

DERECHO DE PETICION - Vulneración por incumplimiento del término para resolver petición en materia pensional

al ser el derecho de petición el instrumento con el que cuentan los administrados para comunicarse con las autoridades, no es dable que éstas, como ocurrió en el sub examine, guarden silencio o “den largas” sin la debida resolución de lo pedido, más aún, cuando ha transcurrido un término más que considerable para dar respuesta a las solicitudes radicadas por el accionante...Así las cosas, se confirmará el término de las 48 horas, concedido por el Tribunal Administrativo del Atlántico, para que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP- dé respuesta a los derechos de petición incoados por el actor, pues como ya se dijo, uno de los núcleos esenciales de este derecho fundamental, es la obtención de una respuesta pronta y oportuna, además, porque no es admisible que las entidades estatales se excusen en sus trámites internos para sobrepasar los términos constitucionales y legales.

NOTA DE RELATORIA: Sobre los términos para dar respuesta, ver, Corte Constitucional, sentencia T-413 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva Y T-146 de 2 de marzo de 2012, M. P. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

MINIMO VITAL DE ADULTO MAYOR - Derecho a la indexación de la primera mesada pensional

Resulta claro para la Sala que sí es procedente que a través de este mecanismo constitucional se estudie la indexación de la primera mesada pensional, pues aunque el actor no es una persona de la tercera edad, pertenece a la población adulta mayor, que depende de su pensión para subsistir, razón por la cual, la falta de actualización del dinero que recibe para su manutención y la de su familia, le afecta otros derechos constitucionales como son: el poder adquisitivo, el mínimo vital, el derecho fundamental a la igualdad y el respeto al principio del in dubio pro operario. Así las cosas, se accederá a dicha pretensión, ordenándosele, como mecanismo transitorio, a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social- UGPP- que actualice la mesada pensional del accionante, dando aplicación a la fórmula usada por esta Corporación en la actualización de obligaciones y condenas de tipo dinerario.

FUENTE FORMAL: LEY 797 DE 2003 - ARTICULO 9

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

Bogotá, D. C., cuatro (4) de octubre de dos mil doce (2012)

Radicación número: 08001-23-31-000-2012-00555-01(AC)

Actor: JUAN MANUEL NIÑO LIZCANO

Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL

Procede la Sala a decidir la impugnación interpuesta por las partes actora y demandada, contra la sentencia de 30 de julio de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES.

I.1.- La acción.

El señor **JUAN MANUEL NIÑO LIZCANO**, promovió acción de tutela contra la Nación –**Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social- UGPP-**, en aras de obtener la protección de sus derechos fundamentales de petición y al debido proceso.

I.2.- Hechos.

Manifestó que laboró durante más de 17 años en la extinta Empresa Puertos de Colombia, habiéndose retirado voluntariamente para acceder a la pensión de jubilación especial, conforme a la norma convencional y al programa especial de retiro voluntario, lo cual ocurrió en el año de 1990.

Adujo que el aducido derecho pensional le sería reconocido y pagado cuando cumpliera los 55 años de edad.

Afirmó que no obstante, en el año de 1995, cuando aún no había cumplido la edad antes mencionada, le fue reconocida una pensión de jubilación especial y proporcional, cuyo monto era en menor cuantía al que le correspondía, pero que

empezó a cobrar inmediatamente según la Convención Colectiva de Trabajo posterior del momento de su retiro, vigente entre los años de 1991 a 1993.

Aseveró que el Ministerio de la Protección Social –Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia-, le revocó este derecho.

Indicó que, sin embargo, mediante Resolución núm. 001787 de 11 de diciembre de 2008, el Ministerio de la Protección Social –Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia- le reconoció la pluricitada pensión de jubilación especial, conforme a los parámetros de la negociación del año 1990. Empero, el monto pensional quedó casi de un salario mínimo mensual legal vigente.

Precisó que el anterior reconocimiento se dio por la revisión integral de la pensión reconocida, pero como no sabía que el anterior derecho le iba a ser revocado, no solicitó la actualización del ingreso base de liquidación o la indexación de la primera mesada al momento de su reconocimiento.

Sostuvo que en el mes de julio de 2007, recibía una asignación mensual de más de 10 salarios mínimos mensuales legales vigentes como mesada pensional, de conformidad con el salario que devengaba en el año de 1990, que era aproximadamente de dicha cantidad, tal como lo señala la Resolución de reconocimiento de 2008.

Expresó que en la actualidad recibe cerca de un salario mínimo legal vigente como mesada pensional, la cual no le alcanza para pagar los servicios públicos, ni para su digna subsistencia, por ser su único sustento.

Manifestó que su situación llegó a un punto en el que si paga servicios no le alcanza para la alimentación y viceversa, además de que tiene deudas con entidades crediticias que lo dejan con escasos ingresos.

Afirmó que a la primera mesada no le fue aplicada la indexación a pesar de haber cumplido 55 años de edad después del 1º de abril de 1994, fecha en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993.

Explicó que a pesar de que las Resoluciones mencionadas en la actualidad fueron demandadas en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ante el Tribunal Administrativo del Atlántico, radicado núm. 2011-420, cuya admisión de la demanda está a la espera, presenta la acción de la referencia para reclamar un derecho constitucional fundamental adquirido, COMO MECANISMO TRANSITORIO.

Sostuvo que mediante Memoriales presentados ante el Ministerio de la Protección Social, respectivamente, el 4 de marzo de 2011 (radicación núm. 003806), el 18 de julio de 2011 (radicación núm. 012182), el 18 de noviembre de 2011 (radicación núm. 000242) y del 30 de noviembre de 2011 (radicación núm. 000941), solicitó la actualización del ingreso base de liquidación o la indexación de la primera mesada pensional, peticiones que no fueron contestadas.

Aclaró que desde el 1º de diciembre de 2011, todos los asuntos conocidos por el Ministerio de la Protección Social, referentes a los pensionados de la extinta Empresa Puertos de Colombia, fueron trasladados para su conocimiento y resolución a la **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y**

Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP-, según Decreto 4107 de 2011, artículo 63.

Expresó que en virtud de lo anterior, los días 14 de diciembre de 2011, 28 de diciembre de 2011, 10 de enero de 2012, 14 de marzo de 2012, 27 de abril de 2012 y 5 de junio de 2012, presentó derecho de petición haciendo los requerimientos de ley, en aras de obtener respuesta de las peticiones inicialmente presentadas ante el Ministerio de la Protección Social, las cuales no han sido evacuadas de fondo.

Precisó que con el Oficio UGPP núm. 20125120205821 de 23 de marzo de 2012, el Subdirector de Atención al Pensionado de la **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP-**, le pidió que allegara nuevamente todos los documentos y memoriales antes presentados, lo cual significa que la entidad no respondió los derechos de petición presentados, constituyéndose en consecuencia un silencio administrativo por parte de dicha entidad, pues las solicitudes fueron presentadas en forma respetuosa y oportuna.

Finalmente, solicitó que le sea indexada su pensión de jubilación especial, puesto que la necesita para cubrir sus obligaciones mínimas y las de sus demás familiares; asimismo, que se le de respuesta de fondo a todos sus requerimientos.

I.3.- Pretensiones.

La parte actora solicitó que le sean tutelados sus derechos fundamentales de petición y al debido proceso, y en consecuencia, que:

- Se reconozca el poder adquisitivo de su mesada pensional, aplicando la actualización del ingreso base de liquidación o indexar la primera mesada

pensional y en efecto, se expida el correspondiente acto administrativo en el que se actualice su monto pensional.

- Se dé respuesta a los aludidos derechos de petición presentados el 4 de marzo de 2011 (radicación núm. 003806), el 18 de julio de 2011 (radicación núm. 012182), el 18 de noviembre de 2011 (radicación núm. 000242) y el 30 de noviembre de 2011 (radicación núm. 000941). (Folios 1 a 12 del expediente).

I.4.- Defensa.

I.4.1.- La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP-, guardó silencio.

II. FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO.

El Tribunal Administrativo del Atlántico, en sentencia de 30 de julio de 2012, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda. En esencia adujo lo siguiente: Que el accionante ha acudido al presente instrumento constitucional por considerar que la autoridad accionada amenaza con vulnerarle sus derechos fundamentales al debido proceso y de petición, al no darle respuesta a los escritos presentados ante el Ministerio de la Protección Social.

Explicó que el derecho de petición se consagró en el artículo 23 de la Carta Política y se desarrolló en los artículos 6° y 9° del Código Contencioso Administrativo, que establecieron que las autoridades administrativas deben resolver o contestar las peticiones formuladas, en un término de 15 días. Asimismo, advirtió que cuando no fuere posible resolver o contestar la petición en dicho plazo, se deberá informar así al interesado, expresando los motivos de demora y señalando la fecha probable de su resolución.

Agregó que la Corte Constitucional, en sentencias T-457 de 1994 y T-294 de 1997, manifestó, entre otras, que este derecho constitucional debe resolverse dentro de la oportunidad legal; la respuesta debe ser de fondo, clara y precisa; y debe ser puesta en conocimiento del interesado.

Manifestó que no obstante el término de los 15 días consagrado en la norma citada, el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, dispuso que los Fondos de Pensión deben resolver las solicitudes de reconocimiento y pago de pensiones, dentro de los 4 meses siguientes a la presentación de la referida solicitud.

Precisó que en el caso sub examine, el accionante mediante escrito de 4 de marzo de 2011, solicitó al Ministerio de la Protección Social -Coordinación General del Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia- la pensión de jubilación especial pactada, según Acta de Conciliación de 16 de octubre de 1990, ante el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Barranquilla, reconocida mediante Resoluciones núms. 043018 de 6 de noviembre de 1990 y 038665 del día 22 del mes y año mencionado. Asimismo pidió que se actualizara el ingreso base de cotización durante todo el período faltante o todo el tiempo servido si fuere el más favorables; y que se le reconocieran las diferencias de mesadas atrasadas adeudadas desde el mes de septiembre de 2007 hasta la fecha, debidamente indexadas; y/o los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Afirmó que el 18 de noviembre de 2011, el actor le dirigió un escrito a la mencionada entidad, en el que le solicitó lo siguiente:

- ¿Sírvasse informarnos cuándo será terminado el presente trámite pensional?
- ¿Sírvasse informarnos, si será tenido en cuenta el principio de favorabilidad

en el presente trámite administrativo y pensional que se reclama aplicar?

- ¿Sírvese informarnos, si serán tenidas en cuenta las jurisprudencias de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, referentes a la indexación o reliquidación de la mesada pensional dentro del régimen de transición, en aplicación del principio de confianza legítima en el derecho administrativo y pensional que se reclama aplicar?
- En consecuencia, solicitamos se nos informe ¿Si ustedes procederán a reconocer las pretensiones de la reclamación radicada el día 4 de marzo de 2011?

Sostuvo el a quo que en escrito de 30 de noviembre de 2011, el actor le hizo saber al Ministerio de la Protección Social -Coordinación General del Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia- que al expedirse la Resolución núm. 17687 de 11 de diciembre de 2008, no aplicaron la indexación de la primera mesada pensional o la actualización del ingreso base de liquidación.

Indicó que en virtud de que la **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP-** asumió las funciones internas del Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, el demandante elevó petición de fecha 5 de junio de 2012, en donde le preguntó cuándo le darían respuesta definitiva a la solicitud relativa a la reliquidación de su monto pensional y el pago de las diferencias de las mesadas pensionales debidamente indexadas.

Señaló que desde la radicación de reconocimiento de la pensión de jubilación especial (4 de marzo de 2011) hasta la fecha de presentación de la solicitud de

tutela (9 de julio de 2012) transcurrió un término de 1 año y 4 meses. Concluyéndose que la autoridad accionada excedió el término de los cuatro meses consagrado en el artículo 9º de la Ley 793 de 2003, razón por la cual se accedería a la protección del derecho fundamental de petición.

Manifestó que no ocurre lo mismo respecto del derecho al debido proceso invocado como violado por el accionante, toda vez que no se observó su vulneración.

Adujo, respecto a la solicitud de indexación de mesadas pensionales, que según la sentencia T-611 de 20 de junio de 2008, proferida por la Corte Constitucional, con ponencia del doctor RODRIGO ESCOBAR GIL, este mecanismo constitucional no es el idóneo para dilucidar esta clase de controversias, por *“estar comprometidos derechos litigiosos de naturaleza legal y progresiva, ya que la competencia para resolver este tipo de conflictos le ha sido asignada a la justicia ordinaria laboral o contenciosa Administrativa, según el caso”*.

Concluyó que la acción de tutela es de carácter extraordinario, que solo puede adelantarse como medio de prevención o cuando se haya vulnerado un derecho fundamental cierto e indiscutible pero *“no para aquellos derechos que no han sido reconocidos o cuya definición está pendiente por resolver per se objeto de disputa jurídica”*, por cuanto para que proceda el amparo de derechos pensionales, es necesario que se adviertan circunstancias extraordinarias, como que el mecanismo de defensa judicial resulte insuficiente para la protección del derecho conculcado o que se evidencie la amenaza de un perjuicio irremediable, lo cual no se advierte en el sub iudice. (Folios 214 a 225 del expediente).

III. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION.

III.1.- El señor **JUAN MANUEL NIÑO LIZCANO**, impugnó la sentencia de 30 de julio de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, por considerar que se omitió aplicar el precedente jurisprudencial contenido en el fallo de tutela núm. 457 de 9 de julio de 2009, proferido por la Corte Constitucional, razón por la cual considera que se le debe reconocer el derecho a la indexación de la primera mesada, además que se debe tener en cuenta que tiene una edad de 58 años. (Folio 228 del expediente).

III.2.- la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP-, impugnó el fallo de primera instancia. En síntesis, adujo:

Que para resolver de fondo la petición que motivó la solicitud de amparo, se debe iniciar de manera integral todo el proceso de estudio y determinación de los derechos que el accionante solicita, análisis que no podrá efectuarse en corto tiempo, pues se trata de garantizar, entre otras, la seguridad, igualdad y respeto por el principio de legalidad.

Explicó que dentro de la entidad, se deben surtir las siguientes etapas:

- ✓ Digitalización e indexación documental
- ✓ Unificación y “completitud” del expediente
- ✓ Estudio y verificación de autenticidad de documentos
- ✓ Determinación de los derechos que correspondan de conformidad con la solicitud; si el tema amerita proyección y aprobación del acto administrativo que resuelva de fondo la solicitud prestacional
- ✓ Notificación

- ✓ En caso de existir derecho, reporte e inclusión en nómina de pensionados.

Solicitó que, en virtud de lo anterior, se modifique el fallo de primera instancia, en el sentido de conceder un término razonable para que la entidad pueda surtir a cabalidad el trámite descrito, con el fin de dar cumplimiento a la orden proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, pues con esta prórroga, no se estaría causando un perjuicio irremediable, sino que la Administración estaría en la posibilidad de estudiar profundamente la situación particular. (Folios 235 a 238 del expediente).

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, fue instituida para proteger en forma inmediata los derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particular, en los casos previstos en el artículo 42 del Decreto Ley 2591 de 1991.

El señor **JUAN MANUEL NIÑO LIZCANO**, considera que la **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP-** le vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso y al derecho de petición, por no haber sido indexado el valor de su primera mesada pensional y no haber sido contestados los escritos de 4 de marzo de 2011 (radicación núm. 003806), 18 de julio de 2011 (radicación núm. 012182), 18 de noviembre de 2011 (radicación núm. 000242) y del 30 de noviembre de 2011 (radicación núm. 000941), dentro de la oportunidad pertinente.

El Tribunal Administrativo del Atlántico, solo amparó el derecho fundamental de petición y ordenó la resolución de cada uno de los referidos escritos, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo.

Al respecto, la entidad accionada, quien no contestó la demanda, solicitó que se le prorrogara el término de 48 horas por cuanto el trámite que maneja dicha Unidad tiene unas etapas que lo hacen extenso, razón por la cual, le es difícil contestar dentro de un lapso tan corto.

En este orden de ideas, observa la Sala que el presente asunto se contrae a dilucidar dos problemas jurídicos: a) Si es posible prorrogar el término otorgado por el quo para que la accionada dé respuesta a los derechos de petición incoados por el accionante; y b), Si es posible, a través de esta acción, ordenar, como mecanismo transitorio, la indexación de la primera mesada pensional del actor, teniendo en cuenta que el monto que recibe en la actualidad no le alcanza para para su "*digna subsistencia*" y además, que tiene 58 años de edad.

Frente al primer interrogante, considera la Sala que no es posible acceder a la solicitud planteada por la demandada, pues según la jurisprudencia Constitucional, al ser el derecho de petición el instrumento con el que cuentan los administrados para comunicarse con las autoridades, no es dable que éstas, como ocurrió en el sub examine, guarden silencio o "den largas" sin la debida resolución de lo pedido, más aún, cuando ha transcurrido un término más que considerable para dar respuesta a las solicitudes radicadas por el accionante.

En efecto, la Corte Constitucional, en sentencia T-146 de 2 de marzo de 2012, Magistrado Ponente doctor JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, proferida

dentro de la acción de tutela instaurada por la Veeduría Ciudadana por Puerto Colombia contra Bancolombia S.A., indicó lo siguiente:

“(…)

Por otra parte, como consecuencia del desarrollo jurisprudencial del derecho de petición, esta Corporación sintetizó las reglas para su protección, en los siguientes términos:

«a) El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa. Además, porque mediante él se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión.

b) El núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, pues de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo decidido.

c) La respuesta debe cumplir con estos requisitos: 1. oportunidad 2. Debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado 3. ser puesta en conocimiento del peticionario. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición.

d) Por lo anterior, la respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita.

e) Este derecho, por regla general, se aplica a entidades estatales, esto es, a quienes ejercen autoridad. Pero, la Constitución lo extendió a las organizaciones privadas cuando la ley así lo determine.

(…).» (Subrayado fuera del texto)¹

En consecuencia, ha entendido la jurisprudencia de la Corte que, **se vulnera el derecho fundamental de petición al omitir dar resolución pronta y oportuna de la cuestión...** (Negrillas fuera del texto).

Así las cosas, se confirmará el término de las 48 horas, concedido por el Tribunal Administrativo del Atlántico, para que la **Unidad Administrativa Especial de**

¹ Sentencia T-377 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero

Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP- dé respuesta a los derechos de petición incoados por el actor, pues como ya se dijo, uno de los núcleos esenciales de este derecho fundamental, **es la obtención de una respuesta pronta y oportuna**, además, porque no es admisible que las entidades estatales se excusen en sus trámites internos para sobrepasar los términos constitucionales y legales.

El segundo cuestionamiento es el relativo a *determina si es posible, a través de esta acción, ordenar, como mecanismo transitorio, la indexación de la primera mesada pensional del actor, teniendo en cuenta que el monto que recibe en la actualidad no le alcanza para su “digna subsistencia” y que tiene 58 años de edad.*

Observa la Sala que al respecto, la Corte Constitucional, en Sentencia T-148 de 7 de marzo de 2011, Magistrado Ponente doctor GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, en la acción de tutela instaurada por Juan Darío Burgos Hernández contra el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Barranquilla, reiteró lo siguiente:

“4. Derecho a la indexación de la primera mesada pensional. Reiteración de jurisprudencia.

4.1. Esta Corporación, en vía de control abstracto y concreto de constitucionalidad, se ha pronunciado sobre el derecho a la indexación de la primera mesada pensional.² Al respecto, ha señalado que, de conformidad con el mandato establecido en el artículo 53 de la Carta Política, **esta figura pretende evitar el deterioro o la pérdida de su valor adquisitivo en aquellas situaciones en que las personas, aún con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993 e indistintamente del régimen pensional al que pertenecían, cumplían con el requisito de tiempo de servicios para acceder a la pensión y, con posterioridad, alcanzaban la edad requerida para consolidar el**

² Consultar, entre otras, las Sentencias C- 862 de 2006, C- 891A de 2006, SU-120 de 2003, T-803 de 1999, T-045 de 2007, T-224 de 2007 y T-313 de 2008.

derecho³.

4.2. Lo anterior, teniendo en cuenta que quienes se pensionaban conforme con lo dispuesto por el artículo 260⁴, numeral 2º, del Código Sustantivo del Trabajo, antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, no tenían derecho a que se indexara su primera mesada pensional por ausencia de norma legal que así lo autorizara.

El citado artículo, en su numeral 1º señalaba que el trabajador que prestara sus servicios a «una misma empresa (...), que llegue o haya llegado a los cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o a los cincuenta (50) años si es mujer, después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Código, tiene derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación o pensión de vejez, equivalente al setenta y cinco por ciento (75 por ciento) del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio.»

Por su parte, el numeral 2º de la mencionada norma disponía que «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.»

4.3. La aplicación del numeral 2º del artículo señalado, generaba un inconveniente para quienes se retiraban de sus labores una vez cumplido el requisito de tiempo de servicio, pero no el de la edad de jubilación. Por lo anterior, al momento de la consolidación de su derecho veían reducido el monto de su pensión, con respecto al último salario devengado, justificado en la ausencia de norma legal que permitiera actualizar su primera mesada pensional, tal y como se explica a continuación.

En efecto, si este trabajador se retiraba o era retirado del servicio habiendo cumplido el requisito de tiempo y no de edad -numeral 2º del citado artículo-, tenía derecho al reconocimiento de la pensión sólo cuando cumpliera el requisito faltante. En este evento, la mesada correspondía nominalmente al último salario devengado al momento de retirarse del servicio, pero cuando cumplía el requisito de edad, esta cifra resultaba menor en términos reales a la última recibida, por causa atribuible, generalmente, a la pérdida del valor adquisitivo de las unidades monetarias. Sin embargo, la norma referida no preveía la posibilidad de indexar el valor de la primera mesada pensional que recibía el beneficiario de este derecho. **La actualización del valor correspondiente a la primera mesada se hacía necesaria por efecto de la inflación registrada en el periodo comprendido desde la fecha de retiro del servicio y el**

³ Al respecto, consultar, entre otras, las Sentencias SU-120 de 2003, T-696 de 2007 y T-313 de 2008.

⁴ Este artículo fue derogado por el 289 de la Ley 100 de 1993, sin embargo, su texto continúa vigente para los trabajadores sometidos al régimen de transición creado por el artículo 36 de la citada ley.

reconocimiento de la pensión, lo cual generaba una pérdida de su poder adquisitivo. Por tanto, la primera mesada pensional correspondía a un valor real significativamente menor a lo que recibía años atrás por concepto de salario.

4.4. Se debe anotar que de acuerdo con el artículo 259 del Código Sustantivo del Trabajo, los asalariados que consolidaban los requisitos para acceder a la pensión, en vigencia del artículo 260 del mismo Código, tenían derecho a que ésta fuera reconocida y pagada por quien fuera el empleador cuando cumplió con el requisito de tiempo de servicios, hasta tanto esta prestación fuera asumida por el Instituto de Seguros Sociales, de acuerdo con lo que dispusiera la ley y los reglamentos para tal efecto.

4.5. Frente al anterior contexto y **como consecuencia del análisis constitucional del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, la Corte en la Sentencia C-862 de 2006, señaló que el derecho a la indexación de la primera mesada pensional es una manifestación de diversos postulados constitucionales, de los cuales se deduce el derecho de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de sus pensiones, reconocido en el artículo 53 superior.**

Adicionalmente, en la misma providencia, la Corte reconoció la existencia de otros principios constitucionales de los cuales deduce que la indexación de la primera mesada pensional es un derecho constitucional. Tal es el caso de principios como el in dubio pro operario, el Estado Social de Derecho, la especial protección constitucional de las personas de la tercera edad, el derecho fundamental a la igualdad y el derecho al mínimo vital⁵.

En conclusión, para esta Corporación, la indexación de la primera mesada pensional está relacionada de manera estrecha con la garantía del derecho al mínimo vital de las personas de la tercera edad, por cuanto permite a los pensionados acceder al conjunto de prestaciones constitutivas de este derecho, razón por la cual se han establecido presunciones tales como que el no pago de la mesada pensional vulnera, por entero, el derecho al mínimo vital.

⁵ De manera complementaria, esta conclusión también se sustenta en el artículo 13 superior en cuanto, "el derecho a la actualización de la mesada pensional no puede ser reconocido exclusivamente a determinadas categorías de pensionados, porque un trato diferenciado de esta naturaleza carecería de justificación constitucional, y se torna por tanto en un trato discriminatorio. En efecto, desde la perspectiva constitucional resulta insostenible la tesis que la actualización de las pensiones es un derecho constitucional del cual sólo son titulares aquellos pensionados que el Legislador determine, precisamente porque tal postura acarrearía la vulneración de los restantes principios a los que se ha hecho mención y de los derechos fundamentales de aquellas personas excluidas del goce de la actualización periódica de sus pensiones. Si bien el derecho a la actualización de la mesada pensional surge en virtud de lo que la doctrina ha denominado el proceso de especificación en el reconocimiento de los derechos, de manera tal que su titularidad se reserva a una determinada categoría de sujetos -los pensionados- dentro de tal categoría su titularidad ha de ser universal, y por lo tanto exclusiones derivadas del tránsito legislativo carecen de justificación." Sentencia C-862 de 2006.

De esa manera, la actualización periódica de esta prestación se convierte en una garantía del derecho al mínimo vital y al mismo tiempo en una medida concreta a favor de los pensionados que, por regla general, pertenecen a la población adulta mayor o de la tercera edad y, por lo tanto, son sujetos de especial protección constitucional.

4.6. En cuanto hace a la realización efectiva de dicho postulado constitucional, la Corte, mediante la Sentencia de Unificación de Jurisprudencia SU-120 de 2003, abordó, entre otros temas, aquél referido a la base sobre la cual debería indexarse la primera mesada pensional, manifestando al respecto que:

«no existe normativa que establezca con precisión la base para liquidar la pensión de jubilación de quien se retire o sea retirado del servicio sin cumplir la edad requerida -el inciso segundo del artículo 260 del C.S.T no la precisa-; ii) que ninguna disposición ordena indexar ésta base salarial expresamente; iii) que no existe precepto que excluya o prohíba tal indexación. No obstante existe un principio constitucional claro, esto es que el “Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales” -artículo 53 C.P., y suficientes disposiciones del ordenamiento que denotan un afán permanente del legislador por compensar la pérdida del poder adquisitivo de las pensiones. En este orden de ideas, incumbe al juez confrontar la situación concreta de las personas que aspiran a acceder a la pensión en las condiciones anotadas y remediar la injusticia que se deriva de la omisión legislativa anotada, obrando en todo conforme lo habría hecho el legislador, de haber considerado la situación específica, es decir conforme con la Constitución Política.»

4.7. **Frente a lo anterior, y con motivo de la presentación de diversas acciones de tutela en cuyo estudio se ponía de presente la inexistencia de un mecanismo dirigido a regular aquellas situaciones en que se solicitaba la actualización de la base de liquidación de la primera mesada pensional por causa de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, en el período comprendido entre la fecha de retiro del servicio y el reconocimiento de la pensión, esta Corte adoptó una fórmula que, ajustada a los criterios de justicia, equidad y a los principios generales del derecho laboral, reconociera una verdadera actualización de la primera mesada pensional y asegurara que efectivamente la capacidad adquisitiva no se deteriorara por el paso del tiempo.**

Así, mediante la Sentencia T-098 de 2005, la Sala Primera de Revisión de esta Corporación, con ocasión de una tutela dirigida contra la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia por no haber reconocido el derecho a la indexación de la primera mesada pensional del actor, resolvió conceder la protección

constitucional invocada con el argumento de que no era dable calcular el monto de la primera mesada pensional con base en un ingreso que el actor percibió años antes de que finalmente le fuera reconocida la pensión, ya que de ser ello así, se vulneraría el mandato superior de la equidad, el derecho a percibir una pensión mínima vital calculada teniendo en cuenta los fenómenos inflacionarios y la consecuente pérdida de poder adquisitivo del dinero, así como también comprometería los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad.

En ese sentido, dispuso que para el ajuste a la mesada pensional del demandante, debía darse aplicación a la fórmula que a continuación se expone, de conformidad con los lineamientos que el Consejo de Estado ha empleado en relación con la actualización de obligaciones y condenas de contenido dinerario⁶:

«La suma insoluta o dejada de pagar, será objeto de ajuste al valor, desde la fecha en que se dejó de pagar hasta la notificación de esta sentencia, dando aplicación a la siguiente fórmula:

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

Donde el valor presente de la condena (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de pagar al pensionado, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor vigente a la fecha de notificación de esta sentencia, entre el índice inicial, que es el vigente al causarse cada mesada pensional.

Por tratarse de una obligación de tracto sucesivo, la entidad demandada aplicará la fórmula separadamente, mes por mes, empezando por la primera mesada pensional que devengó el actor sin actualizar, y para los demás emolumentos (primas), teniendo en cuenta que el índice aplicable es el vigente al causarse cada una de las prestaciones.»

A partir de allí, tal fórmula ha sido aplicada en sede de control concreto de constitucionalidad, en aquellos eventos en los que los supuestos fácticos y jurídicos son similares. Tal es el caso de los precedentes sentados por esta Corporación a través de las Sentencias T-425 de 2007, T-815 de 2007, T-311 de 2008 y T-789 de 2008 entre otras.

4.8. De otra parte, conviene resaltar, igualmente, que la Corte Suprema de Justicia ha venido modificando su criterio jurídico sobre

⁶ Ver, entre otras, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 18 de mayo de 2004, Viceministro de Ambiente (E), multas: indexación, competencia para indexar monto de las multas señaladas por el legislador. C.P. Susana Montes de Echeverri, radicación 1564.

el particular, al reconocer que como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debe actualizarse anualmente la base salarial para tasar la mesada pensional y aplicarse, a aquellos casos en que sea procedente la actualización, la fórmula que más se ajuste al objetivo de mantener el poder adquisitivo de las mesadas pensionales⁷.

4.9. Finalmente, a manera de colofón, puede precisarse que la indexación de la mesada pensional constituye un mecanismo que garantiza el derecho al mínimo vital de las personas de la tercera edad, por cuanto dicha prestación económica, en la mayoría de los casos, constituye el único ingreso de los pensionados, con el que satisface sus necesidades básicas y las de las personas que de ellos dependen, de suerte que la afectación de dicho derecho prestacional atenta directamente contra sus derechos fundamentales, los cuales son justiciables por la vía del recurso de amparo constitucional."

Siguiendo los parámetros señalados en la precitada sentencia, resulta claro para la Sala que sí es procedente que a través de este mecanismo constitucional se estudie la indexación de la primera mesada pensional, pues aunque el actor no es una persona de la tercera edad, pertenece a la población adulta mayor, que depende de su pensión para subsistir, razón por la cual, la falta de actualización del dinero que recibe para su manutención y la de su familia, le afecta otros derechos constitucionales como son: el poder adquisitivo, el mínimo vital, el derecho fundamental a la igualdad y el respeto al principio del *in dubio pro operario*⁸.

⁷ Consultar, entre otras, Providencia del 13 de diciembre de 2007, Rad. 30602, M.P. Luis Javier Osorio López. Sala de Casación Laboral. En dicha providencia, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia advirtió que en lo sucesivo, para determinar el ingreso base de liquidación de las pensiones, daría plena aplicación a la postura adoptada, con lo cual procedería a recoger cualquier pronunciamiento anterior que resultara contrario con respecto a la fórmula que se hubiese empleado en casos similares donde se contempló la forma de actualizar la mesada pensional, para ajustarse de esa manera a la finalidad de las normas constitucionales y legales sobre la materia.

⁸ Principio que hace referencia a que cuando el operador jurídico se encuentre ante dos o más fuentes formales del derecho aplicables a una determinada situación laboral, deberá elegir aquella que favorezca al trabajador, y entre dos o más interpretaciones posibles de una misma disposición se deberá preferir la que lo beneficie. (Sentencia C-862 de 19 de octubre de 06, Magistrado Ponente doctor HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 260 {parcial} del Código Sustantivo del Trabajo instaurada por Inés Jaramillo Murillo.

Así las cosas, se accederá a dicha pretensión, ordenándosele, *como mecanismo transitorio*, a la **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social- UGPP-** que actualice la mesada pensional del accionante, dando aplicación a la fórmula usada por esta Corporación en la actualización de obligaciones y condenas de tipo dinerario, puesta de presente en la providencia transcrita, así:

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

Según esta fórmula, el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde al emolumento dejado de pagar por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) entre el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago), que es el vigente al causarse cada mesada pensional.

Se resalta, que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicaría separadamente mes por mes, empezando por la primera mesada pensional que devengó el señor **JUAN MANUEL NIÑO LIZCANO** sin actualizar.

Sin embargo, la entidad mencionada deberá tener en cuenta la prescripción trienal consagrada en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, es decir, que tal actualización solo deberá efectuarse sobre las sumas que no hubieren prescrito, teniendo en cuenta la primera petición que a este respecto elevó el actor ante el Ministerio de la Protección Social - Coordinación General del Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia- (quien antes atendía los asuntos de la accionada), es decir, la solicitud de 4 de marzo de 2011, lo que significa, que la

actualización se deberá calcular sobre las diferencias causadas desde el 4 de marzo de 2008, en adelante.

En este orden de ideas, se adicionará el fallo de 30 de julio de 2012, proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico, toda vez que en su parte resolutive no se manifestó respecto a la pretensión de indexar la mesada pensional del actor. Así las cosas, tal adición se efectuará en el sentido de ordenarle, *como mecanismo transitorio*, a la **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social- UGPP-** que actualice la mesada pensional del accionante.

Se confirmará el fallo apelado en lo demás, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

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

F A L L A:

PRIMERO: ADICIONASE la sentencia de 30 de julio de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, en el sentido de ordenar, *como mecanismo transitorio*, que la **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social- UGPP-** actualice la mesada pensional del accionante, dando aplicación, separadamente, mes por mes, a la fórmula señalada en esta providencia pero con la salvedad de que a tal actualización, se le debe aplicar la prescripción trienal consagrada en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, es decir, que deberá hacerse sobre las diferencias causadas desde el 4 de

marzo de 2008, en adelante. De conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMESE la providencia impugnada en lo demás.

TERCERO: NOTIFIQUESE a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto Ley 2591 de 1991.

CUARTO: REMITASE el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala, en la sesión del día 4 de octubre de 2012.

MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ MARIA CLAUDIA ROJAS
LASSO
Presidenta

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO