COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia T/328/04

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de tutela
Referencia	T/328/04
Expediente	—
Fecha	1999-08-18
Sala	Sala que
Magistrado ponente	ALVARO TAFUR GALVIS Aun
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Recurso De Casacion
- Accion De Tutela
- Derecho A La Pension
- Pension De Jubilacion
- Derechos Del Pensionado A Mantener El Poder Adquisitivo De La Mesada Juez Constitucional
- Derechos Fundamentales

Resumen del caso (según la propia sentencia)

De casación, en un caso concreto, no procede instaurar una acción de tutela con miras a restablecer los derechos fundamentales conculcados dentro del mismo asunto, sino interponer dicho recurso, porque al tenor del artículo 86 de la

Texto completo

T-328-04 REPUBLICA DE COLOMBIA Sentencia T-328/04 RECURSO DE CASACION -Violación de las normas constitucionales RECURSO DE CASACION -Restablecimiento de derechos constitucionales CASACION -Finalidad RECURSO DE CASACION -Improcedencia de tutela para restablecer derechos conculcados dentro del mismo asunto/ ACCION DE TUTELA -Subsidiariedad Prevista la procedencia del recurso de casación, en un caso concreto, no procede instaurar una acción de tutela con miras a restablecer los derechos fundamentales conculcados dentro del mismo asunto, sino interponer dicho recurso, porque al tenor del artículo 86 de la Carta política el amparo constitucional opera cuando el afectado no dispone de otro medio, y la casación es un instrumento eficaz de reparación integral de los derechos de naturaleza constitucional y legal.

DERECHO A LA PENSION -Fundamental por conexidad PENSION DE JUBILACION -Actualización de las mesadas La actualización de las mesadas pensionales deberá abordarse con mayor apremio en aquellos casos en que el desfase entre el ingreso pensional y el último salario efectivamente devengado por el pensionado pone en evidencia que éste no solo ha desmejorado su nivel de vida, sino que necesariamente afronta la insatisfacción de sus necesidad básicas y las de su familia, como quiera que lo ordinario es que las personas de la tercera edad, debido a la pérdida de su capacidad laboral, no cuenten con la posibilidad de incrementar sus ingresos y caigan fácilmente en la indigencia.

DERECHO A LA PENSION -Incluye principios constitucionales, laborales y de seguridad social PENSION DE JUBILACION -Mantenimiento del poder adquisitivo de las mesadas PENSION DE JUBILACION -Naturaleza

DERECHOS DEL PENSIONADO A MANTENER EL PODER ADQUISITIVO DE LA MESADA JUEZ CONSTITUCIONAL -Debe resolver si procede la acción de tutela transitoria o definitiva El juez constitucional tiene que considerar la situación sometida a su consideración y resolver si concede la protección, de manera definitiva o transitoria, atendiendo a las condiciones físicas del pensionado y sopesando el estado del derecho y las actuaciones emprendidas a fin de establecer si el asunto ha sido debidamente debatido, porque de no haberse adelantado la confrontación lo conveniente será que el asunto lo defina la justicia ordinaria, la que en todo caso deberá resolver sobre los consecuencias puramente económicas de la vulneración, al igual que respecto de las responsabilidades que de la misma se deriven.

ACCION DE TUTELA -Restablecimiento inmediato de derechos fundamentales DERECHOS FUNDAMENTALES -Su protección no puede sujetarse a términos inexorables La protección de los derechos fundamentales no puede sujetarse a términos inexorables, sino a la prudente valoración del fallador quien deberá considerar la situación concreta, las razones que no permitieron al afectado instaurar la acción de manera temprana, las repercusiones de no conceder el amparo, al igual que los efectos de la intervención respecto de los derechos adquiridos por terceros.

PENSION DE JUBILACION -Solicitud de indexación de la mesada en cualquier tiempo Como las acciones propias de los derechos laborales prescriben en tres años, contados a partir de la oportunidad de exigir su satisfacción, el beneficiado con la pensión de jubilación estará siempre en posibilidad de invocar la actualización de su mesada pensional, en primera instancia ante su empleador o la entidad obligada a reconocerla, y en subsidio ante el juez laboral, sin que en ningún caso pueda ser considerada improcedente su pretensión, por razones de oportunidad. No estima la Sala que quien reclama la indexación de su mesada pensional agote la posibilidad de amparo porque dejar transcurrir tres o más años desde que se hizo exigible la pensión, para instaurar el reclamo, puesto que el pensionado puede haber perdido el derecho a que se le aplique con retroactividad la medida, pero conservarlo respecto de la situación futura, en razón de que el derecho a la prestación jubilatoria se sucede mes a mes.

DERECHO A RECOBRAR EL PODER ADQUISITIVO DE LA PENSION -Reclamación ante la justicia ordinaria Las sentencias que se revisan serán revocadas; pero, el amparo no será concedido porque el derecho a recobrar el poder adquisitivo de la pensión puede ser reclamado ante la justicia ordinaria, sin perjuicio de la cosa juzgada que ampara la negativa a la indexación de la primera mesada.

ACCION DE TUTELA -Improcedencia por no haberse interpuesto recurso de casación contra sentencia COSA JUZGADA -Los actores permitieron la ejecutoria de las sentencias que negaron la indexación de su primera mesada pensional MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL- Reclamación sobre la intangibilidad de la mesada pensional Lo dicho no comporta que los actores no puedan reclamar sobre la intangibilidad de las mesadas posteriores a la decisión a que se hace mención, porque los señores pueden reclamar ante los jueces laborales el derecho a la intangibilidad de su mesada pensional, en cuanto de ésta depende su derecho a vivir con dignidad y hace realidad las previsiones constitucionales que obligan al estado, a la sociedad y a la familia a concurrir en la protección y asistencia de las personas de la tercera edad, promoviendo su integración a la vida activa y comunitaria en todos los órdenes. Aunque la normatividad expedida desde 1976, con el fin de actualizar las mesadas pensionales, no se refiera en extenso a todos y cada uno de los grupos de pensionados, no significa que alguna de éstos quedó excluido de la protección, de modo que los accionantes podrán instaurar los procesos ordinarios ante la justicia laboral a fin de que sus empleadores sean conminados a utilizar en el reajuste pensional los provisiones que hicieron año por año conforme la tasa promedio de la inflación registrada por el Dane.

Referencia: expedientes T-811504 y T-819479 Acciones de tutela instauradas, separadamente, por Gabriel Arrieta Cervantes y Pedro Alfonso Ayala Rondón contra la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS Bogotá, D.C., quince (15) de abril de dos mil cuatro (2004). La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Alvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández y Jaime Araujo Rentería, en ejercicio de su competencia constitucional y legal, ha proferido la siguiente SENTENCIA dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por las Salas de Casación Laboral y Penal de la Corte Suprema de Justicia, para decidir las acciones de tutela instauradas separadamente por Gabriel Arrieta Cervantes y Pedro Alfonso Ayala Rondón contra la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá.

I. ANTECEDENTES 1. Las demandas 1.1 Expediente T-811.504 El señor Gabriel Arrieta Cervantes interpone acción de tutela contra la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al trabajo, a la seguridad social, al poder adquisitivo de la pensión, al debido proceso, al acceso a la justicia y al sometimiento de los jueces al imperio de la ley, en razón de que pretendió sin éxito recuperar el poder adquisitivo de su pensión de jubilación.

Refiere el accionante que demandó al Banco de Bogotá S.A. con el fin de que fuera indexada su primera mesada pensional, que el Juzgado Dieciocho Laboral de Bogotá le negó la pretensión pues consideró prescrita la acción, y que la Sala accionada revocó la sentencia, pero no accedió a las pretensiones de la demanda.

Para fundamentar su solicitud de amparo constitucional el accionante relata: - Que estuvo vinculado laboralmente al Banco de Bogotá S.A. entre el 12 de julio de 1954 y el 30 de agosto de 1975, es decir por espacio de 21 años, que a tiempo de su retiro devengaba 9.166 veces el salario mínimo legal mensual vigente, y que el 3 de julio de 1991 su empleador le reconoció una pensión equivalente a un salario mínimo.

- Que en razón de la aludida decisión instauró acción ordinaria contra la entidad financiera sin éxito, porque el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito declaró probada la excepción de prescripción, y la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá revocó la decisión, pero absolvió a la entidad financiera demandada.

1.2 Expediente T-819.479 El señor Pedro Alfonso Ayala Rondón interpuso acción de tutela contra la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida, al debido proceso, a la equidad, y al equilibrio social, fundado en que la demandada le ordenó a su empleador reconocerle una pensión equivalente a un salario mínimo, “y negó cualquier actualización de la mesada conforme a la pedido en la demanda”.

Para fundamentar el amparo constitucional que invoca refiere: - Que estuvo vinculado a la caja de crédito agrario industrial y minero mediante contrato de trabajo, durante casi 20 años, entre el 23 de diciembre de 1970 y el 21 de junio de 1989.

- Que el último cargo desempeñado fue el de Subgerente de la sucursal Ibagué, con una asignación básica mensual de $225.278.oo, equivalente a ocho veces el referente que el empleador utilizó para pensionarlo.

- Que fue despedido sin justa causa, como lo declara la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral de Ibagué, y que en consecuencia el empleador debía pensionarlo al cumplir la edad de cincuenta años.

- Que al cumplir el anterior requisito -20 de septiembre de 1999- solicitó a la obligada el reconocimiento de su pensión, sin resultado, circunstancia que lo obligó a acudir nuevamente a la justicia ordinaria.

- Que el Juzgado Dieciocho Laboral de Bogotá conminó a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero a reconocerle una pensión equivalente a un salario mínimo, y que la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá confirmó la decisión.

2. Intervención pasiva. contestación del Banco de Bogotá –T-811.504 Los Magistrados integrantes de la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá y el Juez Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá –vinculado a la actuación por el fallador de primer grado- guardaron silencio respecto de la protección constitucional que demandan los actores, y

también lo hizo la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero en Liquidación, en relación con la solicitud de amparo instaurado por el señor Pedro Alfonso Ayala Rondón.

Por su parte el Banco de Bogotá S.A., empleador del señor Gabriel Arrieta Cervantes, por intermedio de apoderado, se opone a que la protección sea concedida, porque la Sala accionada no incurrió en vía de hecho.

Para fundamentar la posición de su poderdante el profesional pone de presente: - Que el 3 de julio de 1991 el Banco de Bogotá reconoció al nombrado "una pensión de jubilación compatible con el Seguro Social, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 3041 de 1966" , dado que el señor Arrieta Cervantes cotizó a la entidad de seguridad social "a partir del 1° de enero de 1967".

- Que la prestación se liquidó "de acuerdo con las normas vigentes para la época, es decir el 75% del promedio de lo devengado por el trabajador en el último año de servicios y en caso de que dicha operación arrojara un valor inferior al salario mínimo, la cuantía de la pensión obligada debía igualarse al mínimo, como en efecto se hizo y así lo reconoce el accionante, de acuerdo con lo establecido en el artículo 260 del Código Sustantivo de Trabajo".

- Que el señor Arrieta promovió una acción ordinaria laboral contra el Banco de Bogotá solicitando la indexación de su primera mesada pensional, que no prosperó porque en la primera instancia se declaró prescrita la acción, y la Sala accionada revocó la decisión y declaró probados otros medios exceptivos - Que la sentencia que se reseña se encuentra en firme, toda vez que no fue recurrida en casación.

3. Material probatorio 3.1 Expediente T- 811.504 El señor Gabriel Enrique Arrieta Cervantes anexó fotocopias de todo lo actuado en el proceso ordinario laboral promovido por él contra el Banco de Bogotá S.A., que dan cuenta, entre otros aspectos:

- De la demanda presentada por intermedio de apoderado el 17 de junio de mayo de 1998, a fin de que se ordene el reajuste de "las mesadas ordinarias como las adicionales, a partir del 3 de julio de 1991, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta no solo el valor de su pensión jubilatoria inicial (..) sino las bonificaciones y demás ajustes legales y convencionales".

Adujo el apoderado del actor que el último salario devengado por el señor Arrieta Cervantes equivalía a 9.166 veces el salario mínimo legal vigente, y que la entidad demandada, el 3 de julio de 1991, le reconoció una pensión de jubilación por valor de un salario mínimo; sin considerar que entre la fecha de terminación del contrato (30 de agosto de 1975) y el día en que el nombrado entró a disfrutar de su pensión, "el peso colombiano sufrió una depreciación, por pérdida del poder adquisitivo del DOS MIL NOVECIENTOS TREINTA Y DOS PUNTO SESENTA Y SIETE POR CIENTO (2.932,67%)".

- De las excepciones formuladas dentro de la primera audiencia, por el empleador - cobro de lo no debido, inexistencia de los derechos y las obligaciones pretendidas, ausencia de título y de causa en el demandante, ausencia de obligación en la demandada, prescripción, y la que resultare probada -.

- De la sentencia proferida el 21 de julio de 1999, por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró "probada la excepción de prescripción (..) porque la exigibilidad del reconocimiento y pago de la indexación causada y alegada por el demandante, para ser imputada a la primera mesada pensional, se produce a partir de la fecha de reconocimiento de la pensión sanción, esto es, el 3 de julio de 1991, ejercitando la parte actora la correspondiente acción después de haber transcurrido más de 3 años de la exigibilidad de éste derecho, quedando afectada la acción por el fenómeno de la prescripción extintiva del derecho, ya que dicho término no fue interrumpido (..)".

Dice la providencia: "(..) en el campo laboral, no existía hasta antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, preceptiva legal que consagrara la indexación como mecanismo de defensa contra el fenómeno de la devaluación monetaria y

restablecedor del valor real y actualizado de los salarios, para efecto del reconocimiento y pago de la primera mesada pensional.

La indexación ha tenido cabida en el campo laboral por vía jurisprudencial pues, en sentencias reiteradas de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ésta la ha venido aplicando a casos similares al que nos ocupa, sobre los principios de la equidad y la justicia y el enriquecimiento sin causa, y no como mecanismo de resarcimiento de perjuicios frente a la mora en el cumplimiento de una obligación exigible por parte del deudor, como lo establece el Derecho Civil Colombiano.

(..) Las acciones tendientes a solicitar la reliquidación del monto de la primera mesada pensional, considera el despacho que para su ejercicio están sometidas al término señalado en el art. 151 del C. S.T. pues, la reclamación de la indexación no toca para nada con el status de jubilado, del cual, como lo ha manifestado la Corte, solo se puede predicar su extinción, más no su prescripción, por lo que solamente prescriben los derechos u obligaciones que surjan como consecuencia de este status, trátese de mesadas pensionales o de la misma indexación que se reclama; ya que, el mantenimiento de la seguridad jurídica no permite que exista la posibilidad perpetua de que judicialmente se reconozca la existencia de un derecho para lo cual la ley ha señalado plazos concretos y perentorias para el ejercicio eficaz de las acciones judiciales".

[1] - De la decisión adoptada el 29 de octubre de 1999 por la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá, que revocó "el ordinal primero de la sentencia apelada en cuanto declaró probada la excepción de prescripción y en su lugar absuelve a la demandada de las súplicas de la demanda".

El siguiente es un aparte de la decisión: "Primeramente hay que anotar que el derecho a la pensión de jubilación es un derecho vitalicio, razón por la cual éste no prescribe, salvo las respectivas mesadas que no se hayan exigido dentro del término de prescripción, como lo ha reiterado ampliamente la jurisprudencia nacional, por lo que no es acertada la decisión de primera instancia. además resulta ilógico la forma como se procedió a declarar probada la excepción de prescripción sin antes definir si le asistía o no el derecho al peticionario, dado que la excepción tiende es a impedir el reconocimiento de la obligación reclamada o aplazar su exigibilidad, cuestión que en el sub examine no aparece definido.

Es incuestionable la pérdida del poder adquisitivo que la moneda nacional ha venido soportando como consecuencia del proceso inflacionario, lo cual hasta antes de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, del 18 de agosto del año en curso venia reconociendo. Pero, como el fin primordial de esas decisiones judiciales es la de unificar la jurisprudencia nacional, la Sala acoge el criterio allí contenido." [2] 3.2 Expediente T-819.479 El señor Pedro Alfonso Ayala Rondón anexó a su petición de amparo, entre otros, los siguientes documentos:

- Fotocopia de la sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral, sección primera, el 24 de septiembre de 1992, dentro del proceso ordinario promovido por el nombrado contra la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero –radicación 5236- que resolvió:

"CASA TOTALMENTE la sentencia recurrida pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué; EN SEDE DE INSTANCIA REVOCA el fallo del A quo que ordenó el reintegro del demandante y en su lugar RESUELVE:

CONDENAR A LA CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO a pagar al demandante, señor Alfonso Ayala Rondon, lo siguiente: PRIMERO.- la suma de OCHO MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y TRES PESOS M/CTE ($8.877.243.oo) por concepto de indemnización por despido sin justa causa; SEGUNDO.- la suma de UN MILLÓN OCHOCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS CON CUARENTA CENTAVOS (1.859.782.40) por concepto de indexación en relación con

la condena anterior; y TERCERO.- a pagar las costas en un diez por ciento (10%) en cada una de las instancias. absolver a la demandada de las demás pretensiones de la demanda inicial del proceso".

Para fundamentar la anterior decisión expuso el fallador: "En suma, demuestra la censura que el Tribunal incurrió en error manifiesto de hecho al no dar por demostradas las incompatibilidades creadas con el despido del demandante que no hacen recomendable su reintegro a laborar como subgerente de una importante sucursal bancaria de la demandada.

El cargo por consiguiente prospera y por tanto es innecesario el estudio de los restantes toda vez que se refieren a los efectos jurídicos que se fijan en la sentencia de segunda instancia con relación al reintegro.

Corresponde en sede de instancia el estudio de las pretensiones subsidiarias de la demanda inicial por cuanto habrá de casarse totalmente la sentencia recurrida en cuanto confirmó la del a quo que ordenó el reintegro del actor, y en la medida que reformó esa decisión en lo referente a la condena por salarios dejados de percibir por el trabajador con sus aumentos legales y convencionales, teniendo en cuenta que se encuentra establecido que el despido del trabajador fue ilegal.

(..) En lo tocante con la indexación reclamada advierte la Sala que procede esta pretensión por cuanto no se condenó a la demandada por indemnización moratoria, de acuerdo a criterio jurisprudencial establecido en sentencia de Sala Plena de Casación Laboral del 20 de mayo de 1992 radicación 4645. al respecto aparece a folio 160 del cuaderno de instancia la constancia expedida por el Banco de la República en la cual certifica que la pérdida del poder adquisitivo del peso entre junio de 1989 y mayo de 1990 fue de 20.95%, por tanto corresponde condenar a la demandada a pagar la suma de $1.859.782.40 que resulta de reajustar en la cifra de devaluación referida la indemnización por despido sin justa causa." [3] - Fotocopia de las solicitudes presentadas por el actor el 20 de septiembre de 1999 y el 21 de febrero de 2000, solicitando "el reconocimiento y pago de la pensión sanción a partir del 20 de septiembre de 1999, fecha en la que cumplí 50 años de edad", y de la respuesta de 2 de marzo de 2000, en la que la entidad solicita "adjuntar copia de las sentencias debidamente ejecutoriadas donde se condene a la entidad a pagar dicha prestación".

- Fotocopia del Acta de Audiencia Pública de Juzgamiento, adelantada por la Sala accionada el 30 de noviembre de 2001, dentro del proceso ordinario laboral promovido por Pedro Alfonso Ayala Rondón contra la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero en Liquidación, que da cuenta de la revocatoria del numeral tercero de la sentencia de primer grado –en cuanto condenó a la demandada al pago de intereses moratorios en los términos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993-, como también de la confirmación del proveído en lo demás aspectos que fueron materia del recurso.

Expone la Sala accionada sobre las pretensiones del demandante, y sus fundamentos [4] : "El proceso estuvo orientado a obtener el reconocimiento y pago de la pensión sanción a partir del 20 de septiembre de 1999, fecha en la cual cumplió el demandante 50 años de edad, indexación de la primera mesada pensional, la indemnización establecida por el artículo 1° del Decreto 797 de 1949 y las costas del proceso.

Se fundamentan las anteriores pretensiones en los siguientes hechos: dice el actor que prestó sus servicios a la demandada mediante contrato de trabajo desde el 23 de noviembre de 1970 hasta el 21 de junio de 1989, siendo su último cargo el de Subgerente de la sucursal de Ibagué con una remuneración de $225.278.oo básico mensual, el demandante fue despedido sin justa causa, hecho declarado judicialmente por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Ibagué, sin embargo la demandada no ha cancelado la prestación reclamada, afirma que para la fecha de la terminación del contrato la Ley 171 de 1961 se encontraba vigente en virtud del mandato del art. 36 de la Ley 100 de 1993, sostiene que la primera mesada pensional debe hacerse de conformidad con dicha norma, aplicando la variación del índice de precios al consumidor entre la fecha que fuera despedido y el día que cumplió 50 años de edad, y de acuerdo con la H.

Corte Suprema de Justicia debe indexarse , lo cual afecta el monto de las siguientes y el de los ajustes que sobre ellas debe efectuarse , por último afirma que las relaciones entre las partes se rigen por las disposiciones especiales de los

trabajadores oficiales.” Reseña que la entidad demandada contestó la demanda por intermedio de apoderado, “aceptó el hecho 10°, de los demás manifestó no ser ciertos o no constarle. Oponiéndose a las pretensiones, propuso las excepciones de falta de causa, inexistencia de la obligación, compensación, prescripción, cosa juzgada, buena fe y las demás que resulten probadas”.

Respecto de la decisión de primera instancia el Ad quem sostuvo: “La sentencia de primera instancia (..) condenó a la demandada a reconocer y pagar a favor del demandante la pensión sanción a partir del 20 de septiembre de 1999, en un monto igual a $236.460.oo con sus respectivos reajustes de ley, y mesadas causadas y no canceladas con sus correspondientes reajustes, al pago de los intereses moratorios sobre el monto de las mesadas pensionales causadas y no pagadas al demandante desde el 20 de septiembre de 1999, cuyas sumas deberán cancelarse dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, absolvió a la demandada de las demás peticiones, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la parte demandada”.

Sobre el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de ambas partes, la accionada expuso: “Se fundamenta el recurso de apelación por la parte demandante (..) en el hecho que la condena por pensión sanción debe indexarse en cuanto al monto de la primera mesada como lo ordena la Ley 100 de 1993, considerando que dicha norma dispone que las pensiones causadas con posterioridad a su vigencia deben liquidarse a valores presentes y que se condene a la indexación conforme a la pretensión y teniendo en cuenta que la H. Corte Suprema sostiene que la mesada debe indexarse por virtud de la mora en su pago, y en el caso concreto, solo puede atribuirse tal mora a la demandada cuando se negó a reconocer la prestación a pesar que el demandante reclamó esta prestación el mismo día que cumplió la edad, habiéndosele exigido la existencia de sentencia condenatoria para su pago.

Por su parte, la parte demandada fundamenta el recurso de apelación (..) en el hecho que se debe revocar la condena por intereses moratorios, en consideración a que existió contradicción al momento de condenar a los intereses contemplados en el art. 141 de la Ley 100 de 1993, ya que el juzgado consideró que la pensión sanción no está en vigencia de dicha ley, por lo que estaría mal condenar a unos intereses consagrados en esa ley cuando la prestación no es de las contempladas en tal norma y por ende no debería darse lugar a los intereses, además afirma que así como se exoneró de la indemnización moratoria donde el demandante debía acreditar que el despido fue sin justa causa y que tenía más de 15 y menos de 20 años de servicio ha debido aplicar lo mismo para los intereses moratorios, porque en ellos también operó la buena fe de la demandada, además afirma que es imposible cancelar en el término de 5 días, las condenas impuestas, toda vez que la demandada se encuentra en liquidación y hay orden en el pago de los créditos laborales, porque si no se violaría el derecho de igualdad de otros trabajadores que están en la misma situación, por último afirma que para fijar las costas hay unos parámetros como que hubieran prosperado todas las pretensiones por lo que no es necesario condenarlas, dado que era imprescindible que el actor demandara para que se le reconociera el derecho.” De los considerandos se extrae que la Sala accionada fundamentó su decisión i) en el texto del artículo 8° de la Ley 171 de 1961, aduciendo que esta norma no obliga al empleador a mantener el poder adquisitivo de las pensiones a su cargo, y ii) en el texto de la demanda, dado que la condena al pago de intereses moratorios no aparece “ como pretensión expresa, sin que pueda entenderse que la decisión del juzgado se encuentra amparada en el art.

50 del CPL, dado que no se dan los supuestos de esta disposición”. El siguiente es una aparte de los basamentos a que se hace alusión, relativos a la indexación de la primera mesada pensional:

“El a-quo en su sentencia entendió que por haber condenado a los intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993, no procedía condena por indexación.

La motivación del juzgado para absolver a la demandada de esta súplica fue equivocada, considerando que no analizó la vigencia de la Ley 100 de 1993 en lo relativo a pensiones, que se aplicó a partir del 1° de abril de 1994, y que al ser

condenada la entidad a la pensión sanción a partir del 20 de septiembre de 1999, en esta fecha consolidó el derecho a devengar esa prestación a cargo de la demandada, pensión que se rige exclusivamente y de manera perentoria por la Ley 171 de 1961 en su art. 8° y que como tal, no quedó comprendida dentro de las pensiones de jubilación del régimen de transición consagrado en el art. 36 de la Ley 100 de 1993.

al no estar el demandante en consecuencia dentro del régimen de transición como tal dada la naturaleza especial de la pensión sanción, además de no haber cotizado al ISS desde el 1° de abril de 1994 por no haber laborado desde 1989, es jurídicamente imposible la indexación de la primera mesada pensional en los términos del inciso 3° del art. 36 de la Ley 100 de 1993, y con estos argumentos se confirmará la absolución que dedujo el A-quo por esta petición." - Fotocopia de la resolución GP-02258 de 4 de febrero de 2003, emitida por la liquidadora de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero para reconocerle al actor la pensión de jubilación que reclamaba, a partir del 22 de septiembre de 1999, en cuantía de DOSCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL CUATROSCIENTOS SESENTA PESOS ($236.460.oo), a partir del 1° de marzo de 2003, en cumplimiento de la orden emitida por el Juez Trece Laboral del Circuito de Bogotá, quien dispuso restablecer al actor su derecho constitucional de petición.

4. Decisiones judiciales objeto de revisión 4.1 Expediente T-811. 504 a) La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia negó, por improcedente, la pretensión de amparo constitucional invocada por el señor Gabriel Enrique Arrieta Cervantes contra la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá i) porque la tutela no es un recurso más contra las decisiones judiciales; ii) dado que al juez constitucional no le está permitido inmiscuirse en las decisiones adoptadas en otro proceso judicial; y iii) debido a que "la tutela se caracteriza por su inmediatez (..) y, en este caso el actor dejó pasar casi cuatro años para promoverla lo que de suyo indica su desinterés por recibir protección oportuna y eficaz de los derechos que invoca".

Dice la Sala: "Por ello se estima, que los argumentos esgrimidos por el quejoso para atacar la providencia del Tribunal Superior de Bogotá dictada en el proceso ordinario en cita no constituyen razones válidas para demandar ante los jueces constitucionales el derecho deprecado. No, porque ello convertiría la tutela en dispositivo complementario y adicional de protección; en otras palabras erigiría la tutela en un recurso más contra las decisiones judiciales, y esa no fue, ni puede ser la teleología que inspiró al constituyente cuando implantó esta novedosa institución de defensa de los derechos fundamentales ; ni ese es el alcance que se desprende del artículo 86 de la Carta Política.

Respecto de las actuaciones judiciales que, como se sabe, están cobijadas por la presunción de legalidad, cabe recordar que no procede el mecanismo excepcional de la acción en referencia, no solo en lo dicho anteriormente, sino también porque el juez de tutela no está revestido de facultades para inmiscuirse decisiones (sic) adoptadas en un proceso judicial pues esto constituiría una incursión arbitraria en la órbita del juzgador ordinario, atentatoria de la seguridad jurídica y de los principios de independencia, autonomía y desconcentración que caracterizan a la administración de justicia".

b) El actor impugnó la decisión, expuso que la acción que instaura es procedente "porque se encuentran agotados los mecanismos que el ordenamiento tiene previstos para la protección ordinaria de mis derechos fundamentales" y agrega que "cuando la regla del sometimiento de las decisiones judiciales al ordenamiento constitucional se quiebre, porque la solución que el juez resolvió imponer al asunto sometido a su consideración (Juz. 18 Laboral) no concuerdan con los dictados de la constitución política, puede decidirse que su legalidad es solo aparente y que el juez constitucional debe intervenir porque la ausencia de juridicidad impone que la sentencia no puede ser definitiva".

en cuanto al carácter inmediato de la protección, y el desinterés que le endilga el fallador, el señor Arrieta Cervantes explica: "(..) Se debió a que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no exhibía una posición uniforme en cuanto al desequilibrio de las pensiones, pues unas veces las negaba y otras las aceptaba y los asesores laborales tenían esta indecisión jurídica y confiaban en su cambio de actitud que lo produjo la Corte Constitucional –Sala Plena- con su

sentencia SU-120103 (sic) revaluando y unificando los criterios sobre INDEXACIÓN y al presentarse el cambio en las normas es procedente invocarlas en mi favor pues el principio de confianza legítima me impulsa a obrar en este sentido, y por eso se vio fortalecido. teniendo en cuenta lo que afirma la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia de que la acción de tutela negada puede interponerse en cualquier tiempo, pues la acción carece de caducidad y la misma Corte Constitucional en la sentencia, tantas veces mencionada, se encarga de decidir sobre los fallos proferidos en otras instancias desde 1999 en adelante (expedientes T-406. 257; 503.695, 406.257 y 453.539), como en mi caso y no encuentro justificable esta teoría".

c) La Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, confirmó la decisión, entre otros aspectos, porque "en modo alguno se observa arbitrario, caprichoso o irracional el razonamiento jurídico de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, Corporación que por demás sustentó el fallo de segunda instancia invocando jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, según la cual "no es posible, jurídicamente hablando, indexar la primera mesada pensional cuando el derecho se reconoce en la oportunidad indicada en la ley y el empleador, obligado a su pago por no haberla sustituido a ninguna entidad encargada del riesgo, no ha retardado su cancelación".

4.2 Expediente T-819.479 a) La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia negó la protección impetrada por el señor Pedro Alfonso Ayala Rondón, fundada en los mismos considerandos que dieron lugar a que esa Sala declarara improcedente la acción instaurada por el señor Arrrieta Cervantes, ya sintetizados.

b) El accionante impugnó la decisión, fundado en que esta Corporación "unificó la jurisprudencia en materia de indexación de la primera mesada pensional", y "en mi caso ocurrió justamente lo que a través de la sentencia invocada critica la Corte Constitucional (..)" .

Agrega que la Sala accionada resolvió su pretensión, "en sentido desfavorable, es decir que contrario al precepto legal, los principios constitucionales de favorabilidad, equidad y del debido proceso fueron pisoteados por el Tribunal de la suerte que al incurrir en vía de hecho se resquebraja la intangibilidad de la decisión y, por consiguiente el fallo pierde firmeza" (sic).

c) La Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia confirmó la decisión, para el efecto sostiene que la acción de tutela contra decisiones judiciales procede, en los casos en que éstas "sean producto del puro capricho del funcionario y desborden por completo el ordenamiento jurídico, es decir, cuando se incurra en una vía de hecho".

Sin embargo sostiene que "en este caso no habrá lugar siquiera a verificar si la sentencia cuya autoridad de cosa juzgada pretende remover el impugnante reviste aquellas características, pues la presentación extemporánea de la solicitud de amparo impide hacerlo, es decir, porque por salirse de la cronológica y lógicamente normal la acción ha caducado." Para fundamentar su planteamiento la Sala en comento se detiene en las sentencias SU-961 de 1999 de esta Corte y 13.405 de esa Corporación, de las que trae apartes, y concluye:

"En el asunto que se examina la sentencia de segunda instancia fue expedida por el Tribunal Superior de Bogotá el 30 de noviembre de 2001, es decir, más de veinte meses antes de ejercerse esta acción, lo que le quita el carácter de actual a la vulneración alegada y torna irrazonable el término empleado por el actor para acudir ante el juez constitucional".

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS 1. Competencia Esta Sala es competente para revisar las anteriores decisiones, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y por selección de la Sala número doce de esta Corporación, mediante providencia del 5 de diciembre de 2003.

2. Asunto objeto de decisión Debe la Corte determinar si las decisiones judiciales proferidas por la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá, para negar la indexación de la primera mesada pensional a los accionantes, vulneran sus

derechos fundamentales a la vida digna, a la igualdad, al debido proceso, al trabajo y a la seguridad social.

Para el efecto deberá analizarse previamente si los accionantes cuentan con un procedimiento eficaz, diferente a la acción de tutela, para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales quebrantados, porque esta acción no procede cuando el afectado dispone de otro medio de defensa judicial, salvo ante la presencia de un perjuicio irremediable, en los términos del artículo 86 de la Carta.

En este punto también se requiere establecer si el amparo constitucional reclamado conserva la inmediatez que le es propia, porque la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia sostiene que la petición de los actores es extemporánea y la Sala Penal de la misma Corporación dice que la oportunidad para invocar la protección constitucional caducó.

Lo expuesto con el objeto de resolver si resulta pertinente analizar las pretensiones de los actores, y decidir sobre el restablecimiento de sus derechos fundamentales conculcados.

3. Consideraciones preliminares 3.1 la acción de la tutela y el restablecimiento de los derechos fundamentales dentro de los procesos en curso El artículo 235 de la Carta Política atribuye a la Corte Suprema de Justicia, entre otras facultades, la de actuar como Tribunal de Casación, y el artículo 365 del Código de Procedimiento Civil sobre los fines de este recurso preceptúa que ha sido establecido para unificar la jurisprudencia nacional, prever la realización del derecho objetivo en los diferentes procesos, y reparar los agravios inferidos a las partes por la sentencia recurrida.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por su parte, tiene dicho que mediante el recurso de casación se someten a estudio las sentencias judiciales, para conocer si quebrantan o no “preceptos sustanciales de la legislación correspondiente a cada especie de procesos”;

con el “fin primordial” de “mantener el imperio de la ley” (..) que es la característica esencial del Estado de Derecho”. [5] Quiere decir que esa Sala interpreta debidamente la sumisión de las autoridades públicas al imperio de la ley, prevista en los artículos 230, 3°, 4° y 6° de la Carta, primacía de la que se deriva, necesariamente, la indefectible conformidad de las resoluciones judiciales con los dictados constitucionales, por ser éstos expresiones primigenias y genuinas del derecho legislado [6] , o, lo que es lo mismo, norma de normas, vinculantes de manera general [7] .

Por ello esta Corte, al resolver sobre la conformidad con la Carta de distintas disposiciones que modulan el recurso de casación, en todas las jurisdicciones [8] , se ha pronunciado sobre la posibilidad de “fundar un cargo de casación por violación de las normas de la Constitución”, y ha planteado que así este cargo no se formule “es obligatorio para el Tribunal de Casación pronunciarse oficiosamente” [9] ;

“ porque [una] sentencia que no ha sido dictada conforme a la ley sino contrariándola, jamás podrá tenerse como válidamente expedida y, mucho menos, puede ejecutarse” [10] , ha dicho la Corte:

“si se dicta una sentencia que adolece de vicios o errores de derecho se viola el debido proceso, pues tal circunstancia se traduce, directa o inmediatamente, en un agravio no sólo para la persona afectada, sino también para los demás sujetos procesales, y para la sociedad en general, como cuando se condena a una persona inocente, o se le aplica una pena diferente de la que le corresponde, pues el sentimiento de inconformidad no se circunscribe a quien directamente resulta damnificado, sino a la comunidad toda que, perdida la confianza en la protección real de los derechos, se sentirá expuesta a la arbitrariedad.

Esta la razón para que se haya instituido un medio de impugnación extraordinario, con el fin de reparar el error y los agravios inferidos a la persona o personas que puedan resultar lesionadas con la decisión equivocada de la autoridad judicial. Si ello es así, ¿cómo no aceptar que tal reparación se produzca antes de que se ejecute la sentencia equivocada? La materialización de la justicia, tal y como cada ordenamiento la concibe, es el fin esencial del debido proceso.” Asimismo esta Corte se ha pronunciado sobre el recurso de casación como instrumento idóneo para preservar la

integridad de la Carta Política, entre las partes en litigio y por razón del asunto en contienda, es decir en el plano de los derechos y libertades individuales sometidas a consideración de los jueces ordinarios, extendiendo de esta manera y " en forma progresiva los derechos y las libertades constitucionales" [11] , como corresponde a todas las autoridades de la República en los términos del artículo 2° de la Carta Política.

No desconoce entonces la jurisprudencia constitucional el carácter extraordinario del recurso en comento, sino que lo reitera a la vez que resalta la posibilidad de que el Tribunal de Casación restablezca primeramente los derechos constitucionales. Con respecto al punto vale traer la siguiente decisión:

"Si bien esta Corporación ha estimado que la casación debe conservar su naturaleza de recurso extraordinario, no convirtiéndose en una tercera instancia [12] al conocer de nuevo de los hechos, como se haría en el caso de la apelación, sino limitándose "a verificar si los enunciados normativos contenidos en la regla jurídica han sido interpretados o aplicados correctamente por el juez de instancia y si en esta labor creadora de la vida del derecho, también propia y natural de los jueces funcionalmente inferiores, no se ha incurrido en violación de la ley sustancial" [13] .

Este motivo hace razonable la existencia de causales de casación, pero sin que la rigurosidad de las mismas llegue al extremo de hacer inocuo un derecho sustancial. al respecto dijo la Corte:

"La mayor fluidez y el menor rigorismo en la técnica de los recursos en sede de casación, no significa en ningún modo que el Tribunal competente para conocer de ellos pueda verse desnaturalizado en sus funciones por las razones que se examinan; simplemente se trata de hacer menos rígidas las previsiones para atender a la prevalencia del derecho sustancial sobre el derecho procesal, y para reconocer que el examen de las causales no puede, en todo caso, ser agravado por presupuestos que enerven el acceso a la justicia y limiten en buena medida la unificación de la jurisprudencia nacional y la realización del derecho objetivo." [14] Con respecto a la finalidad de la casación esta Corte dijo:

"La casación, definida por el legislador como un recurso extraordinario y excepcional, tiene dos funciones primordiales: la de unificar la jurisprudencia nacional, y la de proveer la realización del derecho objetivo , función que se ha denominado nomofiláctica o de protección de la ley. En cumplimiento de esta última, el Tribunal de Casación no puede entrar directamente a conocer el fondo de la controversia, pues, en principio, sólo está facultado para examinar si la sentencia, objeto de recurso, desconoce las normas de derecho sustancial que se dicen transgredidas, bien por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea.

El recurso extraordinario de casación, por tanto, no es una instancia adicional, tiene por objeto el enjuiciamiento de la sentencia , y no del caso concreto que le dio origen. por consiguiente, sólo cuando el Tribunal de Casación ha encontrado que, evidentemente, el juez de instancia incurrió en un error de aplicación, apreciación o interpretación de la norma sustancial que se alega, y casa la sentencia, podrá pronunciarse sobre el caso concreto, actuando ya no como Tribunal de Casación sino como juez de instancia .

la razón, la necesidad de un pronunciamiento que reemplace el que se ha casado." [15] (el subrayado es nuestro) Queda entonces claro que, de hallar que el juez de instancia sí incurrió en un error de aplicación, apreciación o interpretación de la norma sustancial que se alega, y más aún cuando la Sala de Casación reconoce la existencia de un derecho fundamental merecedor de protección, es deber de ésta el casar pronunciándose de fondo sobre el caso en concreto para garantizar el derecho.

Si bien una de las funciones de la casación es la unificación de jurisprudencia a nivel nacional, la cual se da en pro del interés público y en cuanto tal tiene trascendental importancia, no se debe pasar por alto que también es función prioritaria el control de legalidad y constitucionalidad de las sentencias para que de esta manera se puedan proteger derechos subjetivos del casacionista. Por tal motivo la Corte declaró inexequible la norma que contemplaba la

procedencia de casación una vez ejecutoriada la sentencia en materia penal porque si bien se podía llegar a una unificación de jurisprudencia, se estaría permitiendo en muchos casos la perpetuación de la vulneración de derechos materiales en muchos casos de índole fundamental [16] .” [17] Con fundamento en lo expuesto esta Corporación ha considerado que los recursos, incidentes y en general las distintas oportunidades con que cuentan las partes y los terceros para ser oídos en los procesos en curso, son medios idóneos para que unas y otros reclamen la protección de sus derechos constitucionales, cuando quieran que estos resulten vulnerados o amenazados, por la acción o la omisión de los sujetos procesales, entre ellos por el juez del asunto.

Nótese, por consiguiente, que prevista la procedencia del recurso de casación, en un caso concreto, no procede instaurar una acción de tutela con miras a restablecer los derechos fundamentales conculcados dentro del mismo asunto, sino interponer dicho recurso, porque al tenor del artículo 86 de la Carta política el amparo constitucional opera cuando el afectado no dispone de otro medio, y - como quedó explicado- la casación es un instrumento eficaz de reparación integral de los derechos de naturaleza constitucional y legal.

No cabría acudir en consecuencia a posiciones subjetivas sobre la eficacia del recurso de casación frente al restablecimiento de determinados derechos fundamentales, a fin de justificar una demanda de amparo, porque la acción de tutela tampoco opera como alternativa de defensa de los derechos fundamentales, frente a otro instrumento que consigue el mismo efecto, sino como un medio subsidiario y residual, dado que la Carta Política tiene que ser respetada en todas las actuaciones judiciales o administrativas, por todas las autoridades públicas y en todo momento y lugar –artículos 2°, 29 y 86 C.P.-.

Aspecto importante de resaltar, en cuanto a la procedencia de la acción de tutela frente a la eficacia de los medios procesales ordinarios, toca con el principio de seguridad jurídica, el postulado de la buena fe y el deber de respetar el derecho ajeno y no abusar del propio –artículos 83 y 95 C.P.-, como quiera que quien cuenta con la posibilidad de recurrir una decisión judicial, pero opta por su firmeza, queda sujeto a su acatamiento incondicional y no podrá pretender que otra autoridad judicial vuelva sobre el asunto, así aduzca que lo decidido quebrantó el orden constitucional, en virtud de que, de haber ocurrido así, lo fue con su concurso.

No quiere decir lo anterior que por no haber interpuesto un recurso las personas queden inermes ante la vulneración continua y sucesiva de sus derechos fundamentales, por la misma causa, porque - como más adelante se verá- la protección constitucional no pierde actualidad cuando el quebrantamiento de los derechos constitucionales se extiende más allá de lo previamente resuelto, lo que quiere decir que lo afectados pueden interponer las acciones para que el quebrantamiento no se perpetúe, y si es del caso recurrir al juez constitucional quien conserva su competencia para emitir órdenes de restablecimiento –definitivas o transitorias- destinadas a hacer que los derechos se restablezcan efectivamente, sin perjuicio de lo previamente resuelto, y en firme.

3.2 El derecho a la pensión fundamental por conexidad. Carácter exigible del derecho a mantener el poder adquisitivo de la prestación a) La pensión de jubilación, en cuanto se relaciona con la especial protección y asistencia que la Carta Política dispensa a las personas de la tercera edad, a cargo del estado, la sociedad y la familia, y con la necesidad de que éstas se integren a la vida activa y comunitaria, como también con el derecho a la igualdad y al debido proceso, ha sido considerado en la jurisprudencia constitucional fundamental por conexidad [18] .

El siguiente aparte del informe-ponencia para primer debate, nos indica como fue considerado el tema en la plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente:

"TERCERA EDAD En tiempos pasados la sociedad fue generosa con el anciano. Lo hizo gobernante, juez, pontífice y consejero; lo ofrendó con privilegios y lo hizo merecedor de respeto y veneración. Por aquel entonces los promedios de vida eran muy bajos y el hombre longevo era algo excepcional. pero más tarde, con el surgimiento de la familia nuclear y

la crisis de la familia extensa o patriarcal, en el (sic) cual los hombres y mujeres de edad desempeñaban roles importantes, el viejo pierde su lugar, pues se limitan las obligaciones de sus parientes y la sociedad se vuelve esquiva con él. Es así como crean alrededor de la vejez una serie de mitos y tabúes adversos que la asocian con la enfermedad, la inutilidad, la impotencia sexual o el aislamiento; en fin un cúmulo de versiones que le hacen aparecer como una edad estéril y dolorosa, alejada de cualquier clase de placer y satisfacción. Esta situación íntimamente vinculada a problemas de orden económico y socio - cultural, origina una condición de inseguridad para el anciano, que hace cada vez más difícil su convivencia con la familia, porque sus hijos han dejado de ser un apoyo para él.

Sin embargo, nunca la tercera edad fue tan importante como lo es hoy, por el número de sus individuos y sus posibilidades. En los últimos 140 años, el promedio de vida humana ha aumentado 40 años gracias al desarrollo de la ciencia, y el número de personas mayores de 65 años ha crecido porcentualmente con respecto al resto de la población. A comienzo del siglo pasado sólo el 1% de los habitantes eran sexagenarios; al empezar este siglo, los ancianos eran el 4% y hoy son el 20%. Así en la actualidad más de 1000 millones de personas mayores de esta edad habitan nuestro planeta. Este incremento de la tercera edad ha sacudido a la humanidad entera dando lugar a fenómenos de carácter económico, familiar, social y científico, del que, entre otras cosas se han desprendido disciplinas como la geriatría, la gerontología, y el humanismo de la vejez.

En Colombia se calcula que en 1990 había 2'016.334 personas mayores de 60 años (6.1%), de las cuales 592.402, más de la cuarta parte de esta población, no cuentan con recursos necesarios para subsistir. Además, se sabe que la mayoría de los individuos pertenecientes a la tercera edad sufren de algún tipo de abandono social y muy pocos viejos tienen acceso a la seguridad social.

la cifra no alcanza siquiera al 1% en todo el territorio nacional. Para la Nación es delicada la situación. Cada día se incrementa el número y porcentaje de personas que llegan a esta tercera edad en condiciones de mala salud, bajos ingresos, malas pensiones cuando las hay, mínima capacitación porque su educación fue baja y en alta porción de mujeres que se dedicaron en su época a labores domésticas no remuneradas y por tanto llegan a esta etapa desprovista de los medios requeridos para sobrevivir.

Si se ha de cumplir el paso demográfico, se impone entonces la necesidad de cambiar la idea que se tiene de la vejez y se hace prioritario reeducar a la sociedad para que ésta pueda asumir con responsabilidad aquella realidad que se avecina. luego, en esta Constitución social y humanística por excelencia, la tercera edad debe gozar de las garantías que le proporcione una vida digna. Por ésto, el articulado propone que el estado, la familia y la sociedad protejan y asistan al anciano, y aseguren el respeto de los asociados, le integren a la vida comunitaria y le otorguen los servicios de la seguridad social integral y ayuda alimentaria en caso de indigencia.

La tercera edad no es una enfermedad. No es un concepto abstracto, sino concreto. Tiene problemas específicos, pero también capacidades y recursos de compensación propios tan positivos que caracterizan a otras edades.

Contrariamente a lo que se piensa, el anciano es capaz de trabajar, de divertirse, de sentir placer y satisfacción y, sobre todo, de pertenecer a una comunidad y ser útil a ésta. Debe mantenérsele en su propio medio social, pues su bienestar comienza en el contexto familiar. la experiencia en países industrializados hace (sic) que es perjudicial y aconsejable tratar de reunir a las personas mayores en residencias especiales que los aislen de su comunidad.

Por el contrario, debe brindársele la posibilidad de que conserven su autonomía e independencia. Institucionalizarlas puede ocasionarles desórdenes de tipo mental que comprometan su salud integral, mientras que un ambiente sano, en el medio en que acostumbran a desenvolverse, contribuye a la prevención de las enfermedades. En Colombia las personas de la tercera edad han expresado en distintas ocasiones su deseo de actuar sobre el propio entorno y de permanecer en su medio social y familiar. Es este el gran reto de la gerontología. Ha de buscarse, por lo tanto que la familia cumpla con la

función de protegerlo y socializar al anciano, en colaboración con la solidaridad ciudadana - sistema que ya se emplea en inglaterra dentro del contexto de la seguridad social -, con el fin de restaurar la capacidad productiva de éste.

Para que la vida del hombre sea digna de comienzo a fin, es perentorio asegurarle a la persona de la tercera edad el derecho a la seguridad y el disfrute del bienestar social que incluye los de salud, la alimentación adecuada y la vivienda. Se habla aquí de seguridad y bienestar social antes que de cualquier acto de caridad por que la conmiseración es nociva para el anciano. igualmente se hace énfasis en la salud mental, en los factores psico - sociales y en el medio en que ha de desenvolverse el viejo, puesto que éstos actúan como determinantes del tipo y la calidad del envejecimiento. se trata, al fin y al cabo de crear un cambio propicio para que el legislador establezca los conductos adecuados para proteger y facilitar al anciano la adaptación al mundo dinámico de hoy, es decir de desarrollar una especie de ecología de la vejez" que tenga como principal motivo hacer de los mayores personas productivas."

5 Entre los “conductos adecuados” que el legislador está en la obligación de establecer, con miras a la protección de las personas de la tercera edad, el artículo 53 de la Carta Política considera muy especialmente los medios que garanticen el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones, a fin de que éstas mantengan su poder adquisitivo, asunto que el artículo 48 de la misma normatividad confía al legislador.

En este orden, el artículo 43 del ordenamiento superior indica que la actualización de las mesadas pensionales deberá abordarse con mayor apremio en aquellos casos en que el desfase entre el ingreso pensional y el último salario efectivamente devengado por el pensionado pone en evidencia que éste no solo ha desmejorado su nivel de vida, sino que necesariamente afronta la insatisfacción de sus necesidad básicas y las de su familia, como quiera que lo ordinario es que las personas de la tercera edad, debido a la pérdida de su capacidad laboral, no cuenten con la posibilidad de incrementar sus ingresos y caigan fácilmente en la indigencia.

De ahí que el reajuste pensional haya sido considerado derecho fundamental por conexidad, en decisiones de tutela [19] y de constitucionalidad [20] , destacando, además, su relación con el mínimo vital, y así ha quedado definido que las personas que derivan su sustento y el de sus familias de la pensión de jubilación tienen derecho a que la mesada que reciben les permita mantener su nivel de ingreso y satisfacer sus necesidades, sin afrontar situaciones de pauperización con repercusiones sociales y políticas impredecibles, e irreversibles.

La siguiente decisión resume los principios que gobiernan la pensión de jubilación, según el ordenamiento constitucional, entre ellos el de la intangibilidad:

“Esa protección a la pensión surge no solo de la seguridad social sino de la relación laboral, luego incluye los ya mencionados principios de eficiencia, universalidad y solidaridad (propios de la seguridad social) y los principios generales del derecho al trabajo que la doctrina ha establecido y que en Colombia adquieren rango constitucional en los artículos 53 y 83 de la C.P. con las siguientes expresiones: primacía de la realidad : “primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”, irrenunciabilidad: “irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales”; “facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles”, favorabilidad, condición mas beneficiosa y principio por operario: “situación mas favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho”, justicia social: “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”, intangibilidad de la remuneración:

“pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales”, “remuneración mínima vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad de trabajo”, buena fe: “las actuaciones de los particulares y las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe” (este principio no aparece en el artículo 53 sino en el 83 de la C.P.).

Particular importancia tienen para el caso de estudio la primacía de la realidad, la irrenunciabilidad, la favorabilidad, la justicia social y la universalidad y la intangibilidad.

Se entiende por intangibilidad la remuneración legal y apropiada que le aseguren al pensionado la debida mesada. de ahí que las notas características son: carácter patrimonial, contraprestación por el servicio prestado, retribución concreta, de un valor económico cierto, indudable, contraprestación de orden público, reglamentada por la ley, tiene un carácter dinámico que contribuye al desarrollo social, tiene carácter alimentario, es una obligación contractual, es dignificador del trabajador. estas características y en especial las siguientes: ser de la esencia de la relación laboral, ser una contraprestación de orden público, tener el carácter alimentario y formar parte de la dignidad, están en relación con la teoría del mínimo vital y, si éste es afectado, cabe la tutela como lo ha dicho reiteradamente la jurisprudencia constitucional." [21] Ahora bien, desde el 1° de enero de 1976, de conformidad con lo previsto en el artículo 2° de la Ley 4ª del mismo año, las mesadas pensionales no pueden ser inferiores al salario mínimo legal, sin perjuicio de su monto inicial [22] , y, a partir de la misma normatividad –artículo 1°- y de disposiciones posteriores, quienes accedieron a una prestación superior al mínimo legal, pero asistieron a la pérdida paulatina del poder adquisitivo de su mesada, pudieron recuperarlo por diversos mecanismos, algunos en mayor proporción que otros [23] .

Según esto, cada una de las mesadas pensionales deberá mantener su poder adquisitivo, circunstancia que no presenta dificultad cuando la primera mesada pensional concuerda con el salario real devengado por el trabajador, pero que por tratarse de prestaciones periódicas puede ser enmendado a lo largo del proceso.

b) El artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo [24] estableció a favor del trabajador y a cargo el patrono la pensión de jubilación en base a una regla general y varias excepciones.

La regla consiste en que todo trabajador que preste su servicio a la misma empresa –con capital de $800.000-, tiene derecho a una pensión "equivalente al setenta y cinco (75%) del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios", al cumplir 50 años si es mujer, o 55 si es varón, después de veinte años de servicio continuo o discontinuo [25] .

Como excepciones al principio general la normatividad en comento reguló, entre otros casos, el derecho a la pensión del trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin cumplir la edad requerida, disponiendo que puede exigir el pago de la misma prestación al llegar a la edad, siempre que haya cumplido el requisito de los 20 años de servicio.

Ahora bien, sobre la liquidación de la prestación, en el caso del despido sin justa causa, después de 15 años de servicio continuo o discontinuo del trabajador al mismo empleador, el artículo 267 del código en mención previó que la mesada sería "equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de la pensión que le hubiere correspondido en caso de reunir todos los requisitos para gozar de esta última".

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

3. La pensión mensual vitalicia de jubilación o vejez no podrá en ningún caso ser inferior a sesenta pesos ($60) ni exceder de seiscientos pesos ($600)" –artículo 260-.

“1. Todo trabajador comprendido por este Capítulo que sea despedido sin justa causa después de quince (15) años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este código, tiene derecho a que su patrono le pague una pensión mensual vitalicia equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de la pensión de jubilación que le hubiere correspondido en caso de reunir todos los requisitos para gozar de esta última.

2. Esta pensión especial principia a pagarse cuando el trabajador despedido llegue a los cincuenta (50) años de edad, pero su derecho a ella debe reclamarlo dentro del término de un (1) año contado a partir del despido” –artículo 267-.

Ahora bien, la jurisprudencia del trabajo se pronunció sobre la naturaleza de la pensión, a efectos de distinguir el derecho a la prestación por haber alcanzado la edad y el tiempo de servicio simultáneamente, estando al servicio del mismo empleador, de la situación que se presenta cuando el trabajador completa el tiempo de servicio pero se retira o es retirado de la empresa antes de cumplir el requisito de la edad, en cuanto en este caso debe distinguirse la adquisición del derecho de su exigibilidad, como lo indica la siguiente decisión:

“La acción de condena de futuro es posible en los eventos de los arts. 262 y 267 del Cód. Sust. del Trab., por cuanto en ambos casos se trata de situaciones jurídicas individuales y concretas, que una vez adquiridas no pueden ser modificadas en el futuro, sobre las cuales se establece simplemente un plazo para que los derechos y obligaciones conferidas por ellas empiecen a ejecutarse. el derecho de pensión especial del art. 267 se adquiere, de manera irrevocable, por el servicio, sólo que ese derecho no es exigible sino cuando el trabajador llegue a los 50 años de edad. en este caso la edad no es un elemento configurativo del derecho como en la pensión general, sino que simplemente es condición para su exigibilidad. situación similar se contempla cuando el trabajador, adquirido el derecho a la pensión ordinaria por haber cumplido la edad y el tiempo de servicio, continúa laborando en la empresa;

entonces, puede solicitar la pensión que sólo empezará a deberse desde el día en que el trabajador se retire de la empresa [26] Otro punto tratado por la jurisprudencia del trabajo, toca con la liquidación de la prestación, en los casos en que el patrono no permite al trabajador continuar en su servicio haciendo nugatorio el derecho a la pensión:

“De acuerdo con el art. 267 del Código Sustantivo del Trabajo, un trabajador despedido sin justa causa por una empresa de las obligadas a pagar pensión de jubilación, después de más de 15 años de servicios, aun cuando su tiempo de servicios pase de 20 años, al cumplir los 50 años de edad, debe entrar a disfrutar de la pensión especial establecida por el citado artículo, o sea la equivalente al 75% de la pensión que le habría de corresponder si reuniera todos los requisitos para gozar de la pensión total establecida en el art. 260 del mismo código.

“Y cuando el trabajador despedido cumpla los 55 años de edad, esa pensión parcial debe convertirse en la establecida para quienes sirvieron 20 años o más a la empresa, o sea el equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios.

“Esa pensión a que se refiere el citado artículo 267debe liquidarse por el promedio de salarios devengados en el último año de servicios del trabajador y no por el promedio de salarios devengados en el decimoquinto año de servicios.

(..) La demanda sobre pensión de jubilación a que se refiere el artículo 267, ante la jurisdicción del trabajo, antes de que el trabajador haya cumplido los 50 años de edad no constituye petición antes de tiempo.” [27] Ahora bien, el legislador, apoyado en la necesidad de “garantizar la estabilidad de los antiguos trabajadores de una empresa” [28] , amplió el régimen previsto en el artículo 267 antes trascrito, beneficiando además a los trabajadores que habiendo prestado servicio al mismo empleador por 10 o más años fueran despedidos, impidiéndoles acceder a la prestación, a la vez que derogó el lapso del año, previsto para reclamar la prestación, conforme lo reglado en los artículos 8° y 14 de la Ley 171 de 1961 [29] .

Es de notar que el artículo 8° de la ley en comento, a la vez que obliga al patrono a pensionar al trabajador despedido sin justa causa, después de 10 años de servicio continuo o discontinuo, introdujo el concepto de pensión restringida, al disponer que la prestación se pagaría en forma proporcional al tiempo de servicios, y reprodujo el concepto liquidatorio que fuera previsto en el artículo 267 sustituido, disponiendo que la mesada sería igual a la que le hubiera correspondido al trabajador de haber completado el tiempo de servicio y alcanzado la edad requerida al servicio del empleador.

Tanto es ello así que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostuvo respecto de la liquidación de la pensión de jubilación, que cuando el trabajador alcanza la edad requerida con posterioridad a la terminación del contrato, debe entenderse como último año "el vigésimo que corresponde al hecho generador de la prestación y no el último servido en la empresa" [30] .

Ahora bien, más adelante el Tribunal de Casación i) recurrió a los artículos 8° de la Ley 153 de 1887 y 19 del Código Sustantivo del Trabajo para mantener actualizada la base de la prestación jubilatoria, pues "el derecho laboral es sin duda alguna uno de los campos jurídicos en los cuales adquiere primordial importancia la consideración de los problemas de equidad, humanos y sociales que surgen de la inflación galopante", ii) en vigencia de la actual Constitución aplicó sus dictados con igual fin, y iii) una vez expedida la Ley 100 de 1993 puntualizó que no hay ningún razón válida para negarles a quienes acceden a su derecho pensional en razón de las previsiones del artículo 8° de la Ley 171 de 1961 la indexación de la primera mesada pensional [31] .

Como lo indican los siguientes apartes de las decisiones que se traen a colación: "Ahora bien, la prueba del capital de la empresa o patrono, que por mandato legal es de su cargo, cuando el derecho a la pensión de jubilación se adquiere por el trabajador durante el desempeño de las labores, o en otras palabras, durante la vigencia del contrato y se retira de inmediato de su cargo, es la correspondiente al año próximo anterior a la terminación de la relación laboral.

mas no ocurre lo mismo cuando cumplidos los veinte años de servicios la edad la cumple el trabajador posteriormente, terminado ya el contrato de trabajo, pues hasta entonces en relación con la pensión no se han cumplido todos los requisitos de ley, caso en el cual la prueba es la del año inmediatamente anterior a aquél en el cual con la edad requerida, adquirió el derecho a la prestación.

y es que en verdad es en el momento en que nace el derecho cuando interesa conocer si el patrono tiene la capacidad económica que la ley señala para asumir la correlativa obligación al mismo derecho, de reconocer y pagar la pensión jubilatoria. así, pues, el capital de la empresa que corresponde tener en cuenta, es el existente en el momento mismo en que el trabajador ha completado las dos condiciones exigidas por el artículo 260 tantas veces citado para poder reclamar su pensión y no el poseído por la empresa o patrono cuando en el patrimonio del trabajador no existía el derecho a reclamar tal prestación" (Casación de octubre 30 de 1970)" [32] – se destaca .

"Más aún, en la misma Constitución Política del país, recientemente promulgada, se establecieron disposiciones que reflejan la consideración de aquél fenómeno, como el artículo 53, en el cual, entre los "principios mínimos fundamentales" que deben observarse por el Congreso cuando cumpla el deber de expedir el "estatuto del trabajo" se señaló el de que la remuneración del trabajador debe consagrarse con carácter de "vital y móvil "; además de que en el inciso 3° se garantizó "el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales." y el artículo 48, referente a la seguridad social, defirió a la ley la definición de "los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante." Se trata, entonces, de un problema que, no obstante haber traído la atención del legislador en varios campos, aún no ha recibido consagración positiva especifica para el derecho al trabajo, fuera de los importantes principios constitucionales destacados. sin embargo, ello lejos de ser un obstáculo para recibir un correctivo, por lo menos en el caso concreto, es un acicate para la búsqueda de la solución que requiere, pues "el derecho laboral es sin duda alguna uno de los campos jurídicos en los cuales adquiere primordial importancia la consideración de

los problemas de equidad, humanos y sociales, que surgen de la inflación galopante" [33] –subrayado y comillas en el texto original -.

"Ahora bien, con relación al tema que se trata, es conveniente anotar que para la Sala a partir de la fecha en que empezó a regir la Ley 100 de 1993, los criterios jurisprudenciales que se exponían con respecto de lo que se denominó la indexación de la primera mesada pensional, que en estricto rigor jurídico lo era de la base salarial para rasar esa mesada, perdieron vigencia en cuanto hace a pensiones legales causadas dentro de la misma. y esto porque de acuerdo con el artículo 36 antes transcrito, al igual que con el artículo 21 de tal normatividad ya no hay que acudir a la analogía ni a la equidad para ordenar esa indexación, ni tampoco puede aseverarse, como lo pregona la orientación jurisprudencial a la que se viene acudiendo para resolver esa clase de peticiones que no existe en materia laboral disposición legal que autorice la aplicación de aquella para el reconocimiento de la pensión de jubilación o vejez".

[34] A lo anterior debe agregarse que la jurisprudencia del trabajo, tratándose de la liquidación de la pensión de jubilación, tuvo presente el derecho del trabajador a la interpretación más beneficiosa, por ello frente a la congelación de la prestación, prevista en el Código Laboral para el caso en que el trabajador después de los 20 años de servicio continuaba al servicio del mismo empleador, previó que alcanzada la edad requerida el salario base para liquidar tenía que ser "el que se está devengando en el momento que nace el derecho a ella, o sea cuando se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, a saber: 55 años de edad (50 si es mujer) y 20 años continuos o discontinuos de trabajo. esta es la interpretación del artículo 261 del mismo código" .

[35] Al respecto, cabe recordar que Ley 171 de 1961, a la vez que refrendó el querer del legislador, atinente a que la cuantía de la pensión tiene siempre que consultar la que le habría correspondido al trabajador, de haber continuado prestando el servicio hasta alcanzar la edad requerida para exigir la prestación, derogó el artículo 261 a que se hizo mención.

Completa lo anterior el inciso tercero del artículo 37 de la Ley 100 de 1993, en cuanto sobre la liquidación de la pensión después de 10 y 15 años de servicio dispone lo siguiente:

"La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida y se liquidará con base en el promedio devengado en los últimos diez (10) años de servicios, actualizado con base en la variación del índice de precios al consumidor certificada por el DANE." Finalmente, de admitir vacío legislativo respecto del deber del empleador de mantener el poder adquisitivo de la pensión jubilatoria a su cargo, se habrá de considerar que lo pertinente resulta de considerar que el legislador, de haberlo dispuesto expresamente, habría resuelto que las mesadas se liquiden sobre el 75% del salario realmente devengado por el trabajador , "dado que la equidad, la jurisprudencia constitucional y los principios generales del derecho laboral indican que los espacios dejados por el legislador no pueden ser llenados por el juzgador a su arbitrio, por su mera voluntad, sino consultando los criterios auxiliares de la actividad judicial –artículo 230 C.P.-" [36] 3.3 Perjuicio irremediable, causado por la omisión en reajustar las mesadas pensionales De manera reiterada esta Corporación ha sostenido que la acción de tutela resulta en principio improcedente para hace prevalecer el principio de la intangibilidad de las mesadas pensionales [37] , puesto en todos los casos el ordenamiento cuenta con procedimientos para que los pensionados reclamen sobre la liquidación de la prestación, pero, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 86 de la Carta Política, también ha dicho que el juez constitucional tiene que analizar la eficacia del medio ordinario, respecto de la situación concreta que afronta el pensionado y resolver si procede el amparo, en forma definitiva o transitoria.

En este punto, en reciente decisión esta Corporación puntualizó que "sólo la necesidad de brindar protección urgente e inmediata a la persona", en consideración a su situación, justifica la procedencia de la acción de tutela , y relacionó los

factores que siguiendo la jurisprudencia constitucional atinente al tema deberá ponderar el juez constitucional, a fin de resolver sobre su intervención.

Adujo que la edad del pensionado, su situación física - principalmente su estado de salud -; el grado de afectación de los derechos fundamentales - en especial del mínimo vital- acompañado de la carga argumentativa y las pruebas que lo demuestran; al igual que la actividad desplegada por el interesado, para reclamar su derecho al reajuste, aplicados sin rigidez, permitan apreciar el estado de vulneración en el caso concreto, y pueden conducir al juez constitucional "a la convicción que de no brindarse la protección urgente e inmediata de los derechos del pensionado éstos se verían vulnerados o continuarían siendo gravemente amenazados" [38] .

Otro aspecto que requiere ser considerado en el punto toca con la claridad de la situación del pensionado, porque "las personas de la tercera edad, hasta donde ello fuere posible, no pueden ser compelidas a soportar, sin más, trámites procesales dispendiosos que dadas sus condiciones físicas y mentales no están en capacidad de atender; porque, además de que tal conminación conculcaría su derecho a gozar de la especial protección del estado, de la sociedad y la familia - artículo 46 C.P.-, se estaría desconociendo su derecho a la igualdad, por cuya virtud sólo ante circunstancias plenamente justificadas, las personas de avanzada edad pueden verse avocadas a terminar su existencia enfrentadas a las cargas económicas y afectivas que demandan los engorrosos y dilatados tramites judiciales [39] ".

[40] Quiere decir entonces que el juez constitucional tiene que considerar la situación sometida a su consideración y resolver si concede la protección, de manera definitiva o transitoria, atendiendo a las condiciones físicas del pensionado y sopesando el estado del derecho y las actuaciones emprendidas a fin de establecer si el asunto ha sido debidamente debatido, porque de no haberse adelantado la confrontación lo conveniente será que el asunto lo defina la justicia ordinaria, la que en todo caso deberá resolver sobre los consecuencias puramente económicas de la vulneración, al igual que respecto de las responsabilidades que de la misma se deriven.

En este sentido de antemano puede afirmarse que aunque el transcurso del tiempo no aminora el derecho a la protección constitucional deja al descubierto que la situación no amerita un remedio inminente, dando lugar a que el asunto sea resuelto por la justicia ordinaria, con la plenitud de las garantías constitucionales.

3.4 La permanencia del derecho a la intangibilidad de la mesada pensional La jurisprudencia constitucional tiene definido que entre la seguridad de las decisiones judiciales y la realización de los derechos constitucionales de los asociados, la Carta Política opta por esta última, tanto así que los artículos 2° y 86 del ordenamiento superior no admiten excepciones cuando se trata de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, derechos y libertades, en todo momento y lugar, y contra cualquier autoridad, o particular.

Ahora bien, también se desprende del artículo 86 de la Carta que el restablecimiento de los derechos fundamentales tendrá que ser inmediato, y las órdenes para conjurar la violación de aquellas que se cumplen con premura, acepciones que responden a un criterio de oportunidad y de las que se deriva la necesidad de que los jueces tengan presente los efectos del tiempo en los asuntos que les son propuestos, a fin de determinar la pertinencia y la utilidad de su intervención [41] .

Así las cosas, haciendo un recuento de las decisiones de amparo constitucional que han considerado la inmediatez de la protección, se puede afirmar que ésta no puede concederse cuando el daño ya no permite sino acudir a las vías legales a fin de obtener una reparación económica [42] , como también en aquellos casos en que el transcurso del tiempo consolida derechos de terceros [43] , cuando la intervención del juez constitucional, sin perjuicio del quebrantamiento, resulta inútil, de todos modos [44] , o si la situación indica que acudir a los procedimientos ordinarios no agrava la conculcación [45] Esto último porque el ordenamiento cuenta con procedimientos, que además de idóneos para el restablecimiento de los derechos fundamentales permiten adelantar debates profundos, en los que las partes y los terceros

con mayor holgura que dentro el procedimiento breve y sumario propio del amparo constitucional, pueden presentar alegatos y pruebas, y contradecir los contrarios, en los términos del artículo 29 constitucional.

Completa lo anterior que la protección de los derechos fundamentales no puede sujetarse a términos inexorables [46] , sino a la prudente valoración del fallador quien deberá considerar la situación concreta, las razones que no permitieron al afectado instaurar la acción de manera temprana, las repercusiones de no conceder el amparo, al igual que los efectos de la intervención respecto de los derechos adquiridos por terceros [47] .

Uno de los criterios seguidos, frente a la necesidad de fijar un límite temporal a la acción de tutela, que consulte la seguridad que demandan las relaciones jurídicas a la vez que restablezca el derecho fundamental quebrantado, tiene que ver con la caducidad o la prescripción de las acciones previstas para reclamar los derechos ante la justicia ordinaria, a fin de que la protección a la vez que restablezca el derecho no vulnere situaciones previamente consolidadas.

[48] . Como consecuencia de lo dicho, no estima la Sala que quien reclama la indexación de su mesada pensional agote la posibilidad de amparo porque dejar transcurrir tres o más años desde que se hizo exigible la pensión, para instaurar el reclamo, puesto que el pensionado puede haber perdido el derecho a que se le aplique con retroactividad la medida, pero conservarlo respecto de la situación futura, en razón de que el derecho a la prestación jubilatoria se sucede mes a mes.

Por ello la Sala accionada revocó la sentencia que declaraba prescrita la acción instaurada por el señor Gabriel Arrieta Cervantes contra el Banco de Bogotá S.A. –como fue reseñado -, precisando que el derecho a la pensión de jubilación no prescribe, sin perjuicio de las mesadas no reclamadas a tiempo, siguiendo la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que indica al respecto:

“Es cierto que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte ha mantenido el criterio de que la acción correspondiente a la pensión sanción por implicar una prestación de tracto sucesivo y de carácter vitalicio no prescribe en términos absolutos en cuanto al derecho en si mismo, aunque si son susceptibles de extinguirse por prescripción las mensualidades propias de la jubilación al igual que los demás derechos derivados de la situación de pensionado, que vayan siendo exigibles y no se reclamen dentro de los plazos legalmente previstos. entre los argumentos que se han esgrimido para sostener esta postura pueden mencionarse los siguientes: que el estado de jubilado en tanto da derecho a percibir de por vida una determinada suma mensual, no puede prescribir y en tratándose de la pensión especial consagrada en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 el estado de jubilado se adquiere por el tiempo de servicios, el despido injusto o el retiro voluntario, según el caso, y la edad señalada en la norma. que según el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 "...en todos los demás aspectos la pensión aquí prevista se regirá por las normas legales de la pensión vitalicia de jubilación..." y entre los demás aspectos está incluido, naturalmente, el de la prescripción ya que no figura regulado de modo específico. que la acción para obtener una decisión judicial en el sentido de que se terminó unilateralmente y sin justa causa el contrato de trabajo no prescribe, dado que se trata de la declaración de un derecho y lo que prescriben son los derechos derivados del hecho, como el reintegro, la indemnización por despido y las sucesivas mesadas pensionales de la pensión sanción. que si bien el artículo 267 del C.S.T, antecedente legal inmediato de la pensión sanción, establecía un término de caducidad de un año contado a partir del despido, la voluntad del legislador fue la de eliminar del ordenamiento esta disposición pues la derogó en forma expresa mediante el artículo 14 de la Ley 171 de 1961. que establecer la prescriptibilidad de la pensión sanción por vía jurisprudencial implicaría crear distinciones que la ley no hizo, pues al contrario la ley prevé que esta modalidad pensional como se vio, se rige por las reglas generales en los aspectos no regulados específicamente. que la circunstancia de que se haya excusado con fines prácticos y de economía procesal el interés actual como presupuesto de la acción, permitiéndose así la condena futura no implica la obligación de reclamar desde el despido la pensión sanción.

(..) Con referencia a esta argumentación [- se está violando el principio básico según el cual nadie puede ser juzgado - y menos aún sancionado- sino en virtud de leyes preexistentes-] basta con que la Sala reitere que la imprescriptibilidad de la pensión sanción se desprende de los artículos 488 del C.S.T y 151 del C.P.L, aplicados al derecho reconocido por la Ley 171 de 1961, art. 8°, atendida la naturaleza de éste, vale decir que no se trata de una creación jurisprudencial sino legal y si en el caso de los autos el despido aconteció en 1966, es indiscutible que quedó regido por dichas normas con todo su contenido implícito. además la jurisprudencia laboral entorno a que el estado de jubilado, en cuanto tal, no puede prescribir, se remonta al Tribunal Supremo del Trabajo (ver, por ejemplo sentencia del 18 de diciembre de 1954, Constain Miguel A, Jurisprudencia del Trabajo, Volumen iii, pág, 298. Editorial Temis Bogotá, 1975).".

[49] "Asiste razón al opositor al advertir que el punto aquí controvertido, esto es, la imprescriptibilidad de los factores computables para calcular la mesada jubilatoria, ya ha sido analizado por esta Corporación en anteriores oportunidades y, particularmente, en diversos asuntos adelantados contra la misma demandada. así, en sentencia del 26 de mayo de 2000 (rad.13475), reiterada el pasado 25 de septiembre de ese mismo año (rad.14184), se acoge lo definido sobre el particular en decisiones del 26 de mayo de 1986 (rad.0052), 6 de febrero de 1996 (rad.8188) y 23 de julio de 1998 (rad.10784) en los siguientes términos: "… el aspecto puntual en discusión y que objeta el recurrente de la sentencia controvertida se circunscribe a la prescripción de la prima de alimentación que recibía el demandante como factor salarial para cuantificar y, por ende, reajustar la pensión de jubilación que se le reconoció y venía pagándosele a éste; pues mientras el Tribunal concluye su imprescriptibilidad, el censor aduce todo lo contrario, atribuyéndole al juzgador de segundo grado el haber violado la ley por interpretación errónea de los preceptos relacionados en el cargo y que reglan la prescripción en materia laboral . "del examen de la providencia recurrida fluye clara y contundentemente que el sentenciador de alzada no incurrió en el desvió hermeneútico que se le endilga en el ataque. esto porque la intelección que hizo de las disposiciones legales que gobiernan la prescripción se ciñe al criterio interpretativo que sobre ese punto de vieja data ha fijado la Corporación a través de sus diferentes fallos y el cual ha mantenido hasta la fecha, tal como se precisará a continuación: "1) en sentencia del 26 de mayo de 1986, radicación número 0052, se dijo: '(…), la pensión de jubilación por ser una prestación social de tracto sucesivo y de carácter vitalicio, no prescribe en cuanto al derecho en si mismo, sino en lo atinente a las mesadas dejadas de cobrar por espacio de tres años, y además, trae aparejada una situación jurídica regulada por la ley que, entre otras cosas, incluye los reajustes económicos de tal derecho. estos reajustes como integrantes del status pensional son consustanciales a él y, por ende, no prescriben en cuanto tales, sino en tanto afectan la cuantía de determinadas mesadas . de suerte que la potencialidad del reajuste legal no desaparece por prescripción con arreglo a los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal Laboral, sino que se extingue la incidencia que el ajuste pudo haber tenido en ciertas mensualidades que se percibieron sin que el acreedor hubiera objetado su cuantía durante el término prescriptivo de tres años'. "2) en fallo del 6 de febrero de 1996, radicación 8188, sobre el fenómeno de la prescripción frente al status de jubilado, puntualizó: 'de los "hechos" que fundamentan la pretensión que se hace valer en juicio sólo cabe predicar su existencia o inexistencia, lo cual sucede también con los "estados jurídicos" cuya declaratoria judicial se demande - como los que emanan del estado civil de las personas, respecto de los cuales adicionalmente se puede afirmar que se han extinguido. la jurisprudencia ha dicho que la pensión de jubilación genera un verdadero estado jurídico, el de jubilado, que le da a la persona el derecho a disfrutar de por vida de una determinada suma mensual de dinero. por eso ha declarado la imprescriptibilidad del derecho a la pensión de jubilación y por ello la acción que se dirija a reclamar esa prestación puede intentarse en cualquier tiempo, mientras no se extinga la condición de pensionado, que puede suceder por causa de la muerte de su beneficiario. "del estado de jubilado se puede predicar su extinción, más no su prescripción", dijo la Corte (cas., 18 de diciembre de 1954). también la ley tiene establecido que la prescripción es un medio de extinguir los derechos, con lo cual los efectos de ese medio extintivo de las obligaciones no comprende los estados jurídicos, como el de pensionado.

‘(…) ‘la posibilidad de demandar en cualquier tiempo está jurídicamente permitida por ser consustancial al derecho subjetivo público de acción. la prescripción extintiva por tanto, no excluye tal derecho porque dentro de ella, dentro del proceso y presuponiendo su existencia, le permite al juez declarar el derecho y adicionalmente declarar que se ha extinguido - como obligación civil, más no natural - por no haberse ejercido durante cierto tiempo. ‘es claro, en consecuencia, que cualquier persona en ejercicio de la acción - entendida como derecho subjetivo público - puede demandar en cualquier tiempo que se declare judicialmente la existencia de un derecho que crea tener en su favor. el derecho público también se manifiesta en el ejercicio del derecho de excepcionar. ‘los hechos que le dan fundamento a una pretensión, por ser imprescriptibles, deben ser admitidos o rechazados por el juez antes de pronunciarse sobre la excepción correspondiente por lo cual, tratándose de la acción que se promueva para que se declare que el despido se ha producido con o sin justa causa, de manera legal o ilegal, no puede concluir con una decisión inhibitoria. el derecho que la ley le atribuye al hecho, debe ser declarado por el juez antes de pronunciarse sobre su extinción, pues ese derecho corresponde al ámbito de las obligaciones civiles y aún cuando, como tal, se haya producido su extinción por cualquiera de los medios ordinarios que la ley establece (pago, transacción, confusión, compensación, prescripción, etc.), subsistirá la obligación del deudor como obligación puramente natural”.

[50] De lo anterior se deduce, en definitiva, que como las acciones propias de los derechos laborales prescriben en tres años, contados a partir de la oportunidad de exigir su satisfacción, el beneficiado con la pensión de jubilación estará siempre en posibilidad de invocar la actualización de su mesada pensional, en primera instancia ante su empleador o la entidad obligada a reconocerla, y en subsidio ante el juez laboral, sin que en ningún caso puede ser considerada improcedente su pretensión, por razones de oportunidad.

4. Casos concretos. Las sentencias de instancia serán revocadas, pero el amparo invocado no será concedido 4.1 Las sentencias de la Sala accionada en cuanto los actores permitieron su ejecutoria tendrán que cumplirse Las Salas de Casación Laboral y Penal de la H. Corte Suprema de Justicia niegan la protección que invocan los accionantes, porque la acción de tutela contra sentencias es improcedente, y en razón de que el amparo se habría instaurado con considerable retraso.

Para desvirtuar el primer planteamiento basta con reiterar la abundante y consistente jurisprudencia constitucional sobre las vías de hecho, que contraría lo afirmado por los jueces de instancia [51] , y, respecto de lo segundo, ya se dijo que el derecho de reclamar la intangibilidad de la mesada pensional permanece, mientras la vulneración continúe, aunque no siempre la intervención transitoria del juez constitucional resulte procedente.

De modo que las sentencias que se revisan serán revocadas; pero, como pasa a explicarse, el amparo no será concedido porque el derecho a recobrar el poder adquisitivo de la pensión puede ser reclamado ante la justicia ordinaria, sin perjuicio de la cosa juzgada que ampara la negativa a la indexación de la primera mesada.

4.2 Improcedencia de la acción a) Los actores cuentan con otra vía para reclamar sobre la intangibilidad de su mesada pensional Los señores Gabriel Arrieta Cervantes y Pedro Alfonso Ayala Rondón interponen acción de tutela en contra de la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá, porque la accionada decidió en su contra las demandas ordinarias en que los mismos pretendían la indexación de su primera mesada pensional.

No existe controversia i) en cuanto a que los nombrados cumplen con los requisitos previstos en los artículos 260 del Código Sustantivo del Trabajo y 8° de la Ley 171 de 1961, ii) respecto de que los mismos gozan de sendas pensiones de jubilación reconocidas por sus empleadores, iii) con relación a que están recibiendo una mesada que no consulta el 75% del promedio del salario real devengado, y iv) sobre la ejecutoria de las decisiones de la accionada que negaron la indexación de la primera mesada pensional.

De suerte que para efectos de la revisión que se adelanta esta Corte no se detendrá en los puntos anteriores, pero como los actores solicitan que se anulen las sentencias de la accionada, la Sala insiste en que la pretensión no puede prosperar, porque los accionantes no interpusieron el recurso que le habría permitido a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia casar las sentencias y restablecer los derechos constitucionales fundamentales conculcados, como es su deber.

Así las cosas, por ser las decisiones cuestionadas actos jurisdiccionales en firme debe entenderse que no procede sino su cumplimiento incondicional, como lo ha sostenido reiteradamente esta Corporación, y así se declarará.

Para completar el punto, vale destacar que la Sala no encuentra válidas las explicaciones del señor Arrieta Cervantes sobre la decisión de su apoderado de no recurrir en casación, y que nada expuso el señor Ayala Rondón al respecto. se precisa:

El señor Gabriel Arrieta explica que fue disuadido por su apoderado de interponer el recurso porque la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, para la fecha –21 de noviembre de 1999-, había resuelto apartarse de la interpretación que favorecía a los pensionados sobre la indexación de la primera mesada pensional [52] .

lo que no es exacto. Lo anterior porque si bien la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia el 18 de agosto de 1999 resolvió modificar su jurisprudencia sobre la indexacción de la primera mesada pensional, la misma Sala no tiene una posición única al respecto [53] , al punto que en la sentencia SU-120 de 2003, esta Corte encontró que entre el 18 de agosto de 1999 y el 13 de febrero de 2003 son muchas las sentencias del Tribunal de Casación que han ordenado al empleador liquidar la pensión de jubilación sobre el valor real del último salario devengado.

A lo anterior se debe agregar que el artículo 86 de la Carta Política establece la acción de tutela para reclamar el restablecimiento de los derechos fundamentales, entre éstos el de los pensionados de contar con una asignación que les permita vivir con dignidad, el de exigir de las autoridades judiciales interpretaciones estables y consistentes sobre un mismo derecho, y el de invocar a su favor la interpretación mas beneficiosa –artículos 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 13, 48, 53 y 230 C.P.- .

En este orden de ideas, los señores Arrieta Cervantes y Ayala Rondón, permitieron la ejecutoria de las sentencias que les negaron la indexación de su primera mesada - julio de 1991 y diciembre de 1999- y en consecuencia el Banco de Bogotá S.A. y la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero en Liquidación adquirieron el derecho a no actualizar esa mesada, en cuanto concurrieron a los juicios y sacaron avantes sus planteamientos defensivos, por decisión que hizo tránsito a cosa juzgada, en este caso inmodificable.

Ahora bien, lo dicho no comporta que los actores no puedan reclamar sobre la intangibilidad de las mesadas posteriores a la decisión a que se hace mención, porque los señores Arrieta Cervantes y Ayala Rondón pueden reclamar ante los jueces laborales el derecho a la intangibildiad de su mesada pensional, en cuanto de ésta depende su derecho a vivir con dignidad y hace realidad las previsiones constitucionales que obligan al estado, a la sociedad y a la familia a concurrir en la protección y asistencia de las personas de la tercera edad, promoviendo su integración a la vida activa y comunitaria en todos los órdenes –artículo 46 C.P.-.

Al respecto podría afirmarse que si la cosa juzgada material definió el monto de la primera mesada, los accionantes no podrán exigir la actualización de las causadas con posterioridad a tal definición, pero esto, además de desconocer el sentido, el objetivo y la razón de claras disposiciones constitucionales que obligan a mantener el poder adquisitivo constante de las pensiones, contraviene el desarrollo legislativo del caso propuesto, disiente de la jurisprudencia sobre el carácter permanente de la prestación jubilatoria y no consulta los principios que informan la cosa juzgada material.

En resumen, aunque la normatividad expedida desde 1976, con el fin de actualizar las mesadas pensionales, no se refiera en extenso a todos y cada uno de los grupos de pensionados, no significa que alguna de éstos quedó excluido de la protección, de modo que los accionantes podrán instaurar los procesos ordinarios ante la justicia laboral a fin de que sus empleadores sean conminados a utilizar en el reajuste pensional los provisiones que hicieron año por año conforme la tasa promedio de la inflación registrada por el Dane, como lo dispone la Circular Externa 063 de 1990 de la Superintendencia Bancaria, en aplicación de las disposiciones fiscales y contables referentes al tema.

Además, si alguna duda quedaba al respecto fue despejada por el ordenamiento constitucional, y definitivamente resuelta por la Ley 100 de 1993, como quedó explicado.

Una interpretación contraria a la anterior, implicaría excluir a los empleadores de su deber de concurrir para la protección y asistencia de sus pensionados, imponerles a éstos una provisión que no sería trasladada a sus reales beneficiarios, y hacer soportar a la parte débil de la relación las consecuencias de la pérdida del poder adquisitivo del dinero, de la que es ajena.

Otro aspecto de considerar en este punto toca con la adquisición del derecho a la pensión regulada en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 y su exigibilidad.

Porque, tal como lo explica la jurisprudencia laboral ya reseñada, los señores arrieta y ayala adquirieron el derecho a la prestación cuando cumplieron o habrían podido cumplir el tiempo de servicio al mismo empleador –12 de julio de 1974 y 21 de julio de 1989-, y pudieron exigirlo al alcanzar la edad requerida –3 de julio de 1991 y 20 de septiembre de 1999-.

Afirmar que los nombrados no pueden invocar la distinción jurisprudencial entre derecho a la prestación jubilatoria y su exigibilidad, sería desconocer los principios mínimos del derecho laboral relacionados en el artículo 53 de la Carta, vulnerar su derecho a la igualdad y quebrantar la equidad y el principio de la buena fe, premiando a los empleadores que despiden a los trabajadores con 10 o más años de servicio, impidiéndoles acceder a la prestación, y castigando al trabajador que sirvió por 20 años al mismo empleador.

De modo que si los accionantes lo solicitan, sus empleadores deberán concurrir ante la justicia ordinaria para definir sobre la reliquidación de las mesadas causadas con posterioridad a la ejecutoria de las sentencias que les negaron a los mismos la indexación de su primera mesada pensional, en consideración al promedio del salario devengado durante el último año de servicios, teniendo como base salarial el número de salarios legales mensuales vigentes a la terminación de su contrato de trabajo, considerando tanto el porcentaje, como la proporción a que se refiere el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, según el caso.

b) Ausencia de perjuicio irremediable y grave El 29 de octubre de 1999 la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá al resolver el recurso de apelación instaurado por el señor Gabriel Arrieta Cervantes revocó el ordinal primero de la sentencia proferida dentro del proceso ordinario promovido por el nombrado contra el Banco de Bogotá S.A., en cuanto la providencia declaraba probada la excepción de prescripción y en su lugar absolvió a la demandada, negando, por contera, la indexacción de la primera mesada pensional que reclamaba el actor.

y otro tanto ocurrió el 30 de noviembre de 2001, dentro de la acción promovida por el señor Pedro Alfonso Ayala Rondón contra la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero.

Denota lo anterior, entonces, que los actores no requieren una protección transitoria con miras a impedir la realización de un perjuicio irreparable y grave, porque el lapso transcurrido entre el quebrantamiento de su derecho y la presentación de las acciones que se revisan así lo indica.

5. Conclusiones a) Las Salas Laboral y Penal de la H. Corte Suprema de Justicia negaron las acciones que se revisan fundadas en la jurisprudencia propia que hace a la acción de tutela improcedente contra sentencias, debido a que los

actores no instauraron en tiempo su reclamo, y en razón de que las sentencias proferidas por la Sala accionada quedaron ejecutoriadas.

Ahora bien atendiendo a la jurisprudencia constitucional sobre las vías de hecho, y observando lo dicho a lo largo de esta decisión sobre la vigencia de los derechos y su relación con la inmediatez que caracteriza a la acción de tutela, las sentencias que se revisan serán revocadas, pero, como quedó explicado, las decisiones de la Sala accionada serán mantenidas –en razón de su ejecutoria -, sin perjuicio del derecho de los actores a reclamar sobre el reconocimiento de una mesada pensional que consulte el valor real del último salario devengado.

Esto último, porque no resulta congruente con la Carta Política, y con las disposiciones sobre los alcances de la cosa juzgada material, negar a quien lo invoca el restablecimiento de su derecho a mantener el poder adquisitivo de su mesada pensional, en razón de lo previamente definido sobre la primera de una serie de prestaciones periódica, sin reparar en que la cosa juzgada redundan en torno de lo pedido y debatido, es decir, para los casos en estudio, sobre la cuantía de la primera mesada.

b) Es indudable, entonces, que los actores pueden acudir ante la justicia ordinaria a fin de que sus empleadores sean conminados a restablecerles el derecho a la intangibilidad de su mesada pensional, sin que para el efecto requieran de una protección transitoria, en razón del tiempo transcurrido entre el quebrantamiento de sus constitucionales y la presentación de las acciones que se revisan.

III. DECISION En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la constitución, RESUELVE Primero. REVOCAR las sentencias proferidas por la Salas Laboral y Penal de la H. Corte Suprema de Justicia el 2 de septiembre y el 8 de octubre de 2003 - T-811.504-, y el 9 de septiembre y el 22 de octubre del mismo año - T-819.479- , para decidir las acciones de tutela instauradas en su orden por Gabriel Enrique Arrieta Cervantes y Pedro Alfonso Ayala Rondón contra la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá, por las razones expuestas en esta providencia.

Segundo. Mantener las sentencias proferidas por la Sala accionada los días 30 de noviembre de 2001 –ordinario de Pedro Alfonso Ayala Rondón contra la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero en liquidación -, y 29 de octubre de 1999 –ordinario de Gabriel Enrique Arrieta Cervantes contra el Banco de Bogotá S.A.-, porque los afectados permitieron su ejecutoria.

Tercero . No conceder por improcedente la protección invocada, dado que los señores Gabriel Enrique Arrieta Cervantes y Pedro Alfonso Ayala Rondón pueden acudir ante la justicia ordinaria para reclamar sobre su derecho constitucional a la intangibilidad de sus mesadas pensionales, sin perjuicio de los efectos de la cosa juzgada material de las sentencias a que se hace referencia en el punto anterior.

Cuarto. Por Secretaría, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991. Notifíquese, comuníquese, publíquese en la gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ALVARO TAFUR GALVIS Magistrado JAIME ARAUJO RENTERÍA Magistrado CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ Magistrada IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO Secretario General (e.) EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL (E) DE LA CORTE CONSTITUCIONAL HACE CONSTAR:

Que el H. Magistrado doctor JAIME ARAUJO RENTERIA, no firma la presente sentencia por encontrarse con permiso debidamente autorizado. IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO Secretario General (e) ACLARACIÓN DE VOTO A LA SENTENCIA T-328 de 2004 REF: Expedientes T-811504 y T-819479 Acciones de tutela instauradas, separadamente, por Gabriel Arrieta Cervantes y Pedro Alfonso Ayala Rondón contra la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá.

Magistrado Ponente: ALVARO TAFUR GALVIS Aun cuando comparto la decisión adoptada en la sentencia T-328 de 2004, debo aclarar mi voto, toda vez que en los fundamentos de este pronunciamiento se hace expresa alusión a la Sentencia SU-120 de 2003, de la cual, a pesar de respetar la postura mayoritaria de la Corte, salvé el voto; los argumentos allí expuestos también son aplicables en esta oportunidad y a ellos me remito.

Fecha ut supra, CLARA INES VARGAS HERNANDEZ Magistrada [1] Sentencia del 21 de julio de 1999, Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, Ordinario 0304 Gabriel Enrique Arrieta Cervantes contra Banco de Bogotá S.A.

[2] Sentencia de 29 de octubre de 1999, Ordinario Laboral de Gabriel Enrique Arrieta Cervantes contra Banco de Bogotá, Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, M.P. Miller Esquivel Gaitán.

[3] Sentencia de 24 de septiembre de 1992, M.P. Manuel Enrique Daza Alvarez, radicación 5236 [4] Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, 30 de noviembre de 2001, M.P. Angela María Betancur de Gómez, radicación 1820010128-01.

[5] Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia de 1° de marzo de 2000 M.P. Carlos Isaac Nader, radicación 12687. [6] Al respecto consultar la sentencia C-083 de 1995 M.P. Carlos Gaviria Díaz, este proveído declaró constitucional el artículo 8° de la Ley 153 de 1887, demandado porque a juicio del actor, ”al disponer el art. 230 superior que los jueces sólo están sometidos al imperio de la ley, y erigir en criterios auxiliares de la actividad judicial, entre otros, a la doctrina y a los principios generales del derecho, derogó al artículo 8°, pues señaló a la ley como única fuente obligatoria”.

[7] Sentencia C-131 de 1993 M.P. Alejandro Martínez Caballero, mediante esta decisión la Corte declaró exequibles los numerales 2°, 3°, 4° y 5° del artículo 2° del Decreto 2067 de 1991, e inexequible la expresión "obligatorio" del artículo 23 de la misma disposición, en cuanto “(..) la norma acusada no podía regular sin violar la Constitución los efectos de los fallos de esta Corte, sobre cuya determinación la única entidad competente es la Corte Constitucional (C.P. art.

241)”. [8] Respecto del recurso de casación se pueden consultar las sentencias C-215 de 1994, C-140 de 1995, C-596 y C-804 de 2000, C-252, C-260, C-668 y C-1046 de 2001.

[9] Sentencia C-596 de 2000 M.P. Antonio Barrera Carbonell, en esta oportunidad esta Corte declaró exequibles, entre otras disposiciones, los artículos 86 a 92 del Código de Procedimiento Laboral , los que al decir del actor quebrantaban los artículos 228 y 13 de la Carta Política, toda vez que “el legislador al consagrar en el artículo que se acusa, la cuantía para recurrir en los procesos laborales creó una barrera mediante la cual se desprotege a un gran número de trabajadores, lo cual dicho en otras palabras, se convierte en una clara violación al derecho fundamental del libre acceso a la administración de justicia. De esta manera, también se conculca el artículo 13 constitucional al establecer un trato discriminatorio, toda vez que solamente pueden hacer uso del mecanismo extraordinario de la casación, aquellos trabajadores que tengan ingresos altos, es decir, gerentes o ejecutivos de empresas, en contraste con aquellos empleados que devengan salarios más bajos”.

[10] Sentencia C-252 de 2001 M.P. Carlos Gaviria Díaz, demanda de inconstitucionalidad de los artículos 218, 223, 226, 226 A, 228 y 231 del Código de Procedimiento Penal, modificados por las Leyes 553 y 600 de 2000, como también del artículo 18 transitorio de la Ley 553, atinentes al recurso de casación en materia penal.

[11] El control constitucional en concreto de los jueces, en los casos sujetos a su consideración, se puede consultar en la sentencia C-731 de 2001, en esta decisión fueron declarados exequibles la expresión “procede contra providencia ejecutoriada del superior” contenida en el numeral 3º del artículo 140, el numeral 2º del mismo artículo; y los numerales 5º del artículo 368, y 9º del artículo 380, todos del Código de Procedimiento Civil, al igual que el numeral 8º del artículo 188 del Código Contencioso Administrativo.

[12] Ver sentencia C-215/94, M.P. Fabio Morón Díaz (Esta sentencia analizó la constitucionalidad del artículo 374 numeral 3º del Código de Procedimiento Civil que establece algunos de los requisitos de la demanda de casación en el señalamiento de errores de hecho o de derecho, sin los cuales se declararía desierto el recurso, devolviéndose el expediente al tribunal de origen, encontrándolo exequible. Consideró la Corte que:

"Es cierto que el inciso no fue suficiente en el camino de las expectativas para flexibilizar el recurso. Pero el supuesto regulado en el inciso, es de la esencia de la casación, al permitir que se alegue el error de hecho manifiesto, que origine violación de norma sustancial. Y si existe la violación de la norma sustancial, lógicamente es necesario que el recurrente lo demuestre. Y si la violación de la norma sustancial ha sido consecuencia de error de derecho, se deberán indicar las normas de carácter probatorio que se consideraren infringidas. Formalidades propias no sólo de este tipo de demandas, sino de todas las demandas judiciales, según las cuales se exige al actor citar las normas que considere violadas y la prueba y explicación de la violación.") En el mismo sentido ver sentencia C-446/97, M.P. Jorge Arango Mejía (En esta sentencia se analizaba el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal que establecía la declaratoria de desierto del recurso de casación por el no cumplimiento de los requisitos de la demanda de casación en lo penal) [13] Ver sentencia C-585/92, M.P. Fabio Morón Díaz [14] Ver sentencia C-586/92, M.P. Fabio Morón Díaz (En esta ocasión la Corte estudió la constitucionalidad del artículo 51 del Decreto 2651/91 que establecía normas transitorias que hacían menos rigurosos los requisitos formales que debía reunir la demanda de casación con el fin de buscar la descongestión de los despachos judiciales, encontrándolo ajustado a la Carta Política) En el mismo sentido, ver sentencia C-779/01, M.P. Carlos Gaviria Díaz [15] Ver sentencia T-321/98, M.P. Alfredo Beltrán Sierra (En este caso la Corte determinó que ni la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, ni el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, habían incurrido en vía de hecho al:

1) Proferir fallos diversos frente a los mismo hechos, en virtud de que las salas del Tribunal que fallaron los casos estaban integradas por diferentes magistrados y dentro de la autonomía judicial que estos tenían, podían fallar de manera diversa casos similares siempre y cuando existiera la fundamentación de tal pronunciamiento (en ocasión el Tribunal concedió el derecho al reintegro de los trabajadores en virtud de la interpretación de una cláusula de la convención colectiva y en otras dos ocasiones no concedió el reintegro por una interpretación diversa de la misma cláusula) 2) No casar uno de los fallos que había negado el derecho al reintegro y casar el otro parcialmente. La decisión de no casar se tomó por considerar que la interpretación de la cláusula que había tenido el Tribunal era razonable. Consideró la Corte que al no ser la casación una tercera instancia, su estudio se debería limitar al análisis del fallo y no del caso en su totalidad y que al haber estudiado el fallo la Corte sólo tenía que ceñirse a la argumentación que había tenido el Tribunal en éste y no comparar con la que en fallos similares había tenido el mismo Tribunal.

Consideramos necesario aclarar que a pesar de tratarse del estudio de una eventual vía de hecho en una sentencia de casación, la Corte Constitucional limitó sus consideraciones al análisis del derecho a la igualdad, mas no trató el tema relativo al respeto debido a la técnica de casación por estar encaminada la acción de tutela a la protección al derecho emanado del artículo 13 constitucional.) [16] Ver sentencia C-252/01, M.P. Carlos Gavíria Díaz (En esta ocasión dijo la Corte:

"Esta la razón para que se haya instituido un medio de impugnación extraordinario, con el fin de reparar el error y los agravios inferidos a la persona o personas que puedan resultar lesionadas con la decisión equivocada de la autoridad judicial. Si ello es así, ¿cómo no aceptar que tal reparación se produzca antes de que se ejecute la sentencia equivocada? La materialización de la justicia, tal y como cada ordenamiento la concibe, es el fin esencial del debido proceso.

Consecuente con lo anterior: si los fines de la casación penal consisten en hacer efectivo el derecho material y las garantías de las personas que intervienen en el proceso, y reparar los agravios inferidos con la sentencia, no resulta lógico ni admisible, (a la luz de nuestra Norma Superior) que, en lugar de enmendar dentro del mismo juicio el daño

eventualmente infligido, se ejecute la decisión cuestionada y se difiera la rectificación oficial a una etapa ulterior en la que, muy probablemente, el agravio sea irreversible. Nada más lesivo de los principios de justicia, libertad, dignidad humana, presunción de inocencia, integrantes del debido proceso y especialmente significativos cuando se trata del proceso penal.

Una sentencia que no ha sido dictada conforme a la ley sino contrariándola, jamás podrá tenerse como válidamente expedida y, mucho menos, puede ejecutarse. Si el objeto de la casación es corregir errores judiciales, plasmados en la sentencia de última instancia, lo que resulta ajustado a la Carta es que esa corrección se haga antes de que la decisión viciada se cumpla.") [17] Sentencia T-1306 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Mediante esta providencia la Sala Sexta de Revisión concedió al actor la protección invocada i) porque la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá interpretó de manera abiertamente irrazonable y contraria al principio de favorabilidad la normatividad aplicable para el reconocimiento de la pensión de jubilación del accionante, y ii) "en virtud de que a pesar de afirmar claramente que el accionante sí debería gozar del derecho a pensión (..) no casó la sentencia objeto del recurso por falta de técnica de casación, incurriendo así en un exceso ritual manifiesto" .

[18] Ver sentencia SU-111 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, en igual sentido SU-430 de 1998 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. [19] Consultar, entre otras, las sentencias T-1752 y SU-354 de 2000 M(s). P(s) Cristina Pardo Schlesinger y Antonio Barrera Carbonell respectivamente, y T-189 de 2001 M.P.

Alvaro Tafur Galvis. [20] Sentencias C-409 de 1994 M.P. Hernando Herrera Vergara, y C-1336 de 2000 M.P. Alvaro Tafur Galvis. [21] Sentencia T-1016 de 2000 M.P: Alejandro Martínez Caballero [22] Artículo 1° de la Ley 71 de 1988 y artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

[23] Sobre la conformidad con la Carta Política de establecer diferentes regímenes pensionales se pueden consultar, entre otras, las sentencias C-387 y 409 de 1994, C-111 y C-529 de 1996, C-130 de 1998, y C-1336 de 2000.

[24] El artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo fue derogado expresamente por el artículo 289 de la Ley 100 de 1993. No obstante, en los términos del art. 36 de la misma normatividad los trabajadores beneficiados pueden acogerse a su normatividad.

[25] La pensión de jubilación fue asumida por el Instituto de Seguros Sociales, atendiendo a su reglamentación, desde 1967. [26] Sentencia de 8 de marzo de 1955 D. del T., Vol. XXI, Núms. 124-126, página 254. Citada por Jorge Ortega Torres, Código Sustantivo del Trabajo y Código Procesal del Trabajo, Editorial Temis, Bogotá, 1956.

[27] Idem. Sentencia del 29 de enero de 1952. Vol. XV, números 85-86, página 70. [28] Exposición de motivos, Anales del Congreso, tomo XIX, página 460, literal b) –sesión de diciembre 14 de 1961-.

[29] "La entrada en vigencia del riesgo de vejez por cuenta del Seguro Social no trajo consigo la derogatoria del régimen de las pensiones restringidas reguladas por la Ley 171 de 1961 porque el Seguro Social no debía asumir obligatoriamente las prestaciones o indemnizaciones causadas por actos ilegales del empleador, tales como las derivadas del accidente de trabajo ocasionado por culpa del patrono, las consecuencias del despido injusto o las originadas por falta de afiliación del trabajador al Seguro Social, requisito indispensable para que esa entidad asuma los riesgos correspondientes"- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sección Segunda, 29 de septiembre de 1994, M.P. Hugo Suescún Pujols, radicación 6919.

[30] Sentencia de 16 de diciembre de 1953, en igual sentido sentencias de 11 de agosto de 1954, 22 de marzo de 1955, 5 y 12 de mayo de 1955, Revista Derecho del Trabajo, volúmenes XIX, XX y XXII .

[31] Sobre la evolución de la jurisprudencia laboral en torno al punto, y respecto del estado de la misma se puede consultar la sentencia SU-120 de 2003 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

[32] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sección Segunda M. P. Hernán Guillermo Aldana Duque, radicación 2435, 21 de septiembre de 1988.

[33] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sección Primera, sentencia del 13 de noviembre de 1991, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, radicación 4486, nota 51.

[34] Idem, sentencia de 6 de julio de 2000, M.P. Fernando Vásquez Botero, radicación 13.336 . [35] Concepto, 15 de mayo de 1952 [36] Sentencia SU-120 de 2003 M.P. Alvaro Tafur Galvis [37] Ver entre otras las sentencias SU-975 de 2003, en este oportunidad se resolvieron acciones de tutela instauradas por pensionados o beneficiarios sustitutos -en calidad de exmagistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado- contra la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL, el Fondo de Pensiones Publicas FOPEPy el Gobierno Nacional, representado por el Presidente de la República, el Ministro de Justicia y del Derecho y el Ministro de Hacienda y Crédito Público, por violación del derecho constitucional a la igualdad.

[38] Idem. Como resultado de la ponderación a que hace referencia, mediante la sentencia en cita fueron confirmadas algunas sentencias de los jueces de instancia que negaban la protección y revocadas otras. También se hizo un llamamiento a prevención al Director de la Caja Nacional de Previsión (CAJANAL), “ para quienes se encuentren en situaciones similares y soliciten el reajuste especial de su mesada pensional con fundamento en la doctrina de unificación de la Corte sentada en el presente fallo, proceda a aplicar directamente la Constitución, así como las demás normas vigentes, y resuelva dentro de los plazos de ley a dicha petición de conformidad con lo establecido en la presente providencia”, y se solicitó la vigilancia de parte de la Procuraduría General de la Nación, sobre el cumplimiento de la providencia.

[39] Consultar, entre otras T-351 de 1997, T- 735 y 801 de 1998, T-277 de 1999, 189 y 984 de 2001. [40] Sentencia T-527 de 2002 M.P. Alvaro Tafur Galvis. En esta oportunidad le fue reconocida la protección constitucional de manera definitiva a una persona de la tercera edad, a fin de que disfrute sin restricciones del dinero depositado en un fondo privado de pensiones a su nombre “porque i) la administradora accionada no desconoce que el fondo voluntario fue constituido por el (..), ii) no discute que la actora fue designada como beneficiaria de una tercera parte del mismo, iii) no cuestiona que la actora es la madre del occiso, y iv) no discute el valor de la prestación”.

[41] Sobre la inmediatez como presupuesto del amparo constitucional invocado se puede consultar, entre otras la sentencia T-001 de 1992, M(s) P(s) Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz.

[42] Mediante la sentencia T-733 de 2001 M.P. Jaime Córdoba Triviño se negó la protección del derecho de asociación sindical a quienes alegaban su vulneración, tres años después de haber sido retirados del servicio.

[43] En la sentencia T-759 de 2003 M.P. Alvaro Tafur Galvis se negó la acción instaurada porque se pretendía volver sobre una acción reivindicatoria, transcurridos los términos para interponer las acciones posesorias y de restablecimiento tanto administrativas como civiles.

[44] “ En este orden de ideas al haberse cumplido en su integridad la sanción impuesta (..) no tiene objeto la solicitud de amparo del derecho fundamental que invoca como vulnerado, pues de una parte, el principio de la inmediatez de la acción de tutela consagrado por la jurisprudencia constitucional no se da en el presente caso y de otra, de haber existido la presunta vulneración de los derechos del actor el posible daño ya se consumó al haberse ejecutado en su integridad la sanción ya hace más de seis (6) años como se señaló, resultando improcedente el amparo” –sentencia T-873 de 2001 M.P.

Jaime Araujo Rentería, en igual sentido, entre otras sentencias T-138 de 1994 M. P. Fabio Morón Díaz. [45] Mediante la sentencia T-812 de 2000 M.P. Alvaro Tafur Galvis el amparo transitorio invocado fue negado, porque el actor demoró

injustificadamente la iniciación del proceso ordinario, sin perjuicio del daño irreparable alegado.

[46] En concordancia con el artículo 86 de la Carta, esta Corte declaró inexequible el artículo 11 del Decreto 2591 de 1991, en cuanto la disposición preveía un término de caducidad para el ejercicio de la acción de tutela contra sentencias o providencias judiciales, en oposición palpable con la disposición constitucional en cita –sentencia –sentencia C-543 de 1992 M.P. José Gregorio Hernández Galindo-.

[47] "Teniendo en cuenta este sentido de proporcionalidad entre medios y fines, la inexistencia de un término de caducidad no puede significar que la acción de tutela no deba interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto. De acuerdo con los hechos, entonces, el juez está encargado de establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, de tal modo que no se vulneren derechos de terceros" –idem-.

[48] Al respecto consultar las sentencias T-871 de 1999 y T-727 de 2001. [49] Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, Sección Primera Radicación 7127, M.P.

Francisco Escobar Henríquez, 3 de mayo de 1995. [50] Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, M.P. José Roberto Herrera Vergara, radicación 15313, 1º de febrero de 2001.

[51] Consultar la sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, de 17 de septiembre de 1992 M.P. Alberto Ospina Botero, en la que se dijo:

"Ciertamente la acción de tutela resulta procedente para deprecar la protección de los derechos fundamentales, dentro de los cuales se encuentra el debido proceso, tal como, con fundamento en la Constitución, se haya desarrollado por medio de la ley", en igual sentido, entre otras la sentencia SU-120 de 2003 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

[52] Mediante sentencia 11.818 del 18 de agosto de 1999 M.P. Carlos Isaac Nader, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en referencia a la pretensión de indexación de la primera mesada pensional expuso i) que "[en] Colombia existe un vacío legislativo, casi total, sobre el fenómeno de la indexación (..)";

ii) que "[la] indización o indexación siempre ha sido, sin lugar a dudas, una medida excepcional ()"; iii) que "cierto es que el juez laboral, en tanto operador del derecho y realizador de la justicia del trabajo, no puede ser indiferente (..) [al] conjunto de realidades de una comunidad determinada (..) [pero], este papel de la judicatura no puede llegar al extremo de pretender igualarse al legislador";

iv) que "la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado han dado paso bajo específicas circunstancias a la revalorización de algunas obligaciones dinerarias (..)";

v) que "(..) existen aspectos puntuales sobre esta materia que en esta oportunidad la Sala de Casación Laboral precisa, a fin de rectificar los criterios que en ocasiones anteriores se han esbozado": a) "(..) no se indexan las obligaciones contractuales, en tanto acreedor y deudor han tenido la oportunidad de pactar mecanismos de protección contra el proceso inflacionario (..) mientras se cumpla la obligación en la oportunidad convenida."; b) [se] indexan las obligaciones puras y simples (..) cuya fuente es directamente la ley, cuando ésta no previó ningún mecanismo para que al acreedor se le entregara la prestación a que realmente tiene derecho"; c) [no] se indexan, pues, en primer lugar las obligaciones condicionales suspensivas, es decir, las pendientes "de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no" (..); tampoco se revalorizan los derechos eventuales (..);

vi) que " [l o] antes expresado conduce a la Corte a rectificar su doctrina expuesta en fallos de mayoría, citados por el juzgador ad quem, para dejar por sentado que no es posible, jurídicamente hablando, indexar la primera mesada pensional cuando el derecho se reconoce en la oportunidad indicada en la ley y el empleador, obligado a su pago por no haberla sustituido en ninguna entidad encargada del riesgo, no ha retardado su cancelación (..)".

[53] Al respecto consultar la sentencia Su- 120 de 2003 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 16 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.