

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO TREINTA Y UNO DE FAMILIA BOGOTÁ D. C.

Bogotá D.C, primero (1º) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO: TUTELA

RADICADO: 31-2023-00039

ACCIONANTE: CARLOS ALBERTO REINA ACEVEDO

**ACCIONADO: FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA**

A N T E C E D E N T E S:

Procede el despacho a desatar la acción de tutela instaurada por **CARLOS ALBERTO REINA ACEVEDO** en contra de **FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** a fin de que se le amparen sus derechos fundamentales de indexación a la primera mesada pensional e igualdad.

Entre otros se citaron los siguientes hechos:

- Manifiesta el tutelante que, es una persona de 65 años de edad y es pensionado de los hoy extintos FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.
- Indica el actor que, desde agosto de 1992 la entidad encartada le cancela sus mesadas pensionales.
- Asevera el accionante que, cuando se liquidó la empresa FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, se les concedió una pensión por jubilación provisional proporcional a los que tuviésemos por lo menos 15 años de servicio a dicha empresa, sin consideración a la edad, a partir de sus respectivas fechas de retiro que empezaba en el 56% de su último salario promedio de liquidación (Artículos 7 del Decreto 895 de 1991 y 3 del Decreto 1651 de 1991). Además, se dispuso que las personas que al cumplir 50 años de edad y se hubiesen pensionado conforme la norma en cita, tendrían derecho a la PENSION DE JUBILACION ORDINARIA o PENSION PLENA DE JUBILACION.
- Informa el ciudadano CARLOS ALBERTO REINA ACEVEDO que, en su caso cumplió los 50 años el 21 de agosto de 1996 y que por tanto la entidad accionada le reconoció PENSION DE JUBILACION ORDINARIA al 75% de su último salario promedio de liquidación, a través de Resolución 2964 del 26 de septiembre de 1996.
- Expone el quejoso que, se le concedió una muy bajita pensión especial porque la empresa estaba en liquidación, su último salario desde el 27 de noviembre de 1991 al 21 de agosto de 1996 se devaluó por el fenómeno de la inflación y la variación de índices de precios al consumidor.

- Expone el tutelante que, la accionada al momento de reconocerle y pagarle la PENSION DE JUBILACION ORDINARIA a través de la resolución 2964 del 26 de septiembre de 1996, no le indexo su PENSION PLENA DE JUBILACION a partir del 21 de agosto de 1996.
- Finalmente indica el actor que, ya le ha reclamado en diferentes oportunidades a la entidad encartada y no ha obtenido respuesta positiva.

-

P R E T E N S I O N D E L A C C I O N A N T E

“Se sirva DECRETAR EL AMPARO CONSTITUCIONAL a mi favor de mis derechos constitucionales fundamentales: A LA INDEXACION DE MI PRIMERA MESADA PENSIONAL DE A LA CONSERVACION DEL PODER ADQUISITIVO DE LA PENSION PLENA DE JUBILACION Y A LA IGUALDAD, para que se le ordene ante el accionado indexarme mi primera mesada pensional de PENSION PLENA DE JUBILACION con efectividad a partir del 21 de agosto de 1996.”

C O N T E S T A C I O N A L A M P A R O

FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, conforme lo ordenado en el auto admisorio, procedió a descorrer el traslado de la presente acción, a través de **SANDRA MILENA BURGOS BELTRAN**, obrando en calidad de jefe de Oficina Asesora Jurídica, quien manifiesta que:

El Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia es una Entidad ADAPTADA a efectos de la prestación de servicios de salud, quien actúa dentro del régimen contributivo de seguridad social en salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 236 inciso 3 de la ley 100 de 1993, y de lo regulado para ellas en el Decreto 1890 de 1995 capítulo II; y presta sus servicios de salud a los pensionados de la extintas Puertos de Colombia y Ferrocarriles Nacionales de Colombia y su grupo familiar, que hayan decidido permanecer afiliados a esta entidad; es además, un Establecimiento Público del Orden Nacional, adscrito al del Ministerio de Salud y la Protección Social.

Adicionalmente el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia es un establecimiento público del nivel nacional, creado mediante el Decreto Ley 1591 de 1989, que funciona como Entidad Adaptada en Salud, de conformidad con el Decreto 489 de 1996, en virtud de lo dispuesto en el artículo 236 de la Ley 100 de 1993 y de acuerdo con lo reglamentado por el Decreto 1890 de 1995.

El Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia como establecimiento público del orden Nacional, adscrito al Ministerio de Salud y Protección Social, reconoce prestaciones económicas legales y convencionales a los extrabajadores, pensionados y beneficiarios de la liquidada empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia. Así mismo, administramos los servicios de salud a los pensionados y beneficiarios de la empresa liquidada Ferrocarriles Nacionales y Puertos de Colombia.

Una vez se tuvo conocimiento del presente trámite tutelar, le solicitaron a través de memorando OAJ – 202301300007663 de fecha 25/01/2023 al GIT GESTIÓN PRESTACIONES ECONOMICAS de esta Entidad, rendir informe sobre el caso en concreto, a lo cual les informan, mediante memorando GITGPE – 202303100008253 de fecha 26/01/2022, lo siguiente:

“Cordial Saludo;

En relación con la solicitud realizada a esta área a través de memorando No. OAJ – 202301300007663, DE 25 DE ENERO DE 2023, a través del cual solicita se informe acerca de la solicitud de INDEXACION DE MESADA PENSIONAL, presentada por del señor CARLOS ALBERTO REINA ACEVEDO, en relación a la acción de tutela admitida por el JUZGADO TREINTA Y UNO DE FAMILIA DE BOGOTÁ D.C, dentro la acción de tutela radicada con el número 2023-00039, para su conocimiento y fines pertinentes, esta dependencia, GRUPO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, les informa que el señor CARLOS ALBERTO REINA ACEVEDO, identificado(a) con C.C. No. 17.179.005, solicitó el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional, mediante escrito radicado el día 17 DE AGOSTO DE 2021, bajo el número 202102200570322, solicitud a que se dio respuesta de fondo mediante Acto, Administrativo No. 0532 de 28 de abril de 2022, el cual resolvió negar el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional, en los términos que solicitó el señor CARLOS ALBERTO REINA ACEVEDO, conforme con lo expuesto en la parte motiva de la citada resolución, y contra la cual se interpuso recurso de reposición argumentando lo siguiente:

Con base en el artículo 79 de la Ley 1437 de 2.011, CPACA y en ejercicio de los derechos de defensa, contradicción y debido proceso les solicito se ABRA A PRUEBAS (CPACA ART 79 Y SS) el presente tramite por el termino de 30 días termino dentro del cual solicito la expedición y entrega a mi favor de los siguientes documentos, que también servirán como soporte de la revocatoria que deberá hacer la entidad: - Copia de boletines de pago devengados por mi cliente en los últimos 6 meses de servicio y los boletines de pago , resoluciones, actas y otros similares que hubiese sido expedidos con posterioridad al retiro, realizando pagos por concepto de factores salariales o prestaciones sociales no incluidas en la liquidación inicial y por ende pendientes de inclusión por servicios prestados en los extintos Ferrocarriles Nacionales de Colombia .

- Copia de Los actos administrativos donde se efectuó la reliquidación de sus vacaciones, primas y cesantías definitivas. - Copia de la última P20 y de la p3 del último año de servicio - Copia de los actos administrativos que haya expedido la entidad, en donde se haya definido las directrices en materia de indexación de la primera mesada pensional y la fecha de su comunicación o publicación respectiva.

- Copia de sentencias o jurisprudencia que aplica la Subdirección de Prestaciones Sociales en materia de indexación de las pensiones de los extrabajadores ferroviarios.

Que una vez revisado el expediente del CARLOS ALBERTO REINA ACEVEDO, esta entidad procedió a abrir a pruebas en su momento el recurso interpuesto ante esta entidad bajo radicado No. 202102200570322, como lo consagra el Artículo 79 de la Ley 1437 de 2011, por un término no mayor a treinta (30) días. Así mismo se informa que transcurrido el termino estipulado en Artículo 79 de la Ley 1437 de 2011, y cumplidos todos los trámites administrativos pertinentes esta Coordinación emitió Acto Administrativo No. 1832 del 14 de diciembre de 2022, el cual RESOLVIO No reponer, y Confirmar, el contenido de las Resolución No. 0532 DE 28 DE ABRIL DE 2022, recurrida por el señor CARLOS ALBERTO REINA ACEVEDO, identificada con la C.C. No. 17.179.005, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la citada providencia, Acto que en la actualidad se encuentra en trámite de notificación por parte de la secretaria general de esta entidad de acuerdo a lo establecido en la Ley 1437 de 2011. Se anexa copia de resolución No. 1832 DEL 14 DE DICIEMBRE DE 2022 y resolución No. 0532 DE 28 DE ABRIL DE 2022. Lo anterior para los fines que estime pertinentes” (Se anexan soportes correspondientes).

Así las cosas, se evidenció que se realizaron todas las gestiones pertinentes con el fin de resolver la petición de la parte accionante, suministrándole la información de manera clara y precisa, dicha respuesta se notificó al correo electrónico proporcionado por la parte accionante, así las cosas, no se evidencia vulneración alguna del derecho invocado por el accionante en el escrito de tutela.

De acuerdo con lo antes expuesto, se puede evidenciar que ante los hechos y pretensiones de la presente acción de tutela se presenta una situación de HECHO SUPERADO, como quiera que ya se realizaron las actuaciones administrativas correspondientes y los trámites requeridos, es por esto que no resulta procedente dente el amparo Constitucional invocado, así lo ha indicado la Corte Constitucional en sentencia T-086/20.

Así las cosas, como quiera que la situación fáctica que motivó la presentación de la acción de tutela fue satisfecha como se ha logrado acreditar, cualquier orden de protección proferida sería inocua, por lo que es menester que el Despacho Constitucional proceda a declarar la improcedencia de esta por HECHO SUPERADO.

Finalmente, solicita denegar por improcedente y archivar la presente acción de tutela, por HECHO SUPERADO, pues en lo que respecta al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, no ha vulnerado derechos fundamentales de la accionante y se le dio respuesta de fondo a su solicitud y se notificó la misma.

MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL, conforme lo ordenado en el auto admisorio, procedió a descorrer el traslado de la presente acción, a través de **GABRIEL BUSTAMANTE PEÑA**, obrando en calidad de director técnico de la Dirección Jurídica del Ministerio, quien manifiesta que:

En relación con los hechos descritos en la tutela, debe señalarse que al Ministerio no le consta nada de lo dicho por la parte accionante, el Ministerio de Salud y Protección Social no tiene dentro de sus funciones y competencias la intervención en asuntos de carácter pensional, sólo formula, adopta, dirige, coordina, ejecuta y evalúa la política Pública en materia de Salud, Salud Pública, promoción social en salud, así como, participa en la formulación de las políticas en materia de pensiones, beneficios económicos periódicos y riesgos laborales, lo cual se desarrolla a través de la institucionalidad que comprende el sector administrativo, razón por la cual desconocemos los antecedentes que originaron los hechos narrados y por ende las consecuencias sufridas.

Por tanto, se opone a todas y cada una de las pretensiones formuladas, en tanto el Ministerio de Salud y Protección Social no ha violado ni amenaza violar derecho fundamental alguno. Toda vez, que esa cartera ministerial, fue creada a través del artículo 9º de la Ley 1444 de 2011, como un organismo perteneciente a la Rama Ejecutiva del poder público, y a través del Decreto Ley 4107 de 2011 "Por el cual se determinan los objetivos y la estructura del Ministerio de Salud y Protección Social y se integra del Sector Administrativo de Salud y Protección Social", en su artículo 1º se le asignó la formulación, adopción, dirección, coordinación, ejecución y evaluación de la política pública en materia de salud, salud pública, y promoción social en salud.

En tal sentido, debe declararse la improcedencia de la acción de la referencia en contra del Ministerio de Salud y Protección Social, por falta de legitimación por pasiva, por cuanto la Cartera no es la entidad competente para requerir a COLPENSIONES, en la medida, que no se encuentra relacionada como una entidad adscrita o vinculada a este Ministerio, de acuerdo con lo establecido en el Título 1 de la Parte 2 del Libro 1 del Decreto 780 de 2016 Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social – DUR.

Aunado a lo anterior, se debe indicar que las controversias suscitadas entre la accionada y la parte accionante deben dirimirse de acuerdo con las normas consagradas en el Libro Primero de la Ley 100 de 1993 y demás disposiciones que lo modifican y reglamentan.

T R A M I T E P R O C E S A L

La mencionada acción fue admitida por auto del veinticuatro (24) de enero de 2023, en el que se ordenó la notificación a la entidad accionada y se le concedió el termino perentorio de dos (02) días, para que se pronuncie sobre los hechos sustento de la presente tutela.

Se encuentra el presente asunto para decidir y a ello se procede, observándose que no se ha incurrido en causal de nulidad que invalide lo actuado, previas las siguientes,

C O N S I D E R A C I O N E S :

1.- La acción de tutela se implantó en nuestro ordenamiento jurídico con la específica finalidad de otorgar a las personas la protección inmediata a los derechos constitucionales fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de autoridad y, también por los particulares por los mismos motivos, pero en este último evento sólo en los casos taxativamente consagrados en la ley.

En primer lugar, debe recordarse que conforme lo dispone el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo residual y subsidiario, llamado a proceder sólo frente a los casos particulares de vulneración o amenaza de los derechos fundamentales por parte de las autoridades o de particulares en los precisos casos establecidos por el legislador.

La naturaleza subsidiaria y excepcional de la acción de tutela, permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos. Al existir tales mecanismos, los ciudadanos se encuentran obligados a acudir de manera preferente a ellos, cuando son conducentes para conferir una eficaz protección constitucional.

Es por ello por lo que, quien alega la vulneración de sus derechos fundamentales debe haber agotado los medios de defensa disponibles por la legislación para el efecto.

Sin embargo, también se ha indicado que la sola existencia de un medio alternativo de defensa judicial no implica automáticamente la improcedencia de la acción de tutela, porque el medio judicial debe ser idóneo y eficaz para la defensa de los derechos fundamentales.

En este sentido, si el juez constitucional observa que el otro medio de defensa no resulta conducente para la protección efectiva de los derechos invocados, el fallador puede válidamente garantizar la protección preeminente y efectiva de los derechos fundamentales, admitiendo la procedencia en estas circunstancias, de la acción de tutela. Al respecto en la sentencia T-580 de 2006 se indicó:

"La aptitud del medio judicial alternativo, podrá acreditarse o desvirtuarse en estos casos, teniendo en cuenta entre otros, los siguientes aspectos: i) el objeto de la opción judicial alternativa y

ii) el resultado previsible de acudir a ese otro medio de defensa judicial. El juez constitucional deberá observar, en consecuencia, si las otras acciones legales traen como resultado el restablecimiento pleno y oportuno de los derechos fundamentales vulnerados en la situación puesta en su conocimiento, evento en el que, de resultar afirmativa la apreciación, la tutela resultará en principio improcedente. A contrario sensu, si el juez determina que el mecanismo de defensa judicial aparentemente preeminente no es idóneo para restablecer los derechos fundamentales vulnerados, la tutela puede llegar a ser procedente."

2.- El derecho al mínimo vital, reconocido como de estirpe constitucional ligado a la dignidad humana, surge como una idea de condiciones mínimas que garantiza la satisfacción de las necesidades del ser humano en condiciones decorosas, que no se encuentra limitada a la cuantificación de los requerimientos biológicos para su subsistencia, sino a esa valoración material del trabajo desplegado, las condiciones propias de cada individuo, y un profundo respeto por su particular condición de vida.

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia T716 de 2017 señaló:

"...el derecho al mínimo vital tiene dos dimensiones: (i) la positiva, presupone que el Estado y en algunas ocasiones los particulares, cuando se reúnen las condiciones establecidas, "están obligados a suministrar a la persona que se encuentra en una situación en la cual ella misma no se puede desempeñar autónomamente y que compromete las condiciones materiales de su existencia, las prestaciones necesarias e indispensables para sobrevivir dignamente y evitar su degradación o aniquilamiento como ser humano"; (ii) la negativa, es un límite que no puede ser traspasado por el Estado, en materia de disposición de los recursos materiales que la persona necesita para llevar una existencia digna. En palabras de la Corte, "el Estado debe asegurar, en primer lugar, las condiciones para que las personas, de manera autónoma, puedan satisfacer sus requerimientos vitales y ello implica que, mientras no existan razones imperiosas, no puede el Estado restringir ese espacio de autonomía de manera que se comprometa esa posibilidad de las personas de asegurar por sí mismas sus medios de subsistencia..."

Vistas ambas dimensiones, el mínimo vital debe garantizarse no a través del imaginario de lo que otro ser humano puede necesitar para su subsistencia, sino que para ello debe tenerse en cuenta las especiales condiciones que cada individuo tiene, y así verificar dentro de su ideario de vida y las condiciones actuales, cuáles son las necesidades que deben ser satisfechas, sin que pueda afectarse sus condiciones particulares afectando su dignidad.

3.- Del adulto mayor y el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, sea lo primero señalar que, conforme a lo manifestado en esta sentencia, de existir medios ordinarios de defensa judicial, el accionante debe acudir a estos de forma preferente, no obstante, cuando se trata de personas que por estar en estado de vulnerabilidad el afrontar dichas vías hacen más gravosa su situación, es factible acudir a la acción de tutela para reclamar el amparo a sus derechos fundamentales.

Tales condiciones fueron explicadas por la Corte Constitucional en la sentencia T-716 de 2017, al señalar:

"...En concordancia con lo anterior, el juez constitucional debe valorar, en cada situación, la idoneidad y eficacia de los otros mecanismos judiciales, para efectos de garantizar una protección cierta y suficiente de los derechos constitucionales fundamentales, por medio de la acción de tutela. Asimismo, para garantizar la igualdad material, el análisis de la subsidiariedad de la acción de tutela se debe flexibilizar cuando el accionante sea una persona en situación de vulnerabilidad. La vulnerabilidad supone la acreditación de las siguientes tres condiciones, cada una de ellas necesaria, y conjuntamente suficientes, en el accionante: (i) pertenecer a un grupo de especial protección constitucional, (ii) hallarse en una situación de riesgo (condición subjetivo-negativa) y (iii) carecer de resiliencia, esto es, capacidad, por sí misma o con ayuda de terceros, para asumir sus necesidades hasta tanto agota la vía judicial ordinaria (condición subjetivo-positiva) ..."

De lo anterior, se tiene que en cuanto a la población de adultos mayores, se ha señalado que es un grupo vulnerable, los cuales son sujetos de especial protección, ante el cual las autoridades y en especial el Juez Constitucional debe obrar con especial diligencia, atendiendo para ello, las condiciones que se constituyen en una debilidad manifiesta en estas personas, y así garantizar el goce de los derechos constitucionales y propender que cesen las situaciones de marginación y carencia de poder en los espacios que los afectan, siempre y cuando demuestren que en efecto se les está vulnerando derecho fundamental alguno.

5.- Ahora bien, respecto al requisito de inmediatez, es pertinente aclarar que la Corte Constitucional, ha dicho:

"el examen de la inmediatez no consiste únicamente en revisar el paso del tiempo entre el hecho generador de la vulneración de un derecho fundamental y la interposición de la acción de tutela. Existen casos en los que el Juez de tutela debe verificar si existe un motivo válido, entendiéndolo como una justificación para el no ejercicio de la acción constitucional de manera oportuna, circunstancia justificativa que debe estar plenamente demostrada, y que debe responder a criterio de protección constitucional. Entre las circunstancias que la Corte ha reconocido como motivos justificantes para la tardanza, se encuentran las circunstancias de analfabetismo, desplazamiento forzado o de tratarse de madres cabeza de familia" [T-199 de 2015].

Dicho lo anterior, esta Sede Judicial constata que la acción de tutela que nos ocupa cumple en el requisito arriba descrito, pues si bien los hechos que dieron origen a la presunta vulneración de los derechos incoados se originaron desde 1996, lo cierto es que hasta este momento sigue el actor reclamando su indexación a la primera mesada de su pensión por vejez e inclusive el 14 de diciembre de 2022 le fue resuelto los recursos que interpuso ante la entidad encartada, por tanto, tales acciones persisten inclusive hasta la fecha.

6.- Frente al caso en concreto, el accionante CARLOS ALBERTO REINA ACEVEDO interpuso acción de tutela, en defensa de sus derechos fundamentales de IGUALDAD e INDEXACION A LA PRIMERA MESADA PENSIONAL vulnerados por la accionada FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA al afirmar que, debido a la negatividad de reconocer la indexación a la que aduce tiene derecho, se está incurriendo en tal violación pues es una persona de especial protección al ser un adulto mayor.

Frente a este punto, es importante analizar si efectivamente por este mecanismo excepcional se pueden reclamar este tipo de acreencias y si los derechos conculcados se ven afectados o no por la decisión de la entidad accionada.

Así las cosas, es preciso traer en cita lo afirmado por el máximo tribunal de lo constitucional en Sentencia T-00956 de 2014, así:

"Esta Corporación ha definido la naturaleza constitucional del derecho a la seguridad social, con fundamento en el artículo 48 Superior, al establecer que debe garantizarse a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social y en especial a los derechos pensionales. El amparo de los derechos sociales fue admitido por esta Corporación desde el año 1992, bajo la tesis de la "conexidad", cuando se demuestra un nexo inescindible entre el derecho social y un derecho fundamental. Sin embargo, actualmente la Corte abandonó el análisis del carácter ius fundamental de los derechos sociales a partir de argumentaciones ajenas a la contextura propia del derecho como lo proponía la tesis de la conexidad, para permitir su protección por vía de tutela, una vez se han definido, por el Legislador o la administración en los distintos niveles territoriales, las prestaciones debidas de forma clara y precisa, de manera que constituyan derechos subjetivos de carácter fundamental.

Ahora bien, en relación con la configuración de un derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de su mesada pensional fue reconocido por esta Corporación en la sentencia C-862 de 2006[86], a partir de la interpretación sistemática de los artículos 53 de la Constitución Política, de la que se deriva la obligación del Estado de garantizar el reajuste periódico de las pensiones legales, al establecer que la ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante; y 1º, 13 y 46 del mismo texto normativo, que acompañan los principios de Estado Social de Derecho, igualdad, in dubio pro operario y la especial protección constitucional de las personas de la tercera edad, en especial con el amparo a su mínimo vital.

20. El numeral 2º del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, establecía el retiro laboral del trabajador al cumplir los 20 años de servicio y la posibilidad de acceder al reconocimiento de la pensión cuando cumpliera la edad requerida. Esta norma no solucionaba el problema de la diferencia salarial por inflación, causada entre el momento del retiro y el reconocimiento del derecho pensional.

La Corte Suprema de Justicia, ante el fenómeno de la inflación y la consecuente pérdida de poder adquisitivo de las pensiones, desde 1982 y hasta el año 1999 había acogido como fórmula de solución, la indexación de la primera mesada pensional. Sin embargo, en sentencia del 18 de agosto de 1999, esa Alta Corporación, cambió su línea jurisprudencial al considerar que la indexación sólo procede en los casos previstos por el Legislador, esto es, desde la Ley 100 de 1993, sin que se hayan previsto efectos retroactivos, lo que implica que no se aplica para reconocimientos pensionales anteriores a la Constitución de 1991.

22. Por su parte, la Corte Constitucional, ha establecido la procedencia de la indexación de la primera mesada pensional, causada con anterioridad a la Constitución de 1991, a partir de su carácter universal. Por ejemplo, en sentencia T-1169 de 2003[102] afirmó esta Corporación que:

"En efecto, el derecho a recibir la pensión que le fue reconocido al peticionario por un juez de la República en el año de 1980, debe ser interpretado en armonía con lo previsto en los artículos 13, 48, 53 y 230 de la Constitución, en concreto a la luz de los principios pro operario y de favorabilidad y en aras de proteger al trabajador como la parte más débil de la relación laboral.

Adicionalmente, la Corte considera que es contrario a los criterios de equidad y justicia pagar al demandante una mesada pensional tomando como base el salario que devengaba hace más de veinticinco años y sin ningún tipo de actualización que permita proteger el poder adquisitivo del dinero ante los fenómenos inflacionarios derivados del paso del tiempo." (negritas fuera de texto)

En sentencia T-457 de 2009, este Tribunal estableció que:

"...el derecho a la indexación de la primera mesada pensional se hace extensivo a los pensionados que adquirieron esa calidad con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y, por supuesto, de la Constitución Política de 1991[104], pues el fenómeno de pérdida de poder adquisitivo de la moneda afecta por igual a todos los pensionados[105]."

Posteriormente, en sentencia T-628 de 2009 esta Corte manifestó que:

"...tal derecho no sólo "radica en [algunas personas pensionadas], sino que, por el contrario, se extiende a la totalidad de [ellas]. Lo anterior quiere decir, que no cabe hacer ningún tipo de discriminación respecto de quienes tienen derecho a la indexación de la primera mesada pensional puesto que ello traería como consecuencia limitar los alcances de este derecho."

Finalmente, esta sólida línea jurisprudencial, elaborada por distintas Salas de Revisión de esta Corporación, fue reiterada y unificada en sentencia de SU-1073 de 2012, después de hacer una exposición sobre el tratamiento que le había dado al tema de la indexación de la primera mesada pensional, cuando el reconocimiento del derecho se produjo con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991, tanto por la jurisdicción ordinaria como por la constitucional, concluyó que:

"... son inconstitucionales todas aquellas situaciones que a pesar de haberse consolidado bajo la égida de la Carta anterior, sus efectos se proyectan en futuro y generan vulneración de los derechos y garantías fundamentales, tal y como sería el caso de la indexación de la primera mesada pensional.

Lo anterior por cuanto resulta evidente que la negativa de la indexación en la primera mesada pensional se encuentra produciendo graves efectos en el mínimo vital de los pensionados que mes por mes reciben una suma significativamente inferior a la que tienen derecho y que no se compadece con el esfuerzo laboral que realizaron en su vida productiva."

En ese sentido,

"...negar el derecho a la indexación de la primera mesada pensional a aquellos cuyo derecho fue reconocido con anterioridad a la expedición de 1991 dejaría sin protección a personas que por su avanzada edad y en razón a su especial situación de indefensión, son sujetos de especial protección del Estado. Además, al ser

adultos mayores, debe presumirse que la pensión en su único ingreso, más cuando existen enormes dificultades en el ingreso al mercado laboral”

23. Se concluye entonces, que dado el carácter universal del derecho de indexación de la primera mesada pensional, implica que este procede: i) sin distinción del origen de la pensión, bien sea que tenga naturaleza legal, convencional o judicial; y ii) si la pensión ha sido reconocida antes o después de la vigencia de la Constitución de 1991.

En efecto, debido a la indeterminación en la existencia del derecho a la indexación de la primera mesada pensional y la negativa de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a su reconocimiento en pensiones causadas con anterioridad a 1991, esta Corporación debió ponderar los intereses encontrados, no solo de los derechos fundamentales de los tutelantes, sino también con los principios de seguridad jurídica y la sostenibilidad financiera y fiscal del sistema pensional. En ese orden, las divergentes decisiones judiciales generaron incertidumbre sobre la procedencia de la indexación de la primera mesada pensional causada con anterioridad a la Carta de 1991. Es solo a partir de la sentencia SU-1073 de 2012 que se consolidó:

“... la jurisprudencia con el fin de proteger el principio de seguridad jurídica respecto de los fallos judiciales divergentes que han proferido distintas jurisdicciones, los cuales han impedido la realización del derecho universal de la indexación. En este sentido, es sólo hasta esta sentencia de unificación que la Corte ha resuelto las contradicciones creadas por las diferentes decisiones judiciales respecto a la indexación de la primera mesada de las pensiones reconocidas antes de 1991.”

Así las cosas, el artículo 48 Superior establece un mandato de sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, que debe ser armonizado con la sostenibilidad fiscal contenida en el artículo 334 de la Constitución de 1991. Por esta razón:

“... si la Corte decidiera reconocer la indexación de la primera mesada pensional contando el término de prescripción a partir de la primera reclamación al empleador –como lo hicieron algunos jueces de instancia en los procesos laborales estudiados- se pondría en riesgo la estabilidad financiera del sistema pensional, alterando la posibilidad de pagar otras pensiones reconocidas a cargo del Estado y, por ende, afectando el principio de progresividad, y el acceso a las pensiones de todos los colombianos.

Por otra parte se debe aclarar que, aunque las entidades accionadas son fondos privados, conforme al artículo 48 Superior, la prestación de los servicios de la seguridad social se puede dar con la participación de particulares. Así pues, el Sistema General de Pensiones está compuesto por entidades públicas y privadas, de manera que el principio de sostenibilidad financiera le es aplicable a todos los entes que forman parte del sistema y administran estos recursos, como lo son los fondos privados y las entidades que, en virtud del régimen de transición aún se encuentran obligados al pago de pensiones.”

Por estas razones, la determinación del término de prescripción está condicionada por el momento en que se tiene certeza del derecho, interpretación que concuerda con el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo. En ese orden, manifestó la Corte que: “... pese al carácter universal del derecho a la indexación de

la primera mesada pensional, la divergencia interpretativa sobre su procedencia en aquellas causadas con anterioridad a 1991, hace que sólo a partir de esta decisión de unificación se genere un derecho cierto y exigible. (...)"

Del análisis hecho, se infiere que la indexación de la primera mesada de pensión de vejez, conforme los antecedentes jurisprudenciales en nuestro estado esta reconocido como un derecho fundamental como quiera que se encuentra ligado al derecho de mínimo vital y dignidad humana, pues las personas que se pensionaron antes de 1991, tienen derecho a que se les iguale sus pagos al de las personas que se pensionaron con posterioridad al mencionado año, pues no es justo que a unas personas se les reconozca un pago, inclusive inferior al mínimo, sin embargo este no es el escenario para debatir si le corresponde o no tal derecho y en que cuantía, como quiera que se insiste, el Juez natural es quien debe resolver de fondo esta contexto.

Sin embargo, de la acción de amparo citada en este trámite se vislumbra que si bien se le concedió el amparo en aquella oportunidad al accionante, fue porque tal actor ya había agotado todos los requisitos que exige el legislador para poder acudir como ultima instancia a la tutela, situación que en este caso no se observa pues hasta el momento el actor esta en el trámite de recurrir la resolución que le negó el amparo, faltándole ahora acudir al tramite ordinario para que sea en esta instancia donde se le resuelva su situación mediante el decreto y practica de las pruebas que tengan lugar a ello, pues recuérdese que la acción de tutela es un tramite excepcional y preferente y que por ningún motivo puede desplazar al juez natural destinado para dirimir conflictos de esta índole.

De otro lado, se tiene que tampoco se demostró que con el actuar del **FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** se estuviere causando un perjuicio irremediable, que en palabras de la H. Mg. NUBIA ÁNGELA BURGOS DÍAZ del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá- Sala Tercera de Familia, en decisión en segunda instancia de la acción de tutela 11001-31-10-031-2021-00343-01, preciso que:

"Ahora bien, conforme al artículo 8 del Decreto 2591 de 1991, pese a que la accionante cuente con otros medios de defensa judicial, la acción de tutela procede en forma transitoria para evitar un perjuicio irremediable, esto es, aquel daño causado a un bien jurídico como consecuencia de acciones u omisiones manifiestamente ilegítimas y contrarias a derecho que, una vez producido, es irreversible y por tanto, no se puede retornar a su estado anterior, el cual tiene como requisitos esenciales la urgencia, la inminencia, la gravedad y la impostergabilidad, los cuales, no aparecen acreditados en el expediente.

En consecuencia, la improcedencia de la presente acción de tutela no solo surge del desconocimiento del accionante del principio de subsidiariedad que caracteriza este mecanismo constitucional de protección de derechos fundamentales, en tanto existen otras vías judiciales, sino también por la ausencia de demostración de la existencia de un perjuicio irremediable que afecte sus derechos fundamentales, pues es claro que, este no es el escenario para debatir si le asiste o no el derecho de reclamar la indexación de su primera mesada de la pensión de vejez de la cual aduce tiene derecho, pues es un tema que requiere

de un debate donde se analicen los presupuestos jurídicos a fondo y se estudien de manera detallada una a una las pruebas que presenten tanto accionado como accionante, pues si bien es un sujeto de especial protección.

Memórese, además, que no le está dado a esta jurisdicción entrar a reemplazar al funcionario natural que, en línea de principio, es el llamado a resolver ese litigio, ni mucho menos sustituir los mecanismos ordinarios, pues ello equivaldría, ni más ni menos, una intromisión indebida de sus competencias, máxime cuando este Estrado no encuentra elementos de juicio suficientes que permitan conceder la tutela ni siquiera en forma transitoria, pues reitérese el señor CARLOS ALBERTO REINA ACEVEDO si bien es una adulto mayor, también lo es que, esta Falladora no puede pasar por encima de lo establecido por el legislador a fin de acceder a lo pretendido por el tutelante.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Treinta y Uno de Familia de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO. – NEGAR POR IMPROCEDENTE la presente acción de tutela, conforme lo expuesto en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO. - Comuníquesele a las partes, en forma rápida y por el medio más expedito, de conformidad a lo consagrado en el Art.16 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO. - Si este fallo no es impugnado envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE,
LA JUEZ;**

MARIA EMELINA PARDO BARBOSA

YPEM

Firmado Por:
Maria Emelina Pardo Barbosa
Juez
Juzgado De Circuito
Familia 031 Oral
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **8ea413c2b1a0fb4ac95bbcff0d92266ea57bceaec6acfb58ca7f6c2e24973b7**

Documento generado en 01/02/2023 11:20:27 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>