

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia sobre procedencia excepcional

Corte ha sostenido, por regla general, que la acción de tutela no es procedente contra providencias judiciales, en aras de no afectar los principios de cosa juzgada, la autonomía judicial y la seguridad jurídica. No obstante, ha reconocido la existencia de algunos eventos en los que procede excepcionalmente la acción de tutela, debido a la vulneración de garantías constitucionales y, en esa medida, ha identificado una serie de requisitos genéricos y específicos para que el amparo constitucional proceda contra una decisión tomada por un juez dentro de un proceso, con el fin de remediar la violación del debido proceso y así velar por la protección de la Constitución.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

VIOLACION DIRECTA DE LA CONSTITUCION COMO CAUSAL DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

Esta Corte, en su jurisprudencia, ha establecido que existen tres supuestos que pueden configurar este defecto en una providencia: (i) cuando se deja de aplicar una disposición constitucional en el caso; (ii) cuando la interpretación que realiza el juez de la norma en el caso concreto es abiertamente inconstitucional y, (iii) cuando el operador judicial omite hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad, prevista para garantizar la supremacía

constitucional, siempre que así haya sido solicitando dentro del proceso.

DERECHO A MANTENER EL PODER ADQUISITIVO DE LAS PENSIONES Y LA INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL EN SITUACIONES ANTERIORES A LA EXPEDICION DE LA CONSTITUCION DE 1991

INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL COMO DERECHO CONSTITUCIONAL DE CARACTER UNIVERSAL-Reiteración de jurisprudencia

La jurisprudencia constitucional ha reiterado que la actualización de la mesada pensional aplica a todas las pensiones, esto es, a la pensión de vejez, invalidez y sobrevivientes, así como a sus beneficiarios sin hacer distinción alguna entre las pensiones causadas (i) con anterioridad a la Constitución, (ii) con posterioridad a la Constitución y antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y (iii) después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, puesto que el fenómeno de la inflación y de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda afecta a todos los tipos de pensiones por igual.

DERECHO A LA INDEXACION Y CONTABILIZACION DEL TERMINO DE PRESCRIPCION-Precedente fijado en sentencias SU.1073/12, SU.131/13 y SU.415/15

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES EN MATERIA DE INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL-Procedencia por violación directa de la Constitución, pues desconoce su carácter normativo

INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL-Se aplica a pensiones causadas en cualquier tiempo, incluso, antes de la vigencia de la Constitución de 1991

DERECHO A LA INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL EN SITUACIONES ANTERIORES A LA EXPEDICION DE LA CONSTITUCION DE 1991-Orden a Banco Popular indexar primera mesada pensional con base en la fórmula adoptada por la sentencia T-098 de 2005

Referencia: Expediente T-5.865.008

Acción de tutela interpuesta por Raúl Avellaneda Carrillo contra la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá y el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Bogotá.

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo, Gloria Stella Ortiz Delgado y Alejandro Linares Cantillo, quien la

preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos proferidos en primera instancia por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el cuatro (4) de agosto de dos mil dieciséis (2016) y en segunda instancia por la Sala de casación Penal de la misma Corte, el diecinueve (19) de octubre de dos mil dieciséis (2016), mediante las cuales se decidió negar el amparo solicitado por el señor Raúl Avellaneda Carrillo.

I. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA DE TUTELA

1. Raúl Avellaneda Carrillo, de 84 años de edad, interpuso acción de tutela en contra del Juzgado 3° Laboral del Circuito de Bogotá y de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá por el presunto desconocimiento de sus derechos fundamentales a la vida, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad, al trabajo, a la seguridad social, al pago oportuno y completo de las mesadas pensionales y a la protección de la personas de la tercera edad. Lo anterior, en consideración a que las autoridades judiciales accionadas se negaron a reconocer a su favor la indexación de la primera mesada pensional[1].

B. HECHOS RELEVANTES

2. El señor Raúl Avellaneda Carrillo manifestó que trabajó en la Caja de Crédito Agrario, desde el 2 de julio de 1950 hasta el 28 de enero de 1954 y posteriormente, se vinculó con el Banco Popular desde el 26 de agosto de 1958 hasta el 30 de noviembre de 1966, y del 9 de enero de 1967 al 25 de abril de 1975, fecha en la que se retiró. Según el accionante, cuenta con un total 20 años y 1 mes laborados en entidades del Estado.

Conforme con lo anterior, destacó que para la época de su retiro, el promedio salarial de su último año de servicios equivalía a quince mil trescientos sesenta y un pesos (\$15.361) mensuales, lo que en salarios mínimos legales correspondía a 14.22[2].

3. El demandante informó que la pensión de jubilación se causó a partir del 9 de febrero de 1988, fecha en la que cumplió 55 años de edad, razón por la cual, el Banco Popular expidió la Resolución 0041, pero por un valor de once mil quinientos veinte pesos (\$11.520), suma que al ser inferior al salario mínimo mensual de dicha época (1988), fue elevada al valor de catorce mil ciento dieciséis pesos (\$14.116)[3].

4. Inconforme con tal decisión, el señor Avellaneda Carrillo elevó petición ante al Banco Popular, en la que, de una parte, le solicitó a tal entidad, que al ser ese su último lugar de trabajo, se hiciera cargo de la cuota parte pensional que correspondía al tiempo laborado en la Caja de Crédito Agrario y repitiera en contra de ésta por ese dinero, acorde con lo previsto por la Ley 33 de 1985 y de otro lado, procediera a la reliquidación de la primera mesada pensional, de acuerdo con el IPC certificado por el DANE y a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993. Sin embargo, el Banco Popular no accedió a dicha petición.

5. El ciudadano Raúl Avellaneda Carrillo instauró demanda ordinaria laboral contra el Banco Popular solicitando la reliquidación de la primera mesada pensional. El conocimiento de dicha demanda le correspondió, en primera instancia, al Juzgado 3° Laboral del Circuito de Bogotá, quien mediante sentencia del 22 de febrero de 2007, con sustento en una providencia de la

Sala de Casación Laboral del 18 de agosto de 2009, dispuso que no existía una norma legal que obligara al demandado a indexar dicha mesada, pues la Ley 33 de 1985, regulación con base en la cual el actor adquirió su derecho pensional, no contaba con la actualización de la mesada prevista en la Ley 100 de 1993.

Inconforme con la anterior decisión, el señor Avellaneda Carrillo interpuso recurso de apelación.

6. Al resolver el mencionado recurso, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, mediante sentencia del 21 de noviembre de 2008, confirmó la decisión del a-quo asegurando que la indexación de la primera mesada pensional es un beneficio al que sólo pueden acceder las personas a las que se les haya reconocido la pensión en vigencia de la Ley 100 de 1993, de acuerdo con lo dispuesto por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia[4].

7. No obstante, el actor aseguró que la Corte Constitucional en la sentencia C-067 de 1999 ordenó la actualización de la base salarial para aquellos sectores de la población que no contaban con dicho mecanismo y las sentencias C-862 y C-891A, ambas de 2006, establecieron nuevos criterios para la actualización de las pensiones legales causadas a partir de la vigencia de la Constitución de 1991.

8. Asimismo, afirmó que la sentencia proferida el 16 de abril de 2013, con radicado 47709 es un nuevo hecho, dado que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia dispuso que la indexación es admisible para las pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991.

9. Aseveró que para el momento en el que se adoptaron las decisiones de primera y segunda instancia, la posición de la Corte Suprema de Justicia no era favorable “(...) lo que hizo que el demandante considerara inútil esta última instancia y por tal razón no utilizó el recurso extraordinario de casación, a pesar de considerar injusto tal procedimiento. Pero hoy ante los nuevos hechos, la Corte dispuso recoger su anterior jurisprudencia, y surge con ello una luz de esperanza a través del mecanismo de la tutela[5]”.

10. Pidió que se tuviera en cuenta la sentencia de tutela No. 16438 del 27 de noviembre de 2015, mediante la cual la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia resolvió un caso similar al presente. En esa oportunidad se precisó que la inflación es un fenómeno económico que afecta a todos los habitantes y que se evidencia en la devaluación que sufre la moneda. De ahí que todas las personas que gozan de una pensión tengan el derecho al reajuste de la mesada, sin importar la naturaleza de la prestación o el momento en que se causó.

11. Teniendo en cuenta lo anterior, el actor solicitó la tutela de sus derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital, a la seguridad social y a la igualdad, y, en consecuencia, pidió que se revocaran los fallos proferidos el 22 de febrero de 2007, por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Bogotá, y el 21 de noviembre de 2008 por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá.

C. RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS Y DE LAS DEMÁS PARTES E INTERVINIENTES

12. Mediante auto del 25 de julio de 2016, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia notificó la demanda de tutela a las autoridades judiciales accionadas[6], al Banco Popular[7], a la Caja de Crédito Industrial y Minero – Caja Agraria en Liquidación[8] y a la Fiduprevisora[9].

13. El 28 de julio de 2008, se dispuso la liquidación de Caja Agraria, razón por la cual nació a la vida jurídica el Patrimonio Autónomo de Remanentes de la Caja Agraria en Liquidación (PAR), producto de la celebración del contrato de fiducia mercantil No. 3-1-0217, suscrito entre la hoy extinta Caja Agraria y la Fiduciaria La Previsora S.A. – Fiduprevisora S.A., cuyo propósito es la “administración, seguimiento y pago de contingencias pasivas litigiosas que se hagan exigibles, administración y pago de gastos finales de la liquidación, incluyendo el pasivo cierto no reclamado de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero en Liquidación y para la administración, representación y venta de inversiones de la Caja Crédito Agrario, industrial y minero en Liquidación, en con concordancia con lo previsto en el Capítulo X, Título Primero del Libro Segundo del Código de Comercio y el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y demás normas”.

En concordancia con lo anterior, señaló que no puede ser considerado como subrogatario o sucesor de la extinta Caja Agraria, ni destinatario de sus derechos y obligaciones, por cuanto la constitución de éste no obedeció a un cambio de razón social. Los derechos, obligaciones y finalidad que se derivan del contrato de fiducia se encuentran definidos en él y en la ley (artículo 1233 del Código de Comercio) y no pueden ser cambiados por la sociedad fiduciaria, ni por terceros.

13.1. Respecto de la petición y de las relaciones jurídicas de carácter sustancial que dieron origen a la presente acción de tutela, el PAR manifestó que tiene la condición de tercero y además carece de competencia para satisfacer las pretensiones del accionante.

Adujo que de acuerdo con el expediente de inactivos que obra en el PAR, el señor Raúl

Avellaneda Carrillo solicitó al Banco Popular el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación. El 12 de octubre de 1988, el Banco remitió a la Caja Agraria la resolución mediante la cual le reconoció al señor Avellaneda Carrillo la pensión de jubilación, por cuanto había prestado sus servicios al Estado por un lapso superior a 20 años y tenía 55 años al momento de la solicitud, es decir, que cumplía con la edad requerida para obtener dicha prestación económica.

En ese momento la Caja Agraria revisó la resolución proferida por el Banco Popular de acuerdo a las normas aplicables al caso concreto y, mediante oficio No. 046977 del 18 de octubre de 1988, aceptó la cuota parte pensional asignada. El Banco Popular a través de la Resolución No. 00044 del 18 de noviembre de 1988, le reconoció al señor Raúl Avellaneda Carrillo la pensión de jubilación a partir del 09 de febrero de 1988.

Indicó que en el mencionado expediente se evidencian constancias de cobro por parte del Banco Popular, así como los pagos correspondientes a la cuota parte realizados por la extinta Caja Agraria, siendo el último de estos del 25 de febrero de 1997.

13.2. De otro lado, señaló que la Ley 490 de 1998 “Por la cual se transformó la Caja Nacional de Previsión Social de Establecimiento Público en Empresa Industrial y Comercial del Estado” adoptó, entre otras, disposiciones encaminadas a disminuir la carga administrativa y presupuestal de las entidades públicas del orden nacional respecto de las cuotas partes. En ese sentido, el inciso 4° del artículo 4° de la mencionada ley dispone:

“Las entidades públicas del orden nacional, que de acuerdo con lo establecido en las respectivas normas, estén obligadas a concurrir con el pago de las pensiones causadas con anterioridad al primero de abril de 1994, suprimirán las obligaciones recíprocas que por concepto de cuotas partes hayan asumido, efectuando en sus estados financieros los registros contables correspondientes. Las obligaciones pensionales causadas a partir de tal

fecha, se financiarán además de los recursos previstos en la ley, con el bono pensional o cuota parte que para el efecto deberá expedir la entidad que esté en la obligación de concurrir en el pago de la respectiva pensión, o la que haga sus veces, emitido a favor de la entidad encargada del pago de dicha prestación”.

En el mismo sentido, afirmó que el Decreto 1404 de 1999, que reglamentó la Ley 490 de 1998, en el artículo 4° se estableció:

“ARTICULO 4o. Para efectos de suprimir las obligaciones recíprocas que existan entre entidades del orden nacional por concepto de cuotas partes por pensiones, causadas con anterioridad al 1o. de abril de 1994, dichas entidades procederán así:

a) Eliminarán las obligaciones que existían por pagar y a favor de entidades públicas del orden nacional por concepto de pensiones causadas antes del 1o de

abril de 1994, para lo cual procederán con base en la información contable presentada a la Contaduría General de la Nación con corte al 31 de diciembre de 1998;

b) Eliminarán los derechos que existían por cobrar a otras entidades públicas del orden nacional por concepto de las pensiones causadas antes del 1o. de abril de 1994, para lo cual procederán con base en la información contable presentada a la Contaduría General de la Nación con corte al 31 de diciembre de 1998.

El efecto de las supresiones a que se refieren los ordinales anteriores deberá revelarse en notas a los estados contables al 30 de septiembre de 1999, en las cuales igualmente deberán discriminarse las cuotas partes por concepto de pensiones causadas con posterioridad al 1o. de abril de 1994.

En lo sucesivo no se registrarán en la contabilidad de las entidades públicas del orden nacional, obligaciones o derechos por concepto de cuotas partes por pensiones causadas con anterioridad al 1o. de abril de 1994, a favor o a cargo de otras entidades públicas del orden nacional. Por consiguiente, corresponderá a la entidad que reconoció la pensión asumir la totalidad del pasivo correspondiente”. (Subrayado fuera de texto y realizado por el PAR).

En cumplimiento de las normas antes descritas, la extinta Caja Agraria suprimió las obligaciones reciprocas de cuotas partes pensionales reconocidas antes del 1° de abril de 1994, entre las cuales se encontraba la del señor Avellaneda Carrillo, bajo el entendido de que le “(...) corresponderá a la entidad que reconoció la pensión asumir la totalidad del pasivo correspondiente[11]”.

Asimismo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 8º del Decreto 255 de 2000, adicionado por el artículo 1º del Decreto 2721 de 2008, a la Fiduprevisora como vocera del PAR le fue encargada la función de administrar las cuotas partes pensionales de la extinta Caja Agraria reconocidas con anterioridad a la fecha de traslado al Fondo del Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, es decir, antes del 26 de septiembre de 2008. Sin embargo, el titular de ese pasivo pensional es el Ministerio del Trabajo y el pago de esas cuotas pensionales depende del consorcio FOPEP.

En este orden de ideas, la Fiduprevisora, actuando como administradora del PAR, antes de aprobar el pago de una cuota parte ante el consorcio FOPEP, debe revisar que se cumplan los requisitos legales aplicables a cada caso (Decreto 1848 de 1969, Decreto 2921 de 1948, Ley 33 de 1985, Ley 100 de 1993, etc) y además, con lo dispuesto en la Circular 069 de 2008 del Ministerio de la Protección Social y de Hacienda y Crédito Público. Al respecto, la mencionada circular en el numeral 2º reza:

“2. Cuentas de cobro y sus requisitos:

Una vez aceptada la cuota parte pensional o acaecido el silencio administrativo positivo, se debe presentar la cuenta de cobro ante la entidad respectiva, cuenta que debe venir debidamente diligenciada y con el lleno de los requisitos establecidos por la ley, así:

a) Que las cuotas partes que se cobran no se hayan suprimido de conformidad con la Ley 490 de 1998 y Decreto 1404 de 1999;

(...)”. (Subrayado fuera de texto y realizado por el PAR).

A su vez, el artículo 78 de la Ley 1753 de 2015 “Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018” establece:

“Artículo 78. Supresión de cuotas partes pensionales. Las entidades públicas del orden nacional que formen parte del Presupuesto General de la Nación, cualquiera sea su naturaleza, y Colpensiones, suprimirán las obligaciones por concepto de cuotas partes pensionales. Esta posibilidad aplicará tanto para las cuotas causadas como a las que a futuro se causen. Para el efecto, las entidades harán el reconocimiento contable y la respectiva anotación en los estados financieros.

Lo dispuesto en el inciso anterior también aplicará a las entidades que al primero de abril de 1994 tuvieran la calidad de entidades del orden nacional

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), procederá en el mismo sentido en relación con las obligaciones por cuotas partes pensionales que haya reconocido a partir del momento en que asumió la

función de reconocimiento pensional de entidades del orden nacional liquidadas o en liquidación, que sean financiadas con recursos del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional (FOPEP)".

13.3. Acorde con lo anterior, consideró que el PAR no puede autorizar el pago de una cuota parte que haya sido suprimida en aplicación de la Ley 490 de 1998 y de su decreto reglamentario. Concluyó, asegurando, que en el presente asunto se evidencia una falta de legitimación en la causa por pasiva y que, por tanto, la entidad encargada de la prestación económica reclamada a través de la interposición de la tutela por parte del ciudadano Raúl Avellaneda Carrillo es el Banco Popular.

Banco Popular[12]

14. El Banco Popular solicitó que la acción de tutela sea rechazada por improcedente, por cuanto el actor lo que pretende es que se dejen sin efectos las sentencias que se encuentran en firme y fueron proferidas dentro del proceso ordinario laboral, en el que se absolvió al Banco Popular de reconocer y pagar la reliquidación de la primera mesada pensional. Dicha pretensión desconoce la jurisprudencia constitucional que afirma que la acción de tutela no puede ser utilizada como una instancia adicional o paralela a las establecidas en los procedimientos ordinarios, en la que se pretenda debatir, corregir deficiencias o suplantar recursos que no fueron interpuestos en la oportunidad procesal correspondiente.

Manifestó que en el caso concreto, se evidencia que el señor Raúl Avellaneda Carrillo interpuso demanda ordinaria en contra del Banco Popular solicitando la indexación de la primera mesada pensional. El conocimiento de dicho proceso, en primera instancia, le correspondió al Juzgado 3° Laboral del Circuito de Bogotá, quien mediante sentencia del 22 de febrero de 2007, negó la pretensión. En segunda instancia, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a través de providencia del 21 de noviembre de 2008, confirmó la

decisión del a-quo indicando que por tratarse de una prestación anterior a la Constitución de 1991 no procede la indexación.

14.1. Señaló el Banco Popular que el actor no interpuso el recurso de casación, conducta que debe ser entendida como una muestra de conformidad frente a lo decidido. A su vez, la pretensión de la acción de tutela consiste en obtener un monto pensional mayor, situación que involucra derechos de carácter económico los cuales ya fueron definidos dentro del proceso ordinario laboral. Respecto de las sentencias atacadas se evidencia que los jueces fallaron de acuerdo a criterios definidos y que éstas no vulneran derechos fundamentales, ni el debido proceso del accionante.

14.2. Aseguró que la tesis de cambio de jurisprudencia expuesta por el actor no está llamada a prosperar, por cuanto una sentencia posterior no puede anular un fallo que fue proferido en cumplimiento de los requisitos legales y constitucionales y de acuerdo con la jurisprudencia vigente en ese momento. Al respecto, indicó que se puede consultar la sentencia T-819 de 2009.

No se puede afirmar que el Banco ha vulnerado los derechos fundamentales del actor, por cuanto le reconoció la pensión de jubilación, no en los términos solicitados por éste, pero sí de acuerdo a una interpretación jurídica que se encuentra ajustada a las normas legales que regulan la materia y a la Constitución, mientras que lo pretendido por el señor Raúl Avellaneda Carrillo atenta contra la seguridad jurídica y la cosa juzgada.

14.3. De otra parte, adujo que las sentencias objeto de reproche no incurrieron en defecto alguno que permita asegurar que se configuró una vía de hecho o se atentó contra los derechos fundamentales del actor y, mucho menos, cuando por parte de éste se evidencia una falta de cuidado o una actitud negligente al no presentar el recurso extraordinario de casación, lo cual invalida el ejercicio de la tutela, debido a que no cumple con el requisito de

subsidiariedad. La acción de tutela se caracteriza por ser residual, subsidiaria y sumaria, ello implica que no fue prevista para reemplazar las acciones judiciales y los recursos con que cuentan las personas (naturales o jurídicas) para hacer valer sus derechos y tampoco puede ser considerada como un mecanismo de defensa ante el cual se pueda acudir en cualquier momento.

El hecho de que la Corte se haya pronunciado respecto de la forma en que debe liquidarse la indexación de la primera mesada pensional, no desvirtúa las características de la tutela, pues en este caso el debate principal es en torno a la procedencia de ésta acción y no de la actualización monetaria. A su vez, no es posible constatar la existencia de un perjuicio irremediable, debido a que, el señor Raúl Avellaneda Carrillo está percibiendo la pensión de jubilación reconocida por el Banco Popular y con la cual puede satisfacer sus necesidades básicas y su mínimo vital se encuentra satisfecho.

14.4. De acuerdo con lo previsto en las sentencias T-200 de 2004, C-590 de 2005 y T-070 de 2007, para que proceda la tutela contra una providencia judicial es necesario la configuración de alguna de las causales genéricas de procedibilidad de la acción. En el presente caso no se cumple con lo anterior, puesto que las sentencias reprochadas fueron proferidas de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, no cometieron ningún error grosero y respetaron los derechos del accionante.

En cuanto al requisito de inmediatez, el Banco señaló que han transcurrido 6 años y 7 meses desde la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia en la que se decidió el recurso de apelación presentado por el demandante ante el Tribunal Superior de Bogotá, por lo tanto, no se cumple con dicho presupuesto.

14.5. Finalmente concluyó que: (i) no existe vía de hecho; (ii) no se han violado los derechos fundamentales del actor y, (iii) las decisiones están debidamente fundamentadas. En

consecuencia pidió que se declare improcedente el amparo solicitado. No obstante lo anterior y, en el evento en el que se acceda a la reliquidación de la pensión, solicitó descontar los valores ya cancelados y aplicar la respectiva prescripción. Adicionalmente solicitó que se le ordene al Patrimonio Autónomo Fiduciario La Previsora S.A., aceptar la reliquidación de la cuota parte respectiva.

Autoridades judiciales accionadas

15. El Juzgado 3° Laboral del Circuito de Bogotá y la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá guardaron silencio.

D. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

Primera instancia: Sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el 4 de agosto de 2016.

16. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia negó el amparo solicitado. La anterior decisión se fundamentó en que la acción de tutela es procedente cuando el titular ha agotado todos los mecanismos ordinarios y extraordinarios que el legislador ha puesto a su disposición en cada etapa procesal. Es así que cuando la tutela se dirige contra irregularidades cometidas por autoridades judiciales, es necesario que hayan sido previamente alegadas y puestas en conocimiento de los jueces naturales.

Se evidencia que en el caso particular, el accionante contaba con el recurso extraordinario de casación para controvertir la sentencia proferida el 21 de noviembre de 2008, por el Tribunal

Superior de Bogotá, el cual era procedente en los términos del artículo 88 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, dada la cuantía y las pretensiones de la demanda. Es decir, que el tutelante en el escenario idóneo y ante la autoridad competente no hizo uso de las herramientas procesales que tenía a su alcance para discutir las discrepancias aludidas, lo que le impide usar la acción de tutela para corregir la apatía que demostró en el proceso ordinario laboral y para revivir términos y oportunidades procesales que intencionalmente pasó por alto.

En cuanto al requisito de inmediatez, aseguró que éste se encuentra satisfecho cuando el interesado acude a la acción de tutela dentro de un término prudente y razonable entre el momento en el que se produce la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales y la interposición de este mecanismo constitucional. La Corte Suprema de Justicia, y en particular la Sala Laboral, ha considerado que el término razonable y prudente es de máximo 6 meses.

En el presente caso no se cumple con la circunstancia mencionada, debido a que las sentencias atacadas datan del 22 de febrero de 2007 y del 21 de noviembre de 2008 y la interposición de la tutela se hizo el 22 de julio de 2016, es decir, que han transcurrido más de 7 años, lo que hace improcedente la acción de tutela[13].

Impugnación: presentada por Raúl Avellaneda Carrillo a través de apoderado[14]

17. El actor reiteró los argumentos manifestados en la demanda de tutela y, en particular, señaló que la disminución de los ingresos del pensionado viola el derecho fundamental a la vida en condiciones dignas.

18. Confirmó la decisión del a-quo. Aseguró que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la inmediatez es un requisito sine qua non para la procedencia de la acción de tutela, de tal manera que su incumplimiento impide el estudio de los demás aspectos de procedibilidad.

Tal como fue señalado por la Sala de Casación Laboral, el presente caso no cumple con el requisito de inmediatez, toda vez que la acción de tutela fue interpuesta después de más de 7 años de haber sido proferida la sentencia de segunda instancia en el proceso ordinario laboral y sin que haya una justificación respecto de la extemporaneidad. Más aún, “(...) cuando el presupuesto legal sobreviviente para atacar la intangibilidad de la cosa juzgada, el cambio de jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral respecto del tema abordado en las sentencias censuradas, ocurrió hace más de 3 años, pues el mismo actor dijo que mediante sentencia del 16 de abril de 2013, radicado 47709, se estableció precedente reconocer la indexación pensional frente a las pensiones reconocidas con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991”[15]. Aunque no existe un término establecido para acudir a la acción de tutela, ello no implica que se pueda hacer en cualquier tiempo con el pretexto que se trata de la vulneración de derechos fundamentales, pues esto desconoce la cosa juzgada y genera inestabilidad jurídica.

Sumado a lo anterior, se tiene que el actor no agotó todos los mecanismos judiciales que tenía a su alcance, pues si este pretendía atacar lo decidido en segunda instancia en desarrollo del proceso ordinario laboral, para ello contaba con el recurso extraordinario de casación al cual no acudió. Teniendo en cuenta que el Constituyente no le otorgó a la acción de tutela el carácter de tercera instancia o de mecanismo alternativo o paralelo a los procedimientos ordinarios de defensa judicial, este mecanismo no está llamado a prosperar.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

A. COMPETENCIA

19. La Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones judiciales mencionadas, con base en la Constitución Política -artículos 86 y 241.9- y lo desarrollado en el Decreto 2591 de 1991 -artículos 31 a 36-, así como en virtud del Auto del 25 de noviembre de 2016, expedido por la Sala de Selección de Tutela Número Once de esta Corte, que decidió someter a revisión las decisiones adoptadas por los jueces de instancia.

B. CUESTIONES PREVIAS -PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

20. La acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario, razón por la cual una vez que el juez constitucional verifique los requisitos de procedencia relativos a (a) la legitimación por activa y por pasiva, (b) la inmediatez y (c) a la subsidiariedad, podrá definir si la misma procede excepcionalmente como mecanismo de protección definitivo: (i) cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, o (ii) cuando existiendo, ese medio carece de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales, en las circunstancias del caso concreto. O si procede como mecanismo transitorio, cuando se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable a un derecho fundamental. En el evento de proceder como mecanismo transitorio, el amparo se extenderá hasta tanto se produzca una decisión definitiva por parte del juez ordinario[16].

21. Sin perjuicio de lo anterior, esta Corte también ha sostenido, por regla general, que la acción de tutela no es procedente contra providencias judiciales, en aras de no afectar los principios de cosa juzgada, la autonomía judicial y la seguridad jurídica. No obstante, ha reconocido la existencia de algunos eventos en los que procede excepcionalmente la acción de tutela, debido a la vulneración de garantías constitucionales y, en esa medida, ha identificado una serie de requisitos genéricos y específicos para que el amparo constitucional

proceda contra una decisión tomada por un juez dentro de un proceso, con el fin de remediar la violación del debido proceso y así velar por la protección de la Constitución.

22. Así las cosas, al analizar la procedencia de una acción de tutela contra providencia judicial no basta verificar que ésta cumpla con todos los presupuestos generales, pues adicionalmente su procedencia está supeditada al acatamiento de las exigencias generales y al menos una de las especiales, que la sentencia C-590 de 2005 estableció para la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. Dicha providencia caracterizó las exigencias procedimentales y sustanciales que, en cada caso en particular, deben acreditar las acciones de tutela que sean interpuestas contra providencias judiciales, con la finalidad de evitar que a través del amparo constitucional se busque revivir debates que ya fueron zanjados por las autoridades judiciales. Las exigencias generales son las siguientes:

“(i) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Para la Corte, el juez constitucional no puede estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones.

“(ii) Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios-, de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.

“(iii) Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.

“(iv) Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un

efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora.

“(v) Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible.

“(vi) Que no se trate de sentencias de tutela.”

Procedencia de la acción de tutela –Caso concreto-

Requisitos de procedencia general de la acción de tutela

23. Legitimación por activa: La acción de tutela fue interpuesta por el señor Raúl Avellaneda Carrillo quien se considera afectado por las decisiones judiciales que se produjeron con ocasión de la demanda que interpuso. Lo anterior encuentra su fundamento constitucional en el artículo 86 de la Carta, el cual establece que toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentren amenazados, podrá interponer acción de tutela en nombre propio o a través de un representante que actúe en su nombre. Se encuentra demostrada la legitimación en la causa por activa.

24. Legitimación por pasiva: La acción de tutela se dirige contra la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá y el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Bogotá, autoridades públicas que pertenecen a la Rama Judicial del poder público[17].

25. Inmediatez: La Sala observa que la providencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, es de fecha 21 de noviembre de 2008 y la presente acción de tutela fue interpuesta el 20 de julio de 2016, lapso que, en principio, resulta excesivo. Sin embargo, la Corte Constitucional mediante la sentencia SU-637 de 2016, al analizar la acción de tutela interpuesta en el 2015 por un señor que a través de un proceso laboral ordinario culminado en el 2004 le solicitó al Banco Popular el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional, señaló que la “jurisprudencia constitucional ha establecido en repetidas oportunidades que en el caso de reclamaciones tendientes al reconocimiento de prestaciones pensionales el requisito de inmediatez adquiere un matiz especial por cuanto la vulneración puede extenderse en el tiempo, dado el carácter periódico de este tipo de prestaciones”.

En este orden de ideas, debe entenderse que el presente caso cumple con este requisito de inmediatez, puesto que la mesada pensional es una obligación de tracto sucesivo y, por su periodicidad, se ha considerado que el daño es continuo y permanente, lo que implica que la vulneración ha podido mantenerse en el transcurso del tiempo, esto es, desde el 2008 hasta el momento en el que se presentó la acción de la referencia.

Requisitos de procedencia general de la acción de tutela contra providencia judicial

26. Relevancia constitucional: Se trata de un caso de relevancia constitucional, en tanto se debe examinar si las autoridades judiciales demandadas vulneraron el derecho fundamental al debido proceso del accionante, debido a que las decisiones judiciales le negaron la indexación de la primera mesada pensional.

27. Agotamiento de todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial: Este requisito se deriva del carácter excepcional, preferente y sumario que tiene la acción de

tutela, el cual le impone al ciudadano la obligación de acudir a todos los mecanismos judiciales antes de acudir al juez constitucional[18].

Así, la acción de tutela no es una instancia adicional dentro de un proceso judicial, ya que existen etapas procesales dispuestas para que las partes agoten los recursos que tengan a su disposición, a fin de discutir la existencia del derecho que se esté debatiendo. No obstante, esta Corporación también ha reconocido que existen casos en los que, pese a agotarse todas las herramientas de defensa, los errores judiciales atentatorios de la Constitución no son corregidos y, por tanto, la tutela se vuelve procedente.

Descendiendo al caso concreto, es posible establecer que el señor Raúl Avellaneda Carrillo presentó demanda laboral contra el Banco Popular pretendiendo la indexación de la primera mesada pensional. En primera instancia, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 22 de febrero de 2007, absolvió a la entidad accionada de reconocer y pagar el reajuste pensional solicitado, razón por la cual el actor interpuso recurso de apelación ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, la cual confirmó la decisión de primera instancia en providencia del 21 de noviembre de 2008, y en ese sentido consideró que se trata de una pensión de orden legal reconocida con anterioridad a la Constitución de 1991 -18 de noviembre de 1988- y, por tanto, no procedía la indexación de la primera mesada pensional. Contra este último fallo el accionante contaba con el recurso extraordinario de casación, según lo dispuesto en el artículo 88 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social[19], que establece:

“Artículo 88. Plazo para interponer el recurso. El recurso de casación podrá interponerse de palabra en el acto de la notificación, o por escrito dentro de los cinco días siguientes. Interpuesto de palabra, en la audiencia, allí mismo se decidirá si se otorga o se deniega. Si se interpone por escrito se concederá o denegará dentro de los dos días siguientes. Al conceder el recurso, se ordenará la inmediata remisión de los autos al Tribunal Supremo”.

Sin embargo, el actor en la demanda de tutela manifestó que no acudió a la casación dado que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia de dicho momento era desfavorable a sus intereses. Al respecto, la Sala considera pertinente revisar las sentencias proferidas por la Sala Plena de la Corte Constitucional en materia de indexación de la primera mesada pensional y así determinar cuál ha sido su posición respecto del requisito de subsidiariedad en este tipo de eventos.

27.1. La Sala Plena de la Corte Constitucional en varias oportunidades se ha pronunciado sobre la indexación de la primera mesada pensional. Así ha ocurrido en las sentencias SU-120 de 2003, SU-1073 de 2012, SU-131 de 2013, SU-415 de 2015, SU-542 de 2016 y SU-637 de 2016, las cuales tienen en común haberse ocupado de acciones de tutela presentadas en contra de providencias judiciales.

La Sala constata que en todos los casos alguna de las partes, ya sea el demandante o la parte accionada, después de agotar las diferentes etapas del proceso ordinario laboral, en el que la pretensión principal del solicitante era obtener el derecho a mantener el poder adquisitivo de la moneda, se interpuso el recurso extraordinario de casación, excepto en la sentencia SU-1073 de 2012, que analizó 17 casos de los cuales sólo en 2 de ellos (T-2.951.504 y T-3.101.669) no se cumplió con la interposición de dicho requisito.

La Sala Plena al referirse a los expedientes T-2.951.504 y T-3.101.669, manifestó que pese a que en estos casos no se agotó el recurso extraordinario de casación y, que por lo tanto, podría considerarse que no se cumplía con el requisito de subsidiariedad, podían considerarse procedentes las acciones de tutela dado que sólo desde el año 2009 la Corte Suprema de Justicia reconoció el derecho a la indexación de forma amplia. Al respecto manifestó:

“[E]n los casos de indexación de la primera mesada pensional, resultaba excesivo el

agotamiento de dicho recurso para los casos fallados con anterioridad al cambio de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. En efecto, sólo desde el año 2009 esta Corporación reconoció el derecho a la indexación de forma amplia, para las pensiones legales, las pensiones convencionales y la pensión sanción”.

Teniendo en cuenta lo anterior y que en el presente caso la sentencia proferida en segunda instancia por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá data del 21 de noviembre de 2008, es decir, cuando aún la Corte Suprema de Justicia no había reconocido de manera amplia el derecho a la indexación de la primera mesada pensional, la Sala declarará procedente la acción de tutela.

28. Identificación razonable de los hechos y derechos vulnerados: En la demanda de tutela, la parte actora identificó de manera razonable tanto los hechos que a su juicio generaron la vulneración, como los derechos vulnerados, en la medida en que señaló una vulneración al debido proceso y al mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones que radica en la violación directa de postulados contenidos en la Constitución Política de 1991.

29. Que no se trate de sentencia de tutela: resulta probado en el expediente que las sentencias contra las que se dirige la acción de tutela, fueron proferidas en el marco de un proceso ordinario laboral, y no se refiere a una sentencia de tutela.

Una vez verificado el cumplimiento de los requisitos genéricos de procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales, la Sala Plena pasará a estudiar el defecto por violación directa de la Constitución.

C. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO, MÉTODO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN

30. Acorde con los fundamentos fácticos expuestos, le corresponde a la Sala determinar si el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Bogotá y la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá vulneraron los derechos a la indexación de la primera mesada pensional, a mantener el poder adquisitivo de las mesadas pensionales y al debido proceso de Raúl Avellaneda Carrillo, al negar la indexación de la mesada pensional, argumentando que la misma no se aplica a pensiones causadas con anterioridad a la Constitución Política de 1991.

Para responder el problema planteado, se analizarán los siguientes temas: (i) defecto por violación directa de la Constitución; (ii) el precedente referente al derecho a mantener el poder adquisitivo de las pensiones y la indexación de la primera mesada pensional; (iii) la universalidad del mandato de la indexación de la primera mesada pensional y su aplicación a todas las modalidades pensionales; (iv) el término de prescripción para ordenar la indexación de la primera mesada pensional a pensiones causadas con anterioridad a la Constitución Política de 1991, y (v) la forma en que debe solucionarse el caso concreto.

D. DEFECTO POR VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN

31. La causal específica por violación directa de la Constitución se deriva del deber que le asiste a todas las autoridades de velar por el cumplimiento del mandato consagrado en el artículo 4º de la Carta Política, según el cual “la Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

31.1. Al respecto, la sentencia T-094 de 2013 manifestó que “la supremacía de la Constitución dentro del sistema de fuentes determina que los operadores jurídicos, cuando quiera que se enfrenten a una norma legal o reglamentaria incompatible con una norma

constitucional, deban siempre preferir la aplicación de esta última”. Conforme a ello “[c]uando las autoridades hacen prevalecer la Constitución como lo ordena el artículo 4 de la misma, evitan que sus mandatos sean modificados por normas de inferior jerarquía expedidos por funcionarios que no tienen competencias para ello (...)”. En consecuencia “[l]os diversos mecanismos de control constitucional establecidos en nuestro ordenamiento, aun cuando con efectos distintos, están signados por el principio general de supremacía constitucional”. [20]

31.2. La Corte Constitucional se ha referido a violación directa de la Constitución indicando:

“Esta Corte, en su jurisprudencia, ha establecido que existen tres supuestos que pueden configurar este defecto en una providencia: (i) cuando se deja de aplicar una disposición constitucional en el caso; (ii) cuando la interpretación que realiza el juez de la norma en el caso concreto es abiertamente inconstitucional (...) y, (iii) cuando el operador judicial omite hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad, prevista para garantizar la supremacía constitucional, siempre que así haya sido solicitando dentro del proceso (...). Lo anterior se fundamenta, en el principio de supremacía constitucional, en tanto esta última contiene principios y mandatos que son de aplicación directa por parte de cualquier autoridad, incluyendo a los operadores judiciales dentro de sus providencias (...), normas jurídicas que no pueden desconocer que la norma de normas” [21].

E. EL PRECEDENTE REFERENTE AL DERECHO PARA MANTENER EL PODER ADQUISITIVO DE LAS PENSIONES Y LA INDEXACIÓN DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

32. La Corte Constitucional, al referirse a la indexación de la primera mesada pensional, ha establecido que cuando una autoridad judicial niega ese derecho alegando el carácter preconstitucional de la prestación, incurre en un defecto por violación directa de la Carta

Política, específicamente, de los artículos 48 y 53 que consagran expresamente el derecho a mantener el poder adquisitivo de las pensiones[22]. Por consiguiente, la indexación de la primera mesada pensional es concebida como un instrumento que busca hacer frente al fenómeno de la inflación, el cual produce la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. Asimismo, la actualización periódica de dicha prestación económica es un mecanismo para garantizar el derecho al mínimo vital de las personas de la tercera edad, pues de lo contrario, la pérdida del poder adquisitivo les impediría satisfacer sus necesidades. Por tal razón, la indexación de la pensión es una medida concreta a favor de los pensionados, que por regla general, son adultos mayores, es decir, sujetos de especial protección constitucional[23].

32.1. La sentencia SU-1073 de 2012[24] realizó un recuento normativo y jurisprudencial en relación con la figura de la indexación de la primera mesada pensional. Allí se determinó que, en un primer momento, el artículo 261 del Código Sustantivo del Trabajo estableció la congelación del salario base para el cómputo de la pensión de jubilación, lo que impedía tener en cuenta las modificaciones de salario posteriores. Esta disposición fue derogada por la Ley 171 de 1961.

32.2. En un segundo momento, el legislador a través de las Leyes 10 de 1972[25], 4ª de 1976[26] y 71 de 1988 dispuso el reajuste anual de las pensiones, de conformidad con el incremento del salario mínimo. Por ejemplo, el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, estableció que a los congresistas les aumentará la mesada en el mismo porcentaje del salario mínimo.

32.3. Posteriormente, la Constitución Política de 1991 estableció la garantía de mantener el poder adquisitivo de las pensiones. Este mandato se encuentra contenido especialmente en los artículos 48 y 53 de la Carta. En el primero de ellos, el Constituyente dispuso una obligación perentoria al legislador al consagrar que la “ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante”. Por su parte, el artículo 53 establece que el “Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales”, disposiciones que orientan el artículo 14 de la Ley 100

de 1993, que consagró expresamente el derecho al mantenimiento del poder adquisitivo de este tipo de prestaciones.

32.4 Por su parte, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde 1982 hasta el 18 de agosto de 1999, acogió la fórmula de indexación de la primera mesada pensional, como mecanismo para garantizar el poder adquisitivo ante el fenómeno de la inflación. Sin embargo, esta posición no era unánime y por ello, en sentencia del 8 de abril de 1991, anterior a la Constitución vigente, unificó la postura e indicó que la indexación era un factor o modalidad del daño emergente y que debía incluirse para que la obligación fuera completa.

32.5. Pese a lo anterior, la Sala Laboral de la Corte Suprema en providencia del 18 de agosto de 1999 cambió su precedente y señaló que la indexación de la primera mesada pensional, procedía solo en los casos en los que el legislador lo había previsto, es decir, para las pensiones causadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es a partir del 1º de abril de 1994. La Sala Plena de la Corte Constitucional a través de la sentencia SU-120 de 2003[27], estableció que el cambio de jurisprudencia constituía una vía de hecho por desconocimiento de los principios constitucionales que rigen las relaciones laborales y ordenó proferir una nueva decisión.

32.6. En consideración a la jurisprudencia de esta Corte, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia aceptó nuevamente la tesis de la indexación de la primera mesada pensional, pero solo para pensiones reconocidas después de la expedición de la Constitución de 1991.

33. La Sala Plena de la Corte Constitucional mediante la sentencia SU-1073 de 2012[28] concluyó que “desde el año 1982, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia elaboró y reiteró su posición respecto a la procedencia de la indexación de la primera mesada pensional como un derecho de los trabajadores basado en la justicia, en la equidad y en los principios del derecho laboral. En este sentido, sólo hasta el año de 1999 se produce un cambio de jurisprudencia, y por tanto, aunque, como se desarrollará más adelante, la

Constitución de 1991 eleva a rango constitucional el derecho a la indexación de la mesada pensional, antes de la expedición de la Carta, la jurisprudencia ya la había reconocido”.

34. Ahora bien, la sentencia SU-131 de 2013[29] resumió las razones fijadas en la sentencia SU-1073 de 2012[30] que permiten sostener que el derecho a la indexación de la primera mesada pensional se predica de aquellas prestaciones reconocidas con posterioridad a la Constitución de 1991 y de las personas que causaron el derecho con anterioridad a la Constitución Política de 1991 pero cuyo acto de reconocimiento se hizo de forma posterior. Estas son:

“(…) a. La indexación de la primera mesada pensional era reconocida por la Corte Suprema antes de la expedición de la Constitución de 1991. Es decir, aunque es a partir de 1991 que se constitucionaliza el derecho a que las pensiones mantengan su poder adquisitivo, la Corte Suprema de Justicia ya había reconocido la procedencia de la indexación, de tal suerte que este derecho no nace con la Constitución, sino que es anterior a ella.

“b. La indexación de la primera mesada pensional se fundamenta en preceptos constitucionales que irradian situaciones jurídicas consolidadas, incluso bajo el amparo de la Constitución anterior. Si bien, es a partir de 1991 que existe un derecho consagrado expresamente, a mantener el poder adquisitivo de la pensión, al establecer si resulta procedente o no aplicarlo a situaciones jurídicas consolidadas antes de su vigencia, se debe imponer el principio in dubio pro operario, que indica que lo más favorable, es mantener el poder adquisitivo de la pensión. Dicha interpretación permite:

- i. Proteger el derecho al mínimo vital de las personas de la tercera edad.
- ii. Garantizar que los pensionados reciban una pensión acorde al

esfuerzo realizado en su etapa productiva.

iii. Dar un tratamiento igual, porque todos los pensionados se ven afectados por la pérdida del poder adquisitivo del dinero.

“Además, de acuerdo con la sentencia SU-1073 de 2012, los anteriores preceptos irradian situaciones jurídicas anteriores a la Constitución de 1991, porque los principios y garantías en ella contenidos, son aplicables a situaciones jurídicas que, aunque se consolidaron antes de su vigencia, se proyectan con posterioridad.

“c. La jurisprudencia ha predicado el carácter universal de la indexación de la primera mesada pensional. Lo anterior porque no existe ninguna razón constitucionalmente válida para predicar el derecho a la actualización de la primera mesada solo de algunos pensionados, cuando todos están en la misma situación. Hacerlo, por el contrario, constituye un trato discriminatorio”.

35. Conforme a lo señalado esta Corte en la sentencia SU-1073 de 2012, en adición al reconocimiento del derecho de aquellos que adquirieron sus derechos pensionales con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, concluyó además que a partir de la Constitución de 1991, todos los pensionados tienen derecho a la indexación de su primera mesada, garantía que adquiere rango constitucional, al estar contenida especialmente en los artículos 48 y 53 de la Carta. Esta posición fue reiterada por la Sala Plena de la Corte Constitucional en las sentencias SU-131 de 2013[31] y SU-415 de 2015[32].

36. Asimismo, la sentencia T-220 de 2014, estudió el caso de un ciudadano que interpuso acción de tutela en contra de las autoridades judiciales que decidieron desfavorablemente el proceso ordinario laboral iniciado en contra del ISS, a través del cual pretendía la indexación

de su primera mesada pensional. En su concepto, las autoridades judiciales incurrieron en un defecto sustantivo por violación directa de la Constitución, toda vez que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido clara en señalar que inclusive las prestaciones causadas con anterioridad a la Carta del 91 tienen que ser actualizadas, como desarrollo de los principios de igualdad y favorabilidad. En esta providencia se concedió el amparo solicitado y se concluyó que las autoridades demandadas infringieron el mencionado defecto, con la consecuente vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, al mantenimiento del poder adquisitivo y al mínimo vital. De igual manera, la Sala Primera de Revisión, mediante la sentencia T-887 de 2014, analizó casos similares al anterior en los que reiteró la posición anterior.

F. UNIVERSALIDAD DEL MANDATO DE INDEXACIÓN DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL Y SU APLICACIÓN A TODOS LOS TIPOS DE PENSIONES. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

37. La jurisprudencia constitucional ha reiterado que la actualización de la mesada pensional aplica a todas las pensiones, esto es, a la pensión de vejez, invalidez y sobrevivientes, así como a sus beneficiarios sin hacer distinción alguna entre las pensiones causadas (i) con anterioridad a la Constitución, (ii) con posterioridad a la Constitución y antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y (iii) después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, puesto que el fenómeno de la inflación y de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda afecta a todos los tipos de pensiones por igual.

En este sentido, la sentencia SU-1073 de 2012[33] manifestó:

“No existe ninguna razón constitucionalmente válida para sostener que el derecho a la actualización de la mesada pensional sea predicable exclusivamente a determinadas categorías de pensionados, cuando todos se encuentran en la misma situación y todos se ven afectados en su mínimo vital por la depreciación monetaria.

Por el contrario, la jurisprudencia constitucional ha señalado expresamente que éste es un derecho de carácter universal que debe ser garantizado a todos los pensionados. De lo contrario, se produciría una grave vulneración del derecho a la igualdad que constituye un trato discriminatorio.

En términos de la Sentencia C-862 de 2006 “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.”

Cabe señalar, además, que esta providencia dejó sentado el carácter universal del derecho y dijo expresamente que no resultaba posible hacer distinciones relacionadas con tránsitos normativos”.

38. De la misma forma, la sentencia SU-131 de 2013[34] reiteró las razones expuestas por la Sala Plena mediante la sentencia SU-1073 de 2012[35], y estableció que el derecho a la indexación de la primera mesada pensional, no solo se predica de aquellas prestaciones reconocidas con posterioridad a la Constitución de 1991, sino que todos los pensionados tienen derecho a la actualización de la base salarial.

Esta postura, fue nuevamente reiterada en la sentencia SU-415 de 2015 en la que se expresó “(...) que todos los beneficiarios del sistema pensional deben ser protegidos de las consecuencias negativas del fenómeno inflacionario, incluso quienes causaron su derecho antes de entrar en vigor la Constitución Política de 1991”. Sostuvo además que “[e]n desarrollo del principio de universalidad que irradia al sistema de seguridad social (art. 48. CP) no es viable efectuar distinciones injustificadas entre pensionados con base en el tiempo en el cual se perfeccionó su derecho (...) mucho menos tratándose de prestaciones periódicas que producen efectos bajo el marco constitucional actual (...)”.

39. En efecto, teniendo en cuenta lo anterior, las diferentes Salas de Revisión de manera pacífica han reiterado los precedentes citados[36].

G. EL TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN PARA ORDENAR LA INDEXACIÓN DE LA PRIMERA MESADA A PENSIONES RECONOCIDAS CON ANTERIORIDAD A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 Y CON POSTERIORIDAD A LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

40. Como ya se precisó, el derecho a la indexación cubre todas las pensiones y, en consecuencia, una vez nacido este derecho, el mismo es imprescriptible. Sin embargo, las prestaciones de tracto sucesivo que se generan, es decir, las mesadas pensionales o los pagos periódicos derivados de tal derecho, están sometidos al fenómeno de la prescripción. Al respecto, esta Corporación ha indicado lo siguiente:

“Para esta Corte es claro que prescriben los reajustes indexados de las mensualidades a los que eventualmente el reclamante tuvo derecho pero sobre las cuales no se ejerció la acción oportuna, mas nunca prescribe el derecho a indexar la primera mesada pensional como tal. En otras palabras, prescriben las mesadas indexadas, pero no el derecho”[37].

40.1. La Sala Plena de esta Corporación, en la sentencia SU-1073 de 2012[38], estableció que la prescripción de las mesadas pensionales a indexar, causadas antes de la Constitución Política de 1991, debía proceder respecto de aquellas comprendidas en los tres (3) años anteriores al momento en que se profirió el fallo respectivo, esto es, desde el 12 de diciembre 2012, puesto que sólo “(...) desde la fecha hay certeza sobre la exigibilidad de la indexación y la obligación de las autoridades de efectuar su reconocimiento”.

40.2. En segundo lugar, si se contara el término de prescripción desde el momento en que se reclama la indexación, “[...] 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 último, porque “[...] se encuentra en concordancia con el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo que señala que (...) Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto”.[39]

41. Dicha regla fue matizada por las sentencias SU-131 de 2013[40] y SU-415 de 2015[41], en las que se dispuso que a “una persona cuyo derecho pensional fue causado con anterioridad a la Constitución Política de 1991, le fuera reconocido el valor de la mesada indexada, comprendidos en los tres años anteriores, contados a partir de la fecha de esta sentencia”. Según la Corte “[t]al determinación se tomó con base en lo sostenido en la SU-1073 de 2012 sobre el derecho a la indexación de prestaciones causadas antes de la Constitución Política de 1991 y la forma de contabilizar el término de prescripción”. Conforme indicó la Corte “la garantía de indexación de la primera mesada pensional de prestaciones causadas antes de la Constitución de 1991 se extiende retroactivamente para todas las mesadas no prescritas, causadas durante los tres (3) años anteriores a la fecha de expedición del fallo que estudia el caso actual, conforme a lo reglado en las sentencias de unificación de jurisprudencia SU-1073 de 2012 y SU-131 de 2013”[42]. En ese sentido, según se precisó, la prescripción de las mesadas pensionales de aquellas personas que causaron el derecho antes de la Constitución de 1991, se cuenta a partir de la sentencia que declara la existencia del respectivo derecho y no desde el 12 de diciembre de 2012, como se había indicado con anterioridad. Así fue reiterado en la sentencia SU-168 de 2017[43] al señalar que “(...) es a partir de la sentencia que resuelve el caso particular que se contabiliza el término de prescripción para las reclamaciones de las mesadas pensionales indexadas de todos aquellos que adquirieron su derecho antes de 1991, pues sólo desde ese momento se tiene certeza de la existencia del derecho”.

42. En síntesis, esta garantía del derecho a la indexación se refiere a pensiones causadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, y se extiende a las mesadas no prescritas, comprendidas en los tres (3) años anteriores al fallo que estudia el respectivo asunto, esto es, desde la sentencia que resuelve el caso particular[44].

En lo que se refiere a personas que adquirieron el reconocimiento de su derecho pensional con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, mediante Auto No. 111 de 2016[45], se indicó que el ámbito de aplicación de la prescripción a la que hace referencia la sentencia SU-1073 de 2012, correspondía de forma exclusiva a personas que adquirieron su reconocimiento a la pensión con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 y, por consiguiente, aquellos que adquieran su derecho pensional con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, para efectos de prescripción, deberán acceder al marco legal y jurisprudencial aplicable para pensiones causadas con posterioridad a la expedición de la Constitución de 1991[46].

H. SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO

43. Después de haber determinado que la acción de tutela, presentada por el señor Raúl Avellaneda Carrillo, cumple con los requisitos de procedibilidad, es necesario analizar si el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá y la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a través de las providencias cuestionadas, incurrieron en un defecto específico que haga procedente la acción de tutela contra providencias judiciales.

En el presente caso es necesario reiterar que el mandato de conservar el poder adquisitivo de las pensiones se deriva de la misma Constitución. El inciso tercero del artículo 53 constitucional dispone que el Estado “(...) garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales”. Mientras que, por su parte, el inciso 4º del artículo 48 indica que la ley deberá definir los medios para que los recursos destinados a las pensiones

mantengan su poder adquisitivo constante.

44. Las circunstancias normativas descritas implican que, en los términos de la Sala Plena de la Corporación, cuando una autoridad judicial niega el derecho a la indexación de la primera mesada pensional “(...) alegando el carácter preconstitucional de la prestación, se incurre en un defecto por violación directa de la Carta Política”[47]. La primacía de la Constitución Política de 1991 impone que su aplicación se dé incluso respecto de prestaciones que, pese a haber tenido su origen antes de ella, son irradiadas por la norma fundamental al punto de modificar, en este caso, la liquidación de una prestación pensional. Lo contrario, llevaría a aceptar el argumento de que pueden existir, en vigencia de esta norma, relaciones jurídicas por fuera del imperio de la Constitución y de su supremacía material.

Con mayor razón, si la pensión de vejez se ha concebido como una garantía que busca solventar el mínimo vital de aquellas personas que por llegar a cierta edad no pueden satisfacer por sí solas sus necesidades básicas y las de su núcleo familiar. Así, al descender al estudio del caso concreto se advierte que, según resolución del Banco Popular, al señor Raúl Avellaneda Carrillo -de 84 años de edad- se le reconoció una pensión mensual vitalicia equivalente a veinticinco mil seiscientos treinta y siete pesos (\$25.537) y que no obstante haber acudido a la jurisdicción ordinaria laboral -en vigencia de la Constitución-, se le negó su derecho a la indexación de la primera mesada pensional por las autoridades judiciales accionadas. En consecuencia, se advierte que, en el presente caso, las providencias cuestionadas incurrieron en el defecto específico por violación de la Constitución, como se pasa a explicar.

Dejar de aplicar la Constitución es, sin lugar a dudas, una violación al debido proceso, que en el presente caso se materializa en el desconocimiento de los mandatos de la propia Carta que obligaban a los jueces a indexar la primera mesada pensional. En efecto, como así se dispuso en la sentencia T-082 de 2017[48], en estos casos además de la vulneración del debido proceso, se produce una afectación al mínimo vital y a la seguridad social.

45. Frente a las sentencias que hoy son objeto de reproche constitucional, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá basó su decisión de no indexar la primera mesada pensional en una providencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que, para ese momento, disponía que esta circunstancia sólo era aplicable cuando una ley, como la Ley 100 de 1993, así lo disponía:

“(…) La obligación surgida a la luz del derecho es la indicada en la ley, esto es, la mesada pensional, para cuyo cálculo el legislador dispuso, de manera expresa, factores matemáticos precisos. No existe, pues, vacío legal alguno al respecto y, por lo mismo, no le cabe al juzgador apartarse de lo preceptuado en las normas vigentes, según cada caso, por cuanto sería asumir una conducta contraria a su claro tenor literal, so pretexto de decidir en equidad que, valga decirlo, sigue siendo criterio auxiliar en la resolución de los conflictos. No existe, en consecuencia, laguna legal que llenar con los principios generales del derecho, y tanto es ello así, que desde la década del sesenta se dispusieron mecanismos para conjurar el deterioro real de las pensiones, hasta llegarse a la actualización anual con base en el deterioro real de las pensiones, hasta llegarse a la actualización anual con base en el salario mínimo legal, en la Ley 71 de 1988, mejorada con la fórmula consagrada en la Ley 100 de 1993.

(…)

A su vez, la sentencia del veintiuno (21) de noviembre de dos mil ocho (2008), que resolvió en segunda instancia la apelación contra la decisión del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, consideró que en el caso del accionante, por tratarse de una pensión de orden legal y en razón a la fecha de su reconocimiento “(…) esto es, con antelación a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, es claro para la Sala que no procede la

indexación del valor de la primera pensional, razón por la cual se deberá confirmar la decisión del a quo"[50].

45.1. Los anteriores argumentos, en los cuales se sustentaron las decisiones cuestionadas desconocen el carácter normativo de la Constitución. En primer lugar, contrario a lo expuesto por el Juzgado Tercero Laboral de Bogotá al retomar la providencia de la Corte Suprema de Justicia, la realidad es que a los jueces les era imperativo ordenar la indexación de las mesadas pensionales, pese a no existir una disposición legal que así lo indicara, puesto que la Carta así lo ordenó en los artículos 48 y 53. Decidir en este sentido, no implica recurrir a la equidad, sino darle plena efectividad al mandato contenido en el artículo 4º, esto es, que la Ley fundamental es norma de normas.

En segundo lugar, aceptar que la indexación de la primera mesada pensional solo se debe aplicar a las pensiones que hubieren sido reconocidas en vigencia de la Constitución es discriminatorio con aquellas personas que trabajaron y consolidaron su derecho antes de su promulgación, a quienes también se les debe garantizar que reciban una pensión acorde al esfuerzo realizado en su etapa productiva. En los términos de esta Corporación, la universalidad del mandato iusfundamental de indexación de la primera mesada pensional implica que ella sea reconocida también a esta última población, quien se ve enfrentada, de igual manera, a la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Y en todo caso, ante la duda de aplicar dicho mandato –por vía de ejemplo, por la inexistencia de una regulación de orden legal- se debía, en virtud del principio de favorabilidad, darle plena efectividad a la Carta Política y en ese sentido, al mantenimiento adquisitivo de las mesadas pensionales. Con mayor razón, si para el momento en que las instancias conocieron del proceso ordinario iniciado por el señor Raúl Avellaneda Carrillo, ya se había proferido la sentencia SU-120 de 2003[51], que dio criterios muy claros acerca de la necesidad de aplicar, en estos casos, de forma directa la Constitución:

“En suma, al decidir sobre la procedencia de indexar la primera mesada pensional, los jueces no pueden desconocer la necesidad de mantener el equilibrio en las relaciones de trabajo y el valor adquisitivo de las pensiones como lo indican los artículos 53 y 230 de la Carta Política. Y tampoco pueden apartarse del querer legislador, para quien ha sido una preocupación constante regular el monto y la oportunidad de los reajustes pensionales”.

Además, la Corte se había referido a esta circunstancia en la sentencia C-862 de 2006[52], en la cual se estudió una demanda que cuestionaba unas disposiciones preconstitucionales por desconocer la pérdida del poder adquisitivo de la moneda en relación con las pensiones. Esta providencia le permitió a esta Corporación concluir:

“(…) 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 un 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”.

45.2. En consecuencia, los jueces ordinarios debieron indexar la primera mesada pensional

del actor. Por ende, esta Corporación en la parte resolutive de la providencia ordenará dejar sin efecto las decisiones de las autoridades judiciales accionadas, dado que incurrieron en un defecto por violación directa de la Constitución, como se expuso en esta providencia.

Asimismo, se ordenará al Banco Popular que dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de la presente providencia, proceda a indexar la primera mesada pensional del señor Raúl Avellaneda Carrillo en los términos establecidos por la jurisprudencia constitucional.

Cabe aclarar, que el reajuste resultante se aplicará hacia el futuro y, retroactivamente, a las mesadas en relación con las cuales no hubiese operado el fenómeno de la prescripción, es decir, aquellas causadas durante los tres (3) años anteriores a la fecha de expedición de esta sentencia, de conformidad con la regla establecida en la jurisprudencia constitucional para las pensiones causadas antes de la vigencia de la Constitución Política de 1991.

45.3. A efectos de amparar los derechos del accionante, esta Sala de Revisión adoptará el mismo tipo de órdenes acogidas en las sentencias SU-1073 de 2012 y SU-637 de 2016 que utilizaron la fórmula empleada por la Corte Constitucional en sentencia T-098 de 2005, comoquiera que en esa oportunidad, como en la presente providencia, se analizó el caso de una persona -entre otras- a la que su último empleador le reconoció la pensión de jubilación antes de la Constitución Política de 1991 por un valor inferior al salario mínimo mensual de la época en que se pensionó, y con ocasión a ello acudió a la jurisdicción laboral ordinaria en busca del reconocimiento de la indexación de su primera mesada pensional, pero tal pretensión le fue negada.

H. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

46. Le correspondió a la Sala Tercera de Revisión examinar el caso de un señor de 84 años de edad, al que el Banco Popular le reconoció la pensión en el año de 1988 acorde con la Ley 33 de 1985. No obstante, luego de solicitar a tal entidad la indexación de la mesada pensional ésta se negó, al considerar que ese reajuste sólo se aplicaba a las mesadas pensionales causadas con posterioridad a la Constitución de 1991, dado que era una garantía además reconocida a través de la Ley 100 de 1993. El accionante acudió a la jurisdicción laboral a efectos de que le fuera reconocida dicha indexación, obteniendo decisiones desfavorables en las dos instancias ante las que se tramitó el proceso

Como resultado de las sub-reglas jurisprudenciales analizadas en la parte motiva de esta providencia, observa la Sala lo siguiente:

a) Según la jurisprudencia de la Sala Plena, procede la acción de tutela en los casos de indexación de la primera mesada pensional fallados ante la jurisdicción ordinaria antes del año 2009, aun cuando no hubiesen agotado el recurso extraordinario de casación en el trámite ordinario, dado que la Corte Suprema de Justicia solo hasta ese año, reconoció el derecho a la indexación para las pensiones legales, convencionales y pensión sanción causadas con anterioridad a la Constitución de 1991.

b) No incumplen el requisito de inmediatez las acciones de tutela que pretenden amparar un derecho pensional, pese a que haya transcurrido un tiempo prolongado para su interposición, pues la mesada pensional es una obligación de tracto sucesivo y por su periodicidad, se ha considerado que el daño es continuo y permanente, lo que implica que, cuando exista vulneración, ésta se mantiene en el transcurso del tiempo.

c) El defecto por violación directa de la Constitución se configura cuando: (i) el juez ordinario toma una decisión que desconoce directamente una o varias disposiciones constitucionales; (ii) la autoridad competente deja de aplicar la denominada excepción de

inconstitucionalidad; o (iii) se realiza una interpretación de un precepto que es inconstitucional.

d) El derecho a la indexación de la primera mesada pensional no solo se predica de aquellas prestaciones reconocidas con posterioridad a la Constitución de 1991, sino que todos los pensionados tienen derecho a ello, es decir, que tal prerrogativa cobija incluso a las pensiones causadas con anterioridad a la entrada en vigencia de Carta y se extiende a las mesadas no prescritas, comprendidas en los tres (3) años anteriores al fallo que estudia el respectivo caso.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR las sentencias proferidas el 4 de agosto de 2016 y el 19 de octubre de 2016, por la Sala de Casación Laboral y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, respectivamente, y en su lugar AMPARAR los derechos fundamentales al debido proceso, al mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones y al mínimo vital del accionante.

SEGUNDO. DEJAR SIN EFECTO las siguientes providencias: (i) sentencia del veintiuno (21) de noviembre de dos mil ocho (2008) proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y (ii) la providencia del veintidós (22) de febrero de dos mil siete (2007) emitida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se denegó la pretensión de indexación dentro del proceso laboral ordinario presentado por Raúl Avellaneda Carrillo contra el Banco Popular S.A.

TERCERO. ORDENAR Al Banco Popular que dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de esta providencia, (i) indexe la primera mesada pensional de Raúl Avellaneda Carrillo de conformidad con lo establecido en la jurisprudencia constitucional, especialmente en las sentencias SU-1073 de 2012 y SU-637 de 2016, que utilizaron la fórmula empleada por la Corte Constitucional en sentencia T-098 de 2005; y (ii) pague el retroactivo de las mesadas pensionales que no estén prescritas, causadas durante los tres (3) años anteriores a la fecha de notificación de esta sentencia, de conformidad con la regla establecida en la jurisprudencia constitucional para las pensiones causadas antes de la vigencia de la Constitución Política de 1991.

TERCERO. Por Secretaría, líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

A LA SENTENCIA T-179A/17

Referencia: Expediente T-5.865.008

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, a continuación, presento las razones que me conducen a aclarar el voto en la Sentencia T-179A de 2017, adoptada por la mayoría de la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, en sesión del 24 de marzo de ese mismo año.

Si bien comparto la decisión y las medidas adoptadas en ella, disiento del análisis de subsidiaridad e inmediatez. Acompaño la decisión en vista del deber de acatar la posición de la Sala Plena sobre el particular, pero expondré algunas preocupaciones en relación con esa postura . Además, considero que la orden de indexación emitida al Banco Popular debió fundamentarse.

1. La Sentencia T-179A de 2017 fue proferida para resolver la solicitud de amparo de Raúl Avellaneda Carrillo, persona de 84 años. Trabajó para el Banco Popular hasta 1975, para cuando devengaba 14.22 salarios mínimos. En 1988 el Banco Popular le reconoció una pensión liquidada por un valor inferior al salario mínimo de entonces, al que fue equiparada su mesada. Le pidió al Banco la reliquidación de la prestación, para que la ajustara al IPC, pero este no accedió. Entonces acudió al juez laboral para reclamar la indexación de su

primera mesada.

El 22 de febrero de 2007, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá negó las pretensiones al no encontrar una norma que obligue al Banco Popular a la indexación pues la Ley 33 de 1985, que le era aplicable, no la contempló. El 21 de noviembre de 2008, el Tribunal Superior de Bogotá confirmó esa decisión, al advertir que se trataba de un beneficio para pensiones reconocidas durante la vigencia de la Ley 100 de 1993, según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Según el accionante, sobre esa materia la Corte Constitucional había proferido decisiones que avalan sus pretensiones, en las sentencias C-067 de 1999, C-862 y C-891A de 2006. Asimismo, el actor afirma que no acudió a la casación porque la posición de la Corte Suprema era unívoca y desfavorable a sus intereses, lo que implicaba que hacerlo fuera inútil. Afirmó que la postura de este último Alto Tribunal cambió el 16 de abril de 2013, cuando admitió la posibilidad de indexación para las pensiones causadas antes de 1991. Además, en noviembre de 2015 esa misma Corte concluyó que la pérdida de valor adquisitivo es un fenómeno que afecta a todas las mesadas, de modo que cualquier pensión debe ser indexada. Para el actor estas dos decisiones constituyen hechos nuevos.

Ante su ocurrencia, el accionante formuló esta acción para lograr la protección a sus derechos al mínimo vital, seguridad social e igualdad y, en consecuencia, que el juez de tutela deje sin efectos los fallos que le fueron desfavorables.

2. El 4 de agosto de 2016, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia negó el amparo debido a que no se había agotado el recurso extraordinario de casación. El actor impugnó la decisión bajo el argumento de que la pérdida de valor adquisitivo de su ingreso pensional aún viola su derecho a la vida digna.

El 19 de octubre de 2016, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó esa providencia. Resaltó que no se observó el principio de inmediatez y no hay justificación para la demora del actor, incluso al contabilizar la interposición de la acción desde el momento en que tuvieron lugar los hechos nuevos alegados. Encontró que tampoco estaba satisfecho el requisito de subsidiariedad.

3. En relación con esta situación, la Sala Tercera de Revisión analizó si “el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Bogotá y la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá vulneraron los derechos a la indexación de la primera mesada pensional, a mantener el poder adquisitivo de las mesadas pensionales y al debido proceso de Raúl Avellaneda Carrillo, al negar la indexación de la mesada pensional, argumentando que la misma no se aplica a pensiones causadas con anterioridad a la Constitución Política de 1991.”

Para determinarlo, en forma preliminar, analizó la procedencia de la acción de tutela. Sobre los requisitos en los que se basó la decisión negativa de las instancias, encontró que el amparo es viable. Si bien fue interpuesto siete años después de proferidas las decisiones judiciales, versa sobre una obligación de tracto sucesivo. En relación con la subsidiariedad, destacó que la Sentencia SU-1073 de 2012 estimó procedentes dos acciones de tutela contra sentencias que no habían sido sometidas al recurso extraordinario de casación, pues la Corte Suprema de Justicia reconoció el derecho a la indexación solo a partir de 2009, por lo que la exigencia de interponer ese recurso resulta excesiva antes de ese momento.

Respecto del fondo del asunto, la Sala concluyó que cuando un juez niega el derecho a la indexación de la primera mesada pensional, como quiera que es un mandato superior, incurre en un defecto por desconocimiento directo de la Constitución. En este asunto, además de la lesión al debido proceso, encontró que resultaron afectados los derechos al mínimo vital y a la seguridad social del actor. Para protegerlos, revocó las decisiones de

tutela, dejó sin efectos los fallos proferidos en el proceso laboral ordinario y le ordenó al Banco Popular (i) indexar la primera mesada pensional a partir de la fórmula empleada por la Corte Constitucional en sentencia T-098 de 2005, replicada en las sentencias SU-1073 de 2012 y SU-637 de 2016; y (ii) pagar el retroactivo de las mesadas no prescritas.

4. Aunque comparto la decisión, al estar soportada en el criterio de la Sala Plena de esta Corporación, disiento de algunos planteamientos que soportan el cumplimiento de los requisitos de inmediatez y subsidiariedad. Además, considero que era necesario fundamentar la emisión de una orden a cargo del Banco Popular.

Primero. Las conclusiones de la sentencia en relación con el requisito de inmediatez desde el punto de vista de la cosa juzgada y la seguridad jurídica

5. Sobre el requisito de inmediatez, la Sala Tercera de Revisión consideró que, aunque la interposición de la acción tuvo lugar 7 años después de proferida la sentencia que se cuestiona, el proceso ordinario en el cual fue proferida estaba orientado al reconocimiento de la indexación de una prestación pensional. Por ende, la vulneración se extiende en el tiempo, de conformidad con la sentencia SU-637 de 2016 y su afectación resulta permanente.

6. En los asuntos que abordan el derecho a la indexación de la primera mesada, a través de varias decisiones de unificación, la Corte ha reconocido que cuando las tutelas contra sentencias que niegan una prestación continua la lesión permanece actual, no es estrictamente necesaria la valoración del requisito de inmediatez.

6.1. La Sentencia SU-1073 de 2012[53] analizó 17 casos en los que se debatía si el derecho a la indexación, reconocido en las sentencias C-862[54] y C-891A de 2006[55], era aplicable a

las pensiones causadas antes de la expedición de la Constitución de 1991. Para examinar la inmediatez, hizo dos apreciaciones. De un lado, destacó que el derecho a la indexación era imprescriptible y, a partir de ahí, concluyó que la vulneración era actual. De otro lado, sostuvo que con la iniciación de los procesos ordinarios se buscó un reconocimiento adicional sobre una prestación periódica, por lo que el daño es continuo en el tiempo. Resolvió sobre esa base y se abstuvo de analizar el requisito en cada uno de los casos concretos.

6.2. La Sentencia SU-131 de 2013[56] en la que también se debatió la indexación de la primera mesada de una pensión preconstitucional, tuvo por satisfecho el requisito de inmediatez con sujeción a la sentencia anterior, sin aludir a las particularidades del caso concreto.

En lo que concierne al principio de inmediatez, esa decisión concluyó la satisfacción del requisito con fundamento en la edad del accionante y en la duración del debate en el proceso ordinario. Agregó que la imprescriptibilidad del derecho a la indexación implica que en esos casos se infiera que la vulneración “siempre es actual”, por lo que no aplica el presupuesto de la inmediatez[58].

6.4. La Sentencia SU-542 de 2016[59] analizó el caso de una mujer que alegó ser de la tercera edad. En 1992, del Banco Popular le reconoció una pensión a su esposo. Solicitó la indexación de la primera mesada, pero le fue negada, por lo que acudió al juez ordinario laboral que desestimó su pretensión, tanto en primera como en segunda instancia; esta última decisión fue controvertida a través del recurso extraordinario de casación. Un año después su esposo murió.

La Corte Suprema de Justicia resolvió no casar la negativa del Tribunal, mediante sentencia

del 14 de agosto de 2017. El 20 de octubre de 2014, cerca de siete años después, la accionante acudió al amparo para reclamar que se dejara sin efecto esa decisión. Alegó que la emisión de la sentencia de la Sala de Casación Laboral del 16 de abril de 2013 representó un hecho nuevo que la habilitó para interponer la acción.

La Sala de Revisión abordó el principio de inmediatez y al hacerlo, acudió a la línea jurisprudencial en la materia, según la cual “la vulneración que se presente en relación con la salvaguarda del poder adquisitivo de las mesadas siempre es actual. Por tanto, dijo que en casos como este no aplica el presupuesto de inmediatez porque se supone que la no actualización monetaria de las mesadas afecta día a día el derecho al mínimo vital de los interesados”[60].

6.5. Por su parte, la Sentencia SU-637 de 2016[61] definió el caso de una persona de 70 años, que demostró dificultades socioeconómicas. Por mandato judicial se le reconoció la pensión en 2002, pero inconforme con su monto, impugnó la decisión para reclamar un ajuste en su tasación. La segunda instancia confirmó la providencia en sentencia del 10 de abril de 2003 y la Corte Suprema de Justicia resolvió no casar esa decisión a través del fallo del 27 de julio de 2004. El 17 de septiembre de 2015, once años después, formuló la acción de tutela. Esta sentencia encontró que dicho término de interposición de la acción era razonable porque la afectación es continua y actual, en los términos fijados por el precedente[62].

6.6. En relación con las sentencias referenciadas, se puede identificar una línea jurisprudencial consistente. Según ella, en asuntos en los que se cuestione por vía de tutela una decisión de la jurisdicción ordinaria laboral que, en virtud del carácter preconstitucional de la pensión, no haya accedido al reconocimiento del derecho a la indexación de la primera mesada pensional, el requisito de inmediatez se asume cumplido.

No obstante, la Sentencia SU-168 de 2017[63] atendió una tutela interpuesta el 21 de septiembre de 2015, por Jorge Enrique Méndez Castañeda contra la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Respecto de la inmediatez, si bien el fallo referido empleó la línea trazada por el pleno de esta Corporación para destacar que tres años y ocho meses era un término razonable, resaltó elementos de la condición particular del actor para respaldar su postura. Señaló que (i) se había generado un hecho nuevo, consistente en el cambio jurisprudencial a su favor (Sentencia T-1073 de 2012); (ii) el interesado desplegó actividad constante para la búsqueda de la indexación, lo que evidencia la necesidad de la misma para asegurar su mínimo vital; y (iii) en 2012 sufrió un infarto que le impidió presentar la tutela inmediatamente después de acaecido el hecho nuevo referido.

6.7. En esta última decisión, la Sala Plena, si bien no se aleja de los planteamientos de la línea trazada anteriormente, metodológicamente vira hacia la apreciación de los elementos particulares del caso concreto para resolver sobre la observancia del principio de inmediatez.

7. Es mi obligación seguir el precedente y sus lineamientos en estos casos, pues el artículo 241 superior señala que la interpretación de los derechos fundamentales le corresponde a esta Corporación y es vinculante para todos operadores jurídicos[64].

Específicamente, en relación con la interpretación que surge de las providencias de unificación de esta Corte, la Sentencia C-634 de 2011[65] señaló que de ellas derivan reglas formales de derecho, en tanto “contienen las subreglas que, mediante la armonización concreta de las distintas fuentes de derecho, dirimen los conflictos sometidos al conocimiento de las autoridades judiciales y administrativas”.

Por ese motivo acompañé la presente decisión. Sin embargo, es importante plantear algunos argumentos sobre los planteamientos y los efectos que conlleva la postura de la Sala Plena respecto de la inmediatez en estos asuntos. Esto debido a que considero que la misma puede ser problemática para la naturaleza de la acción de tutela, la cosa juzgada y la seguridad jurídica, que son principios tan caros para el Estado Social de Derecho.

8. En primer lugar, es necesario destacar que la acción de tutela debe ser inmediata de conformidad con las pautas del Constituyente. Según el artículo 86 superior, es un mecanismo judicial para “la protección inmediata de [los] derechos constitucionales fundamentales”. Por ende, el análisis del requisito de inmediatez no es potestativo del juez de tutela, es una obligación constitucional. Siempre debe valorarse y para ello es necesario determinar (i) si la acción fue interpuesta en un término razonable y, cuando en principio se encuentre que no fue así, cabe analizarse (ii) si existe alguna circunstancia que justifique la tardanza en el asunto concreto. En caso de que este análisis no se lleve a cabo, se contravendría la regla constitucional mencionada.

La línea jurisprudencial referida, si bien no supone tal omisión, en tanto que en cada una de las decisiones la Sala ha abordado el tema, sí conlleva el riesgo de que los demás jueces se perciban eximidos de tal deber. Se sustenta en una visión genérica que podría vaciar de contenido el requisito de inmediatez en el asunto concreto. Ha supuesto una premisa conforme la cual se ha derivado que la afectación a los derechos reivindicados es continua, sin ninguna referencia a la situación específica del actor y con la mera alusión al compromiso del mínimo vital, por cuanto mes a mes se paga una prestación expuesta a la pérdida de valor adquisitivo del dinero. Aunque la falta de indexación es indeseable, probablemente no en todos los eventos suponga una afectación a ese derecho, pues ello depende de cada situación concreta.

9. La valoración de la inmediatez se ha convertido, en el caso analizado, en un juicio automático que sugiere que, siempre y en todos los casos en que se busque dejar sin efecto una decisión judicial que niega la indexación, este mecanismo estará habilitado y la materia será competencia del juez constitucional.

Estoy en desacuerdo con esa visión de la inmediatez, pues termina por sugerir que, el derecho a solicitar la indexación de la primera mesada pensional no solo es ilimitado en el tiempo, sino que es indefinible por parte de la jurisdicción laboral ordinaria. Cualquier decisión emitida por los jueces naturales sobre ese particular, está sujeta a la revisión perpetua del juez de tutela, que puede inspeccionarla en cualquier tiempo. Esto, sin lugar a dudas, pone en vilo la cosa juzgada y la seguridad jurídica, al impedir que las decisiones ordinarias se tornen definitivas, como es de su esencia en el sistema de administración de justicia.

10. En segundo lugar, creo que la flexibilidad de la valoración del requisito de inmediatez, acogido en la sentencia de la que me aparto, deriva de un enfoque que puede replantearse. Se concentra en el mínimo vital, cuando la tutela contra providencias judiciales gira principalmente en torno al debido proceso.

La postura de la Sala Plena a lo largo del tiempo se funda en dos argumentos. El primero, es que la indexación de la primera mesada pensional es un derecho que no prescribe, por lo que puede reclamarse en cualquier tiempo. El segundo, es que la negativa a su reconocimiento incide en la mesada pensional, que es una prestación de carácter periódico, cuya pérdida de valor adquisitivo genera una afectación continuada del derecho al mínimo vital.

11. Para clarificar, estoy de acuerdo con ambas premisas. Sin embargo, creo que no pueden aplicarse de la misma forma cuando se solicita el amparo ante la conducta de quien tiene la carga de efectuar la indexación y se niega a hacerlo, con la del juez que resuelve una Litis alrededor de ese asunto. Es decir, no es lo mismo aplicar la regla de la revisión de la decisión

de la administradora de pensiones, que cuando se pretende la valoración de una providencia judicial que pretende resolver una controversia en forma definitiva.

En este último caso un funcionario judicial autónomo, independiente y facultado para determinar en forma definitiva una controversia, emitió una decisión que se presume ajustada a derecho[66], hasta que no se compruebe que incurrió en algún defecto lesivo de los derechos de las partes, para lo cual el sistema jurídico determinó tiempos, procedimientos y condiciones.

En el primer caso, respecto al fondo de pensiones o la entidad pública, los derechos que se reivindican son los del mínimo vital y la seguridad social, de manera central. En el segundo, es el derecho al debido proceso el que concentra la atención de los jueces de tutela. La afectación continuada en el tiempo podrá predicarse en el primer evento, en la medida en que mes a mes y por virtud de esa negativa, se paga una prestación que habrá perdido su poder adquisitivo. Por el contrario, cuando se reivindica el debido proceso ante la conducta de un juez ordinario, el compromiso de aquel derecho se presenta en un único momento que coincide con el de la emisión de la sentencia, en tanto que ahí se involucra el interés del Estado de dar por terminada una controversia jurídica, económica y social. Ese hecho no se repite, por lo que la continuidad de la afectación puede parecer inconsecuente cuando se busca el amparo respecto de una providencia judicial.

En ese sentido, la afectación al debido proceso surge de la providencia judicial y data del momento en que es emitida. Ese es el momento a partir del cual es necesario contabilizar el término de interposición de la acción, a menos que exista un hecho nuevo que resulte relevante respecto de la eficacia del derecho fundamental mencionado. Sostengo que la tesis de la continuidad de la afectación no puede ser empleada en tutelas contra sentencias de un modo tan pacífico como lo propone la decisión de la que me aparto, con fundamento en la postura de la Sala Plena. A mi juicio debe replantearse esta postura para armonizar los principios en tensión, todos constitucionalmente protegidos y con el mismo valor superior.

12. Aunado a lo anterior, parecería que se asume que la misma controversia que conoció el juez ordinario es la que aborda el de tutela. Ello no puede ser ese modo, pues a este último no le está permitido usurpar las competencias y subvertir el sistema de reparto jurisdiccional del sistema jurídico. Cuando el juez ordinario analiza el derecho a la indexación de la primera mesada pensional, se ocupa de su titularidad y de su alcance en el caso concreto, pero el juez de tutela analiza si en la definición de uno y otro se lesionó el derecho al debido proceso. Se concentra en este último.

Y a pesar de que el derecho al debido proceso es indisociable de otras garantías, el debate gira en torno a él y no a las demás. En esa medida sería deseable que lo mismo ocurriera con el análisis de los requisitos formales de procedencia, como el de la inmediatez.

13. Ahora bien, el planteamiento que cuestiono se soporta en la relación que existe entre la decisión judicial y, en términos materiales, la ausencia de la indexación, la consecuente pérdida de valor adquisitivo del dinero que recibe el pensionado y su mínimo vital. A pesar de que ese nexo es innegable, a mi modo de ver, no es un argumento suficiente para entender que la afectación es continua.

La mayor parte de controversias que se debaten ante un juez ordinario, tienen repercusiones que trascienden el derecho de las partes al debido proceso. En efecto, como la Corte lo reconoció, a los jueces ordinarios también se acude para hacer efectivos los derechos fundamentales, pues ellos también se encargan de su protección[67], incluso “el primer llamado a proteger los derechos constitucionales no es el juez de tutela, sino el ordinario”[68]. En esa medida los procesos judiciales versan sobre aquellos. Así, las decisiones que se adoptan sobre el fondo de un proceso pueden tener efectos para dichas garantías.

La determinación favorable o desfavorable de las pretensiones de la demanda, genera o

reconoce una situación jurídica que puede implicar derechos fundamentales como la libertad, por ejemplo, en el caso de la jurisdicción penal. Y las definiciones que se adoptan a través de una sentencia son permanentes en el tiempo, pues lo que se espera de la decisión judicial es, precisamente, que resuelva un asunto con carácter definitivo. Sobre ese mismo asunto es imposible volver, de conformidad con el principio de la cosa juzgada.

No obstante, la visión de la que me aparto habilita a cualquier ciudadano a reabrir un debate judicial en todo momento y difumina el requisito de la inmediatez de las acciones de tutela contra providencias judiciales, cuando debiera ser valorado en forma mucho más estricta que en otros casos[69]. En ese sentido, no puedo compartir esta postura por la inquietud que me generan sus efectos, de acuerdo con los argumentos antes expuestos.

14. Para terminar este primer aspecto de mi disenso, advierto que la Sentencia SU-168 de 2017[70] (respecto de la que aclaré el voto por cuestiones similares), si bien acogió la línea que discuto, hizo variaciones en la aproximación al caso concreto, que hacen menos general la regla trazada anteriormente en materia de inmediatez.

Encontró que la acción había sido interpuesta en un término razonable, ya no solo por la regla de decisión prefijada por la Corporación, sino en virtud de la ocurrencia de un hecho nuevo, que coincidió con una disminución en el nivel de salud del actor. Alertó también sobre la condición socioeconómica del promotor del amparo, en relación con la cual encontró que la búsqueda incesante de la indexación de su mesada pensional sugería la necesidad extrema de la misma para la satisfacción del mínimo vital. Complementó el análisis de procedencia sugerido hasta entonces, con los elementos que rodeaban la situación particular del actor y así complementó la postura mantenida hasta ese momento.

Dada la existencia de esta providencia, en esta oportunidad era necesario seguir esas nuevas directrices en relación con el juicio de procedencia de la acción de tutela. No obstante, la

posición de la Sala Tercera de Revisión retomó los lineamientos anteriores y dejó de lado la técnica propuesta por la Sala Plena en esta última oportunidad. En esa medida, me aparto de la decisión adoptada, pues el método empleado para valorar la inmediatez regresa al escenario sobre el que he manifestado reparos y que habían sido parcialmente disipados por la nueva sentencia de unificación.

Segundo. El análisis de subsidiariedad pudo haber sido complementado con la protección especial a las personas de la tercera edad

15. Respecto del análisis de subsidiariedad, la sentencia en la que aclaro mi voto consideró que, aunque el interesado no había acudido al recurso extraordinario de casación, la acción satisfacía tal requisito. Indicó que las decisiones sobre la materia mostraban que, en dos oportunidades analizadas en la Sentencia T-1073 de 2012, aquel no había sido exigible, como quiera que solo desde el año 2009 la Corte Suprema de Justicia reconoció la indexación de la primera mesada pensional en forma amplia. Solo a partir de ese momento se imponía agotar tal mecanismo.

16. Lo cierto es que en el caso concreto no era exigible el agotamiento del tal recurso, en la medida en que para el momento en que el Tribunal emitió la decisión de segunda instancia, el actor era una persona de la tercera edad.

Al respecto este Tribunal ha precisado que los adultos mayores son quienes alcanzan o sobrepasan los 60 años. De ellos, solo los que superan la expectativa de vida en Colombia, fijada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), son considerados personas de la tercera edad y merecen una especial protección constitucional por los efectos del paso del tiempo[71].

Cuando una persona de la tercera edad promueve la acción de tutela, el estudio de la subsidiariedad debe ser flexible. Resulta excesivo reclamar el agotamiento de los medios judiciales de defensa pues, mientras estos se resuelven en la jurisdicción correspondiente, estadísticamente, es probable que el interesado pierda la vida y no vea restablecidos sus derechos fundamentales[72]. Esta es la denominada tesis de la vida probable.

17. En el caso concreto, para el momento de la emisión de la sentencia el actor tiene 84 años. Ello significa que para el 2008, cuando el Tribunal expidió la sentencia que se cuestiona por tutela y sobre la que se requeriría la formulación de la demanda de casación, el actor tenía 75 años.

Para el periodo 2005-2010, el DANE estimó que la esperanza de vida era de 74 años para la población colombiana, masculina y femenina, en general[73]. Por ende, en el 2008 el accionante ya había superado este rango, razón por la cual no podía esperarse que agotara ningún recurso adicional y la tutela se torna procedente.

Tercero. La decisión de ordenarle directamente al Banco Popular la indexación plantea aspectos problemáticos

“(i) indexe la primera mesada pensional de Raúl Avellaneda Carrillo de conformidad con lo establecido en la jurisprudencia constitucional, especialmente en las sentencias SU-1073 de 2012 y SU-637 de 2016, que utilizaron la fórmula empleada por la Corte Constitucional en sentencia T-098 de 2005; y (ii) pague el retroactivo de las mesadas pensionales que no estén prescritas, causadas durante los tres (3) años anteriores a la fecha de notificación de esta sentencia, de conformidad con la regla establecida en la jurisprudencia constitucional para las pensiones causadas antes de la vigencia de la Constitución Política de 1991.”

Esta medida se adoptó con base en lo ordenado en las sentencias SU-1073 de 2012, SU-637 de 2016 y T-098 de 2005. Sin embargo, la motivación al respecto se contrae a señalar sus fuentes sin ninguna referencia al caso concreto, lo cual considero que era necesario y, por ende, requeriría una fundamentación más amplia y soportada en los elementos del caso específico que se analiza.

19. Llama la atención el hecho de que, a pesar de que el asunto se concentra en la reivindicación del debido proceso, afectado por la violación directa de la Constitución en la que habrían incurrido las autoridades judiciales demandadas, la orden se haya emitido a la persona jurídica que resultó favorecida con su decisión, es decir, a una parte dentro del proceso judicial y no a la autoridad concernida en este asunto. Ello genera incluso inquietudes desde el punto de vista de la independencia y la autonomía judicial, pues excluye de la definición del caso concreto al juez natural de la causa.

En principio, es problemático que se resuelva como si se tratara de una acción de tutela contra el Banco Popular, directamente. No se dio ninguna orden relacionada con la emisión de una sentencia de reemplazo. Esto implica que hay una demanda presentada por el accionante que quedaría sin ser resuelta y es sustituida por una reliquidación, que se le confía a uno de los interesados en el proceso, el demandado, esto es el Banco Popular. Esto desconoce el derecho de acceso a la administración de justicia dado que la pretensión del actor en el proceso ordinario queda definida justamente por su contraparte.

20. Ahora, esta fórmula sí ha sido empleada anteriormente en casos en los que se cuestiona una providencia que abordó la indexación de la primera mesada. Cabe recordar sus sustentos jurisprudenciales.

18.1. La primera vez que se dispuso este tipo de remedios fue en el Auto 141B de 2004[74]. Esta decisión se emitió en relación con la Sentencia SU-120 de 2003[75].

En los asuntos acumulados, analizados en esa oportunidad por el fallo de tutela referido, la Corte Suprema de Justicia no casó las decisiones de los Tribunales que negaron el derecho a la indexación. Sin embargo, los jueces ordinarios de primera instancia sí habían accedido a las pretensiones de actualización monetaria.

La Corte Constitucional encontró que la Sala de Casación Laboral lesionó los derechos de los actores, pues la mesada pensional había perdido considerablemente su poder adquisitivo. En consecuencia, dispuso dejar sin efecto las decisiones cuestionadas y ordenó que esa Corporación, en el término de los 30 días siguientes a la notificación de la providencia, emitiera una nueva decisión en cada uno de los asuntos estudiados. A pesar de que la sede judicial accionada fue notificada de esa determinación, dispuso expresamente mantener las sentencias que esta Corporación dejó sin efecto pues, en su criterio, no constituyeron una vía de hecho.

Ante el incumplimiento de las órdenes emitidas para el restablecimiento de los derechos de los accionantes, la Corte Constitucional resolvió dejar ejecutoriadas las decisiones de primera instancia que sí se emitieron con sujeción a la Constitución, para hacer efectiva la protección. En esa medida, le ordenó a Bancafé el cumplimiento de dichas decisiones y la indexación correspondiente.

18.2. De ahí en adelante, la Corte Constitucional adoptó esa misma fórmula en otras decisiones. El objetivo era evitar que una nueva negativa de la Corte Suprema de Justicia postergue el restablecimiento de los derechos, al considerar que la actitud de ese Tribunal no había variado[76]. Sin embargo, tal posibilidad dependía de que se encontrara, cuando menos una decisión acorde a la Constitución en el proceso ordinario.

18.3. Con posterioridad la Sentencia T-805 de 2004[77] dejó sin efecto todas las decisiones emitidas en el proceso ordinario laboral objeto de análisis, incluida la de la Corte Suprema de Justicia. Encontró que, como quiera que la entidad bancaria demandada estaba en proceso liquidatorio, era urgente la indexación, de modo que la ordenó y le asignó su realización a esta última entidad.

18.4. En la Sentencia T-098 de 2005[78], la Corte tampoco encontró una decisión judicial favorable a los intereses de la parte accionante que le permitiera adoptar una estrategia semejante a la del Auto 141B de 2004. También advirtió que la intervención judicial era urgente porque la empresa demandada en el proceso ordinario se encontraba en liquidación. Con arreglo a esas dos circunstancias, optó por ordenarle directamente al banco comprometido que indexara la primera mesada del actor y, para ese efecto, fijó criterios y le suministró la fórmula matemática a aplicar, misma que ha sido empleada desde entonces para ese fin, como lo fue también en la presente sentencia.

18.5. Por último[79], conviene destacar la Sentencia SU-415 de 2015[80]. En ella se apeló a la fórmula de dictar la orden directamente a la entidad demandada en el proceso ordinario y no a los jueces, bajo tres presupuestos: la medida no es nueva, la edad del actor (70 años) supone la urgencia del restablecimiento de sus derechos y, sumado a ello, el debate en el proceso ordinario tardó más de seis años.

21. Todo lo anotado en forma sucinta hasta este punto sugiere que, por regla general, en una tutela contra providencia judicial la orden se imparte a los jueces que adoptaron el fallo cuestionado. No obstante, en casos en los que se debate la indexación de la primera mesada, el juez puede (i) declarar ejecutoriada una decisión que haya sido proferida en el proceso ordinario y que se apegue a la Constitución, ante el incumplimiento de su determinación (a) al estar dirigida a una Alta Corte y (b) en los eventos en que esta rehúsa el cumplimiento de

la medida o (c) hay elementos de juicio que indican que se abstendrá de acatarla. También puede (ii) ordenar la indexación monetaria en forma directa a la persona contra la cual se llevó a cabo el trámite ordinario, a falta de una decisión favorable y cuando el asunto sugiera la urgencia de la intervención del juez de tutela, por circunstancias como (a) la liquidación de la persona jurídica que deberá efectuar finalmente la indexación o (b) la edad del actor. Esta última vía implica el señalamiento claro y expreso de los criterios que debe seguir el sujeto pasivo de la orden de indexación para su cumplimiento, solo así se aseguran los derechos del actor.

22. Visto el asunto desde esta perspectiva, la sentencia adoptó una medida excepcional, sin sustentarla en sus consideraciones.

23. Hechas las precisiones al respecto, me corresponde señalar que acompañó la orden dictada al Banco Popular, únicamente bajo la convicción de que la edad del accionante amerita un trato especial, que era posible concretarlo y explicarlo, de conformidad con los lineamientos jurisprudenciales, con el propósito de lograr el restablecimiento oportuno de sus derechos. Además, porque pese a que no se determinó en la misma decisión la fórmula y los criterios aplicables para el cumplimiento de la orden, se dejó claro que debe ser la prevista en la Sentencia T-098 de 2005, de modo que se torna determinable.

De esta manera, expongo las razones que me conducen a aclarar el voto respecto de la Sentencia T-179A de 2017, adoptada por la Sala Tercera de Revisión.

Fecha ut supra,

Magistrada

[1][1] Cabe destacar, que a pesar de que el actor no se refirió de manera expresa a los defectos en los que incurrieron las providencias proferidas dentro del proceso ordinario, esta Sala de Revisión puede colegir del escrito de demanda, que los defectos alegados coinciden con los denominados como “violación directa de la Constitución” y “desconocimiento del precedente constitucional”, razón por la cual los estudiará de manera detallada en la parte considerativa de la presente sentencia.

[2] Folio 2 cuaderno No. 1. Información suministrada por el apoderado del accionante en el escrito de la demanda.

[3] Folio 2 cuaderno No. 1.

[4] Folios 30 a 42 del cuaderno principal. Sentencia del veintiuno (21) de noviembre de dos mil ocho (2008) proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

[5] Demanda de tutela. (Cuaderno No.1 fl. 3).

[6] Folio 5 y 6 del cuaderno No. 2.

[7] Folio 7 y 8 cuaderno No. 2.

[8] Folio 11 cuaderno No. 2.

[9] Folio 13 y 14 cuaderno No. 2.

[10] Folios 24 a 29 del cuaderno No. 2.

[11] Decreto 1404 de 1999, artículo 4°.

[12] Folios 31 a 74 del cuaderno principal.

[13] Folios 96 a 100 del cuaderno principal. Sentencia de tutela proferida por el juez de primera instancia.

[14] Impugnación. (Cuaderno No. 2 fl. 128).

[15] Sentencia de segunda instancia. (Cuaderno 3, folio 7).

[16] Acerca del perjuicio irremediable, esta Corte ha señalado que, debe reunir ciertos requisitos para que torne procedente la acción de tutela, a saber: “(i) que se trate de un hecho cierto e inminente; (ii) que las medidas a tomar deben ser urgentes; (iii) que la situación a la que se enfrenta la persona es grave; y finalmente (iv) que las actuaciones de protección han de ser impostergables.” Ver, sentencia T-896/07, entre otras.

[17] Constitución Política de Colombia, artículo 86 y el Decreto 2591 de 1991.

[18] Ver, entre otras, sentencia T-547 de 2011.

[19] Decreto-Ley 2158 de 1948.

[20] Sentencia C-600 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández.

[21] Sentencia T-455 de 2016.

[22] Constitución Política, artículo 48: “... La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante”. Artículo 53: “... El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.”

[23] Sentencias SU-1073 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y SU-131 de 2013, M.P. Alexei Julio Estrada.

[24] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[25] Artículo 3.

[26] Artículo 1.

[27] M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[28] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[29] M.P. Alexei Julio Estrada.

[30] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[31] M.P. Alexei Julio Estrada.

[32] M.P. María Victoria Calle Correa.

[33] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

[34] M.P. Alexei Julio Estrada.

[35] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[36] Sobre indexación de la mesada pensional se pueden ver las Sentencias T-206 de 2014, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; T-161 de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, T-529 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-271 de 2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-596 de 2015, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, entre otras.

[37] Corte Constitucional. Sentencia SU-168/17 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

[38] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[39] Sentencia SU-1073 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[40] M.P. Alexei Julio Estrada.

[41] M.P. María Victoria Calle Correa.

[42] Sentencia SU-415 de 2015, MP. María Victoria Calle Correa.

[43] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[45] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[46] Código Sustantivo del Trabajo, artículo 260.

[47] Corte Constitucional. Sentencia SU-415/15 (M.P. María Victoria Calle Correa).

[48] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[49] Folio 21 del cuaderno No. 1. Sentencia del Juzgado Tercero del Circuito Laboral en el que citó una providencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

[50] Folio 36 del cuaderno principal.

[51] M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[52] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[53] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[54] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[55] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[56] M.P. Alexei Julio Estrada.

[57] M.P. María Victoria Calle Correa.

[58] Como sustento de su argumento se emplearon las sentencias SU-1073 de 2012 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-1086 de 2012 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

[59] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[60] Específicamente acudió a la Sentencia SU-415 de 2015 Op. cit.

[61] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[62] Sobre el asunto de la inmediatez, consideró cumplido tal requisito porque “a pesar de que la última sentencia atacada data de 2004, la jurisprudencia constitucional ha establecido en repetidas oportunidades que en el caso de reclamaciones tendientes al reconocimiento de prestaciones pensionales el requisito de inmediatez adquiere un matiz especial por cuanto la vulneración puede extenderse en el tiempo, dado el carácter periódico de este tipo de prestaciones. Así las cosas, dado que la vulneración del derecho puede haberse mantenido desde el 2004 hasta el momento en que se presentó la tutela que se estudia (17 de septiembre de 2015), debe entenderse que la solicitud de amparo constitucional cumple con el mencionado requisito.”

[63] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[64] Sentencia C-539 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[65] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[66] Sentencia T-688 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[67] Sentencia T-041 de 2005. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[68] Sentencia T-662 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[69] Sentencias T-594 de 2008 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-410 de 2013 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla), T-206 de 2014 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla) y T-246-15 (M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez).

[70] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[71] Sentencia T-047 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo

[72] Sentencia T-431 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[73] DANE. “Indicadores Demográficos según Departamento 1985-2020” Conciliación Censal

1985-2005

https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/poblacion/seriesp85_20/IndicadoresDemograficos1985-2020.xls?phpMyAdmin=3om27vamm65hhkhrtgc8rrn2g4

[74] M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[75] M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[76] Sentencia T-045 de 2007. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[77] M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[78] M.P. Jaime Araújo Rentería.

[79] También, a primera vista, resultaría importante traer a colación la Sentencia SU-637 de 2016, en la que se concedió el amparo y revocó las decisiones judiciales, y se le ordenó al Banco Popular reconocer y actualizar el salario base para la liquidación de la primera mesada pensional con la fórmula empleada por la Corte Constitucional en la Sentencia T-098 de 2005. Sin embargo, los supuestos de hecho difieren de este asunto en la medida en que se trataba de una pensión compartida y uno de los objetivos de dicha orden es que el Banco identificara si tenía mayores unas por pagar por el carácter de la pensión.

[80] M.P. María Victoria Calle Correa.