre de 1983 (2,32) dividido por el índice del mes de octubre de 1977 (0,67). Según los valores certificados por el DANE, esto implicaría que el porcentaje del promedio de los ingresos percibidos en el último año de servicios debió haber sido multiplicado por 3,463. Hechos los cálculos, se encuentra que el resultado de la formula debida no coincide con el resultado que obtuvo el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial en la expedición de la Resolución 1680 de 2011[34], aún sin tener en cuenta la reliquidación con la prima de navidad. Por lo cual, la Sala debe concluir que no se indexaron correctamente las mesadas, incurriendo en un error en los posteriores cálculos hechos, y por tanto desconociéndose el derecho a la seguridad social del actor.

47. En tercer lugar, el actor considera que se le debieron pagar todas las mesadas pensionales desde que se causó el derecho, es decir desde octubre de 1983. Sin embargo, para la Sala es claro que si bien el derecho pensional, es decir, la posibilidad de acceder a la prestación económica que cubre la contingencia de la vejez, es imprescriptible, ello no implica que las mesadas pensionales, aquel monto que se causa mes a mes sea igualmente imprescriptible. Por el contrario, las mesadas se someten a la regla general de la prescripción trianual. Regla que además aparece reproducida en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969[35], y en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968[36], que rigen a las prestaciones causadas bajo ese régimen. De lo

anterior, se debe aceptar que, tal como lo sostiene Ministerio accionado, las prestaciones retroactivas se le deben al actor desde noviembre de 2007, puesto que en noviembre de 2010 hizo la primera solicitud ante la entidad e interrumpió la prescripción de las mesadas que se habían causado tres años antes, estando las demás mesadas causadas entre 1983 y esa fecha prescritas. Sin embargo, se trata de una verificación, que tal como el reclamo de intereses, se debe hacer ante el juez natural, quien tiene la última palabra para determinar dichos asuntos legales en los cuales no están en riesgo derechos fundamentales, y que trascienden la competencia del juez de tutela en este caso, dada la misma falta de reclamación del derecho por parte del accionante.

48. En últimas, encuentra la Sala que si hubo un desconocimiento del derecho a la seguridad social del actor por parte del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible) en la expedición de la Resolución 1680 del 18 de agosto de 2011, por desconocimiento del régimen pensional aplicable. Dentro de los factores salariales a tener en cuenta en el cálculo del ingreso base de liquidación no se incluyó la prima de navidad que el actor debió haber recibido en diciembre de 1976 por Ley. Adicionalmente, la violación se configura al no indexársele adecuadamente, según la fórmula desarrollada por la jurisprudencia, con base al Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, su primera mesada pensional.

49. En mérito de lo expuesto, la Sala debe proceder a revocar la sentencia de segunda de segunda instancia, y en su lugar proceder a ordenarle a la entidad accionada que reliquide la pensión del accionante, así:

1. Debe incluir como factor salarial la prima de navidad que debió recibir el actor en diciembre de 1976.
2. Habiéndolo incluido, debe determinar el valor correcto correspondiente al 75% de los ingresos percibidos en el último año de servicios entre 1976 y 1977; valor que deberá indexar, según la fórmula que para el efecto ha diseñado la jurisprudencia, que toma como base el Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE.
3. Teniendo claro el valor de la mesada a 1983, debe determinar el valor que debió pagar por cada una de las mesadas causadas entre noviembre de 2007 y la fecha de ejecutoria de la sentencia, y la diferencia entre lo pagado y lo que debió pagar.
4. Cada uno de esos valores mensuales (es decir las diferencias entre lo pagado y lo realmente debido), deberá actualizarse al día presente, para descubrir la diferencia real, actualizada entre lo pagado y lo adeudado.

Con base en dicha reliquidación e indexación, quedará determinado el monto insoluto que la entidad deberá pagar a título de retroactivo, y el monto de la pensión del accionante de aquel momento en adelante; pago con el cual se resarcirá efectivamente la violación al derecho a la seguridad social que se presentó.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia del 6 de marzo de 2012 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. En su lugar, conceder el amparo al derecho a la seguridad social del accionante Luís

Darío Ortiz Rico.

Segundo.- ORDENAR al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible Sociales que en el termino de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, reliquide la pensión del accionante teniendo en cuenta los siguientes puntos: i) Debe incluir como factor salarial la prima de navidad que debió recibir el actor en diciembre de 1976; ii) habiéndolo incluido, debe determinar el valor correcto correspondiente al 75% de los ingresos percibidos en el último año de servicios entre 1976 y 1977; valor que deberá indexar, según la fórmula que para el efecto ha diseñado la jurisprudencia, que toma como base el Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE, para octubre de 1983. iii) Teniendo claro el valor de la mesada a 1983, debe determinar el valor que debió pagar por cada una de las mesadas causadas entre noviembre de 2007 y la fecha de ejecutoria de la sentencia, y la diferencia entre lo pagado y lo que debió pagar. iv) Cada uno de esos valores mensuales (es decir las diferencias entre lo pagado y lo realmente debido), deberá actualizarse al día presente, para descubrir la diferencia real, actualizada entre lo pagado y lo adeudado. v) A partir de dichos valores, debe pagar los saldos causados y no pagados aún, y deberá pagar la mesada que verdaderamente corresponda. al señor Luís Darío Ortíz Rico, identificado con cédula de ciudadanía 58.336 de Bogotá.

Tercero.- LÍBRESE por Secretaría la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

ADRIANA MARIA GUILLÉN ARANGO

Magistrada

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

[1] Sostiene el Ministerio que no hay elementos de prueba que demuestren que el actor recibió las primas de navidad, de servicios, y de vacaciones que dice que se han de incluir en el Ingreso Base de Liquidación.

[2] Artículo 48.- "La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. (...)".

[3] Ver las sentencias T-042 de 1996, T-241 de 1998, y SU-039 de 1998, entre otras.

[4] Ver las sentencias T-031 de 1998, SU-022 de 1998, C-177 de 1998, T-264 de 1998 y SU

1354 de 2000, entre otras.

[5] Ver las sentencias T-016-07 sobre el derecho a la salud, T-585-08 sobre el derecho a la vivienda y T-580-07 sobre el derecho a la seguridad social.

[6] Sentencia T-016-07.

[7] Sentencia T-021 de 2010 MP. Humberto Sierra Porto. La providencia resuelve el caso en el cual la accionante solicitaba el reconocimiento y pago del derecho a la pensión de sobrevivientes; y establece que, en ese caso concreto, el derecho fundamental a la seguridad social era amparable por vía de tutela.

[8] Artículo 86.-"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.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción 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.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión."

[9] Sentencia C-543 de 1992 MP José Gregorio Hernández Galindo. Aquella declaró la inconstitucionalidad de los artículos 11 y 40 del Decreto 2591 de 1991, que regulaban la tutela contra providencias judiciales, al considerar que en el ordenamiento jurídico debía primar la cosa juzgada, la seguridad jurídica, y la autonomía del juez, principios que la tutela no podía desconocer.

[10] Sentencia T-001 de 2009 MP Nilson Pinilla Pinilla. La Corte se pronunció sobre la procedencia de la tutela para reclamar prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social, en el caso de una persona a quien se le había denegado la pensión de invalidez por parte de la entidad por no cumplir el requisito de fidelidad, por lo cual

[11] Sentencia T-225 de 1993 MP Vladimiro Naranjo Mesa. En dicha oportunidad la Corte se pronunció sobre el perjuicio irremediable al estudiar un caso en el cual los actores solicitaban la protección de su derecho de acceso al acueducto. Consideró la Corte que existía otro mecanismo de defensa ordinario que sería la acción popular.

[12] Al respecto ver las sentencias T-534 de 2001; T-1016 de 2001, T-620 de 2002, T-634 de 2002, T-1022 de 2002, T-447 de 2006, T-483 de 2010, T-362 de 2010, T-1325 de 2005, T-494 de 2006, T-158 de 2006, T-234 de 2011 y T-526 de 2010, entre otras.

[13] Al respecto, es importante aclarar que en dicho estudio se resaltó que la Corporación ha sido enfática en señalar que "el sólo hecho de estar en esta categoría (tercera edad) no torna automáticamente procedente la protección, debe demostrarse también que el perjuicio sufrido afecta o es susceptible de vulnerar los derechos a la dignidad humana , a la salud , al mínimo vital o que la morosidad de los procedimientos ordinarios previstos para el caso en concreto hace ineficaz en el tiempo el amparo específico. Sólo en estos eventos la acción de tutela desplaza de manera transitoria el mecanismo ordinario de defensa, en tanto el mismo pierde eficacia frente a las particulares circunstancias del actor en el caso concreto" . Frente a ello, se resalta la importancia de que la persona presente medios probatorios suficientes para demostrar que se configura una situación de la gravedad y urgencia necesaria que lleven al juez de tutela a la convicción de la necesidad de su intervención constitucional en un conflicto que en principio corresponde a una cuestión legal. (T-904 de 2004 MP Humberto Sierra Porto. En dicha sentencia se estudió el caso de un afiliado que consideraba que su pensión no incluía todos los factores para calcular el IBL, sin embargo, se declaró improcedente puesto que no se consideró que se tratara de un sujeto de especial protección constitucional.)

[14] Lo anterior coincide con lo dicho por esta Corporación, cuando afirmó que "Frente a las acreencias pensionales, es claro que la decisión sobre su reliquidación contiene elementos de valoración probatoria (verificación de los requisitos para acceder a la revisión) e interpretación normativa (determinación del régimen legal aplicable) que son ajenos a la labor del juez constitucional, por lo que es a través de los procedimientos específicos ante la jurisdicción laboral o contenciosa administrativa, según el caso, donde se deben resolver las controversias que sobre este tema pudieran surgir." (Sentencia T-1022 de 2002 MP. Jaime Córdoba Triviño. Allí se estudió un acumulado de casos de personas que solicitaban la reliquidación de su pensión, sin embargo, las tutelas fueron negadas por la falta de reclamación administrativa por parte de los actores.)

[15] "Artículo 27.- Pensión de jubilación o vejez. El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio (...)"

[16] "Artículo 68.- Derecho a la pensión. Todo empleado oficial que preste o haya prestado sus servicios durante veinte (20) años, continua o discontinuamente, en las entidades, establecimientos o empresas señalados en el artículo 1o. de este decreto, tiene derecho a gozar de pensión de jubilación al cumplir cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o cincuenta (50) años de edad, si es mujer (...)"

[17] "Art. 73.- Cuantía de la pensión. El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios y primas de toda especie percibidos en el último año de servicios por el empleado oficial que haya adquirido el status jurídico de jubilado, por reunir los requisitos señalados por la ley para tal fin." La palabra subrayada del art. 73 del D. 1848/69 fue anulada en Sent. de junio 7 de 1980.

[18] Sentencia del 26 de junio de 2008, de la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. En dicha sentencia se resolvió el caso de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra una Resolución que otorgaba una pensión en 1993. Dadas las condiciones del caso, se consideró que la pensión debía liquidarse con base en los Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969, y Decreto-Ley

1045 de 1978, y los emolumentos efectivamente pagados en el último año de servicio.

[19] Artículo 48.- "(...) La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante (...)"

[20] Artículo 53.- "(...)El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales(...)".

[21] C-862 de 2006. MP. Humberto Sierra Porto. En dicha sentencia se estudió la constitucionalidad del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, que regulaba el derecho a la pensión de jubilación de los trabajadores; derecho frente cual la Corporación se pronunció acerca de la necesidad de la indexación de mesadas pensionales.

[22] Según disposición expresa del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.

[23] Sentencia del 18 de mayo de 2011 de la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. En dicha sentencia se resuelve el caso de una acción de nulidad y restablecimiento de derecho contra el SENA, en la cual se solicitó la reliquidación e indexación de la primera mesada pensional que había sido otorgada por medio de Resolución.

[24] Folios 49-52, cuaderno 1.

[25] Folio 7, cuaderno 3.

[26] De acuerdo al artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, se trata de una negación indefinida que no requiere prueba.

[27] Efectivamente, según consta en los folios 26 a 28 del Cuaderno 1, en donde reposa copia de la Resolución 1680 de 2011 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, el accionante es acreedor de una pensión mensual vitalicia por valor de \$854.715.00 efectiva a partir del 2 de noviembre de 2007, que llevaría a un valor actualizado de \$1.023.537.00 para el 2011.

[28] "Artículo 51.- (...)Los recursos de reposición y de queja no son obligatorios."

[29] Artículo 136.- "(...) 2. La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso. Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe. (...)"

[30] "ARTÍCULO 10. <Decreto derogado por el artículo 106 del Decreto 710 de 1978> Créase una prima de vacaciones equivalente a quince (15) días de sueldo por cada año de servicio para los empleados de los Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencias que actualmente no gocen de este beneficio.

En caso de que alguno o algunos de estos organismos tuvieran establecida dicha prestación, pero en cuantía inferior a la señalada, ésta se reajustará en la suma necesaria para completar el valor correspondiente a los quince (15) días.

La prima se reconocerá para las vacaciones que se causen a partir de la vigencia de este Decreto

y se pagará por lo menos cinco (5) días antes de la fecha señalada para la iniciación de las mismas. Si por cualquier circunstancia se autorizare el pago de vacaciones en dinero, se perderá el derecho a la prima.

El tiempo servido por un funcionario en otras entidades del orden nacional, se tendrá en cuenta para el reconocimiento de la prima siempre y cuando dicho tiempo sea inferior a un año."(subrayado fuera del texto).

[31] Folio 6, cuaderno 1.

[32] Sentencia del 18 de mayo de 2011, de la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado. Consejero Ponente: Luís Rafael Vergara Quintero. En dicha sentencia, el Tribunal estudió el derecho a recibir la prima de servicios y una prima de antigüedad por parte de un funcionario público, y concluyó que los términos prima semestral y prima de servicios corresponden a lo mismo.

[33] Folio 128, cuaderno 1.

[34] $R = RH \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$ $R = 10.150 (2,32/0,67)$ $R = 32,146.26$ NO 27,217 (valor actualizado de l

índice inicial
2011)

Resolución 1680 de

[35] "Art. 102.- Prescripción de acciones. 1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el decreto 3135 de 1968 y en este decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual."

[36] "Artículo 41. -Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual." El aparte subrayado fue declarado exequible por medio de la sentencia C-916 de 2010.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

