COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia SU/637/16

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de unificación
Referencia	SU/637/16
Expediente	T-5.307.724
Fecha	2002-11-08
Sala	Sala Laboral
Magistrado ponente	LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Partes	Jesús María Vargas Reyes contra el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín y otros

Temas que titula la Corte Constitucional

- Accion De Tutela Contra Providencias Judiciales Para Indexacion De La Primera Mesada Pensional
- Indexacion De La Primera Mesada Pensional Como Derecho Constitucional De Caracter Universal
- Derecho Fundamental A La Seguridad Social Frente A La Solicitud De Indexacion De La Primera Mesada Pensional
- Defecto Sustantivo Como Causal Especifica De Procedibilidad De La Accion De Tutela Contra Providencias Judiciales
- Accion De Tutela Contra Providencias Judiciales

Resumen del caso (según la propia sentencia)

Esta Corporación ha afirmado que el derecho a la indexación de la primera mesada tiene un carácter universal y, por ende, se predica de todos los pensionados sin discriminación en razón al momento en que se causó la pensión,

Texto completo

SU637-16 Sentencia T- Sentencia SU637/16 ACCION DE TUTELA TEMERARIA- Identidad de partes, hechos y pretensiones Se incurre en temeridad en caso de que se presenten dos o más acciones de tutela que cuenten con identidad de demandante (ya sea que actúe directamente o a través de apoderado), identidad de hechos y la inexistencia de un factor que justifique la necesidad de interponer una nueva acción.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES- Reiteración de jurisprudencia sobre procedencia excepcional ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES- Requisitos generales y especiales de procedibilidad ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES PARA INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL- Procedencia excepcional INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL COMO DERECHO CONSTITUCIONAL DE CARACTER UNIVERSAL- Reiteración de jurisprudencia Esta Corporación ha afirmado que el derecho a la indexación de la primera mesada tiene un carácter universal y, por ende, se predica de todos los pensionados sin discriminación en razón al momento en que se causó la pensión, el origen de la misma (si es legal, convencional o sanción) o su naturaleza (de vejez, de invalidez, etc.).

INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL- Aplicación de garantías fundamentales a situaciones consolidadas antes de la Constitución de 1991 con efectos hacia el futuro INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL- Fórmula de cálculo INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL- Evolución

jurisprudencial y recuento normativo A la fecha, las tres jurisdicciones y sus órganos de cierre se encuentran de acuerdo en utilizar la fórmula de indexación originalmente ideada por el Consejo de Estado por considerar que proporciona mejores condiciones para los pensionados, en aplicación a los principios de equidad, justicia material y pro operario .

INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL- Fórmula adoptada por la Corte Constitucional mediante sentencia T-098 de 2005 INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL- Fórmula de cálculo establecida en sentencia SU.1073/12 DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL FRENTE A LA SOLICITUD DE INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL- Vulneración por cuanto la fórmula de indexación que le fue aplicada al accionante no permite que su mesada pensional mantenga un valor adquisitivo debidamente actualizado DEFECTO SUSTANTIVO COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES- Los jueces incurren en un defecto sustantivo cuando al aplicar una norma vigente y constitucional, ésta no es adecuada a la situación fáctica bajo estudio ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES- Procedencia por defecto sustantivo, por cuanto no se indexó la primera mesada pensional del accionante utilizando la fórmula más beneficiosa, es decir, aquella contenida en la Sentencia T-098 de 2005 Referencia: expediente T- 5.307.724 Acción de tutela interpuesta por Jesús María Vargas Reyes contra el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín – Sala Laboral, Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y el Banco Popular S.A.

Magistrado sustanciador: Luis Ernesto Vargas Silva Bogotá, D.C., diecisiete (17) de Noviembre de dos mil dieci2016 La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto Ley 2591 de 1991, profiere la siguiente SENTENCIA En el trámite de revisión de los fallos proferidos por la Salas de Casación Penal y Civil de la Corte Suprema de Justicia en primera y segunda instancia, respectivamente, dentro del trámite de la acción de tutela presentada por el señor Jesús María Vargas Reyes en contra del Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín – Sala Laboral, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y el Banco Popular S.A.

I. ANTECEDENTES 1. Hechos relevantes y acción de tutela interpuesta 1. El accionante indica que en el año 2001 interpuso demanda ordinaria laboral contra el Banco Popular S.A. con el fin de que le fuera reconocida la pensión de jubilación con la correspondiente indexación pensional, luego de haberse retirado de dicha entidad en enero de 1993. Con fallo del 8 de noviembre de 2002, el juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín condenó al banco, ordenándole reconocer y pagar la mencionada pensión en la suma de $917.894.50 mensuales a partir del 7 de septiembre de 2001, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año. Igualmente, estableció que para ese momento, el valor de la mesada correspondía a $988.113.50, debiendo incrementarse anualmente conforme al IPC.

2. Inconforme con el fallo de primera instancia por considerar que el monto de la mesada no fue indexado correctamente, el señor Vargas impugnó la decisión, argumentando que al momento de su retiro del Banco devengaba lo correspondiente a 7.25 salarios mínimos, mientras que el Juzgado Sexto reconoció como pensión el equivalente a 3.2 salarios. Como resultado de ese recurso de apelación, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín confirmó la providencia del a quo mediante sentencia del 10 de abril de 2003 y la Corte Suprema de Justicia, en sede de casación, decidió mantener la validez de las decisiones anteriores a través de un fallo de 27 de julio de 2004.

3. A juicio del accionante, la decisión de los jueces laborales significó perder casi la mitad de la pensión que en derecho le correspondía por la deficiente indexación hecha por el Juzgado de primera instancia. Al respecto, indica que la Corte Constitucional en Sentencia T-098 de 2005 adoptó una fórmula de indexación que también fue recogida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia a partir de la sentencia Rad. 31222 de 2007, corrigiendo la forma como se estaba realizando el cálculo de indexación hasta ese momento. Sin embargo, alega que como esta jurisprudencia

se produjo con posterioridad a las decisiones adoptadas dentro del proceso ordinario, nunca pudo beneficiarse de dicha fórmula.

4. Indica que con anterioridad a la aparición de la jurisprudencia mencionada, había presentado otras dos acciones de tutela por los mismos hechos que le fue negada. A pesar de lo anterior, considera que la acción de referencia es procedente porque la jurisprudencia que modificó la fórmula para indexar las pensiones constituye un "hecho nuevo" que le habilita para presentar otra acción de amparo, sobre todo teniendo en cuenta lo establecido en la Sentencia SU – 1073 de 2012, en la cual se indicó que "resulta justificable la interposición de otra acción de tutela ante (…) la continua negativa de mantener el valor adquisitivo de su pensión".

5. Finalmente, aclara que por el hecho de que su pensión no ha mantenido el debido poder adquisitivo, su mínimo vital se ha visto afectado lo que le ha llevado a recurrir a créditos que disminuyen aún más sus ingresos y a privarse de acceder a medios de recreación y a no poder contar con la posibilidad de solventar gastos imprevistos. A lo anterior, agrega que por su edad (70 años) le es prácticamente imposible obtener un trabajo que le permita completar sus ingresos y que su situación económica se ha visto afectada porque desde hace 17 años, su hija fue diagnosticada con lupus eritomatoso, "razón por la cual su situación laboral siempre es inestable y debo socorrerla con vivienda, comida y dinero de manera casi permanente.

6. Por lo anterior, solicita al juez constitucional que decrete el amparo de sus derechos fundamentales a la seguridad social, a mantener el poder adquisitivo de las mesadas pensionales, a la igualdad, al mínimo vital y móvil, a la dignidad y la garantía del principio de condición más beneficiosa en materia laboral. En consecuencia, que se ordene dejar sin efectos las sentencias proferidas en el marco del proceso laboral en lo atinente a la indexación pensional y se proceda a actualizar el valor de la mesada según la fórmula adoptada por la Corte Constitucional a partir de 2005 y por la Corte Suprema de Justicia desde el año 2007.

2. Pruebas relevantes aportadas por el accionante - Copia del Acta de la Audiencia de Juzgamiento adelantada por el Tribunal Superior de Medellín el 16 de abril de 2003, en la cual se decidió el recurso de apelación impetrado por el accionante contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de la misma ciudad, en el marco del proceso ordinario laboral seguido por el señor Vargas Reyes contra Banco Popular S.A.

- Copia del Acta No. 53 de 27 de julio de 2004, en la cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia decidió acerca del recurso de casación interpuesto por ambas partes contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín.

- Copia de la Liquidación de Cesantías y Prestaciones Sociales emitida por el Banco Popular S.A. con fecha de 3 de marzo de 1993, a solicitud del accionante.

- Copia de recibos de pago de servicios públicos. - Copia de certificaciones en las cuales se da cuenta de las diferentes deudas contraídas por el señor Vargas Reyes con diversas entidades financieras.

- Copia de comprobante de pago emitido por COLPENSIONES, en el cual se observa que para agosto de 2015, el accionante devengaba una mesada por valor de $2.152.815, de los cuales le son deducidos $989.442 por concepto de pago de las cuotas correspondientes a los deudas que ha contraído y de su aporte en salud.

3. Sentencias cuestionadas por la acción de tutela. Si bien en el expediente no obra copia de la sentencia proferida por el Juez Sexto Laboral del Circuito de Medellín en primera instancia el 8 de noviembre de 2002, del acta de audiencia de juzgamiento elaborada por el Tribunal Superior de Medellín se pueden entender probados los siguientes hechos y circunstancias:

El señor Jesús María Vargas Reyes se vinculó al servicio del Banco Popular S.A. el 12 de septiembre de 1966 mediante un contrato de trabajo. Laboró hasta el 1 de enero de 1993, tiempo durante el cual desempeñó varios cargos dentro de la entidad, ostentando la calidad de trabajador oficial. Desde su ingreso al banco hasta la fecha de su retiro, cotizó al Sistema de Seguridad Social Integral del Instituto de Seguros Sociales, según lo dispuesto por la legislación vigente en esa época. En el momento de su desvinculación del cargo, el Banco Popular era una entidad de economía mixta del orden nacional, vinculada al Ministerio de Hacienda y fue posteriormente privatizado en 1996.

Durante la primera instancia, el Juez Sexto Laboral declaró que el señor Vargas tenía derecho a pensionarse con el régimen consagrado en la Ley 33 de 1985, según el cual los trabajadores oficiales al ISS pero no afiliados a cajas de previsión social, podían recibir una pensión de jubilación a cargo de la última entidad empleadora una vez cumplieran los 55 años de edad y 20 años de servicio en un organismo del Estado, sin perjuicio de que posteriormente el ISS les reconociera la pensión de vejez, siendo de cuenta del empleador oficial sólo el mayor valor entre el monto de la pensión cancelada por la entidad y la de vejez reconocida por el ISS. En consecuencia, condenó al Banco Popular "a reconocerle y pagarle al señor Jesús María Vargas Reyes (…) la pensión de jubilación en la suma de $917.894.50 a partir del 7 de septiembre de 2001, prestación que al mes de octubre del presente año [2002] asciende a $15.244.545.20 incluidas las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año, siendo el valor actual de $988.113.50, prestación que se incrementará anualmente conforme al IPC (…)".

Esta providencia fue impugnada por ambas partes. La demandada argumentó que la sentencia del Juzgado Sexto creaba privilegios en cabeza del accionante, incompatibles con la legislación y con la prohibición de ser beneficiario de dos regímenes pensionales diferentes.

Igualmente, señaló que al Banco debía aplicársele el régimen legal propio de las entidades privadas ya que el derecho a la pensión del señor Vargas no se consolidó mientras el Banco fue de carácter oficial y que el juez de instancia se equivocó en la determinación del salario base de liquidación así como en la determinación de actualización del mismo, en tanto que la Ley 33 de 1985 no traía una previsión expresa con respecto a ese punto, entre otros cuestionamientos.

Por su parte, el apoderado del señor Vargas apeló la sentencia de primera instancia expresando que varios pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Bogotá y de Cali, así como estudios técnicos elaborados por expertos en matemáticas financieras habían encontrado errores en la fórmula que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia utilizaba para cuantificar una pensión de vejez, " principalmente en lo concerniente a mantener como factor divisorio en todos los años de actualización del número total de días transcurridos entre las fechas de desvinculación y la del cumplimiento de la edad para la adquisición del derecho ".

Por el contrario, en criterio del recurrente, lo correcto y justo era aplicar la fórmula planteada por la Corte Suprema para cada periodo anual restando del número total de días acumulados para indexar los correspondientes al año o fracción de año que se indexa, según lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 11 del Decreto 1748 de 1995, por lo cual solicitó que se modificara la sentencia de primera instancia para acoger esta última forma de calcular la actualización monetaria.

En la decisión que resolvió la apelación, la Sala Décima Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín decidió mantener la decisión del a quo , " con la advertencia de la base reguladora y el porcentaje que deben tenerse en cuenta para calcular el valor de la pensión de jubilación del actor son los establecidos en la Ley 33 de 1985, pues de acuerdo con lo expresado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-631 de 8 de agosto de 2003, la base y el porcentaje para la liquidación de pensión son dos componentes inseparables que condicionan el importe de una pensión ". En consecuencia, determinó que la pensión de jubilación del actor debía equivaler al 75% del promedio salarial devengado por el señor Vargas en el último año de servicios (2 de enero de 1992 y 1 de enero de 1993).

Por otra parte, el Tribunal explicó que no había lugar a modificar el cálculo de indexación por cuanto " por razones de justicia y equidad el salario promedio debe actualizarse, pues lo contrario la pensión del demandante se vería disminuida ostensiblemente por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y esto iría en contra del principio del derecho al trabajo. Pero esa actualización no puede hacerse conforme a los parámetros señalados por el demandante en su memorial de apelación, porque el artículo 11 del Decreto 1748 de 1995 hace parte de las normas que expidió el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para regular en forma específica "…la emisión, cálculo, redención, y demás condiciones de los bonos pensionales…" y reglamentar los Decretos Leyes 656, 1299 y 1314 de 1994 y los artículos 115, siguientes y concordantes de la Ley 100 de 1993 ".

Una vez confirmada la decisión de primera instancia por parte del Tribunal, las partes interpusieron el recurso extraordinario de casación, que fue decidido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 27 de julio de 2004. En su momento, la Corte decidió estudiar en primer lugar los argumentos de la demandada, por cuanto se dirigían a atacar la validez de toda la sentencia de segunda instancia y, luego de desestimarlos, procedió a analizar los argumentos del demandante sobre los presuntos errores en la indexación. En sus alegatos de casación, el apoderado del señor Vargas indicó que la sentencia atacada había aplicado indebidamente el artículo 36 de la Ley 100, al considerar que la primera instancia había " actualizado el salario devengado por el actor en 1993 (año en que terminó el contrato de trabajo) como si entre dicho año y el 2001 (año en que cumplió la edad para acceder a la jubilación) el extrabajador hubiera devengado invariablemente el mismo salario mensual de $591.531.38 que devengó en el último año efectivamente trabajado ".

Al respecto, la Corte indicó que la objeción presentada por el entonces demandante podía resumirse como un cuestionamiento a la fórmula matemática acogida por el Tribunal para efectos de actualizar el salario devengado por el actor en 1993, " al considerar que la actualización año a año aplicando los índices respectivos, debe partir para el segundo lapso de la suma que resultó de la actualización del periodo anterior y así sucesivamente, mas no tomando como referencia inicial para todos los años la base salarial fija de $591.531.38 que es el último promedio devengado ".

Para resolver esta controversia, la Sala sostuvo que el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dispone que " la actualización debe hacerse año por año o por fracción de año, tomando la variación del IPC de cada una de esas anualidades y aplicándolo al salario promediado, sin que sea dable como lo sostiene el censor, que (…) se suponga que continuó el demandante devengando un salario superior para cada lapso, pues aquí no se trata de actualizar un ingreso nominal que ha sufrido cambios periódicos sino un salario promedio que no tuvo modificación con posterioridad a la vigencia de la Ley 100, máxime cuando esa base de liquidación se remonta es al promedio devengado en el último año de prestación de servicios ".

En ese sentido, la Sala entendió que, si se le diera la razón al recurrente, " lo que se estaría actualizando sería el salario del año anterior ya indexado " yendo en contravía del espíritu de la norma citada que no prevé que esos montos se acumulen. Por lo anterior, se consideró que la fórmula empleada por la misma Sala en anteriores decisiones y por los jueces de instancia respetó los parámetros y el propósito del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que no se encontró lugar para casar la sentencia por los argumentos presentados por el accionante. A continuación, la Sala procedió a calcular la base salarial de la primera mesada pensional correspondiente a los años 1993 a 2001 que, al sumarlos, dieron como resultado $1.223.859,40 como salario base sobre el que se aplicó luego el 75%, para tener como resultado una mesada inicial a favor del señor Vargas por valor de $917.894,55, que coincidió con la calculada por los falladores de instancia.

4. Respuesta de la entidad accionada Mediante escrito presentado el 29 de septiembre de 2015, la apoderada judicial del Banco Popular S.A. solicitó rechazar por improcedente la acción de tutela impetrada por considerar, primero, que resulta temeraria en vista de que anteriormente ya había sido presentada una solicitud de amparo con base en los mismo hechos.

Segundo, la representante del Banco indicó que en las sentencias cuestionadas el valor de la mesada pensional se calculó de acuerdo con lo establecido por la ley y la jurisprudencia de la época en la que fueron proferidas, por lo que no habría lugar a decir que hubo una violación de los derechos fundamentales del accionante.

En ese sentido, la apoderada arguyó que un simple cambio de jurisprudencia no puede ser causal suficiente para la prosperidad de la acción "como quiera que un cambio de jurisprudencia no tiene la virtualidad de anular un fallo proferido con el lleno de requisitos legales y constitucionales", por lo cual no habría lugar a desconocer el efecto de cosa juzgada del que gozan las sentencias atacadas. Para ilustrar este punto, la abogada citó de manera extensa la Sentencia T-819 de 2009, en la cual la Corte Constitucional consideró que un cambio en la línea decisional de los jueces ordinarios no conducía necesariamente a la procedibilidad de las acciones de tutela impetradas contra sentencias que hubiesen sido dictadas bajo las reglas jurisprudenciales anteriores.

Para fundamentar sus afirmaciones, el Banco adjuntó copia de las decisiones proferidas dentro de las dos acciones anteriores promovidas por el actor: la proferida por Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca de 13 de febrero de 2006 y por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el 23 de septiembre de 2013, dentro del trámite de la segunda acción impetrada. En el primer caso, al accionante le fue negado el amparo por considerar que en las decisiones de la jurisdicción laboral no se había configurado un defecto susceptible de hacer procedente la acción mientras que en 2013 la demanda se rechazó al considerar que el señor Vargas había incurrido en temeridad.

Por su parte, las autoridades judiciales cuestionadas guardaron silencio frente a las pretensiones incoadas. 5. Decisiones judiciales objeto de revisión Mediante sentencia proferida el 01 de octubre de 2015, la Sala de Decisión de Tutelas No. 1 – Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia decidió negar el amparo solicitado al considerar que las providencias proferidas dentro del proceso ordinario laboral se fundamentaron en argumentos serios, coherentes y razonables, por lo cual no se observó en esos fallos la configuración de un defecto susceptible de ser atacado por vía de tutela. Al decir de la Sala Penal, "la inconformidad respecto de la interpretación de la ley aplicable a un asunto (…) debe plantearse en el escenario que le es propio, esto es el proceso judicial correspondiente (…) y no ante el Juez Constitucional, porque su labor no consiste en oficiar como instancia adicional de la justicia ordinaria".

La decisión fue impugnada por el accionante reiterando los argumentos presentados en el escrito de tutela. Este recurso fue resuelto por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, que en providencia del 20 de noviembre de 2015 confirmó la sentencia de la Sala Penal indicando que la acción impetrada no logró demostrar que las sentencias atacadas hubiesen incurrido en alguna de las causales específicas de procedibilidad elaboradas por la jurisprudencia constitucional. En ese sentido, la Sala Civil resaltó que "la decisión reprochada no luce arbitraria, caprichosa o antojadiza, toda vez que está acreditado que la primera mesada pensional del gestor fue actualizada de acuerdo a los parámetros establecidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993".

Por otra parte, la segunda instancia reconoció que " si bien es cierto que hubo un cambio jurisprudencial en torno a la forma como debe indexarse la base salarial de la primera mesada pensional, no lo es menos que, para el momento en que la Sala de Casación cuestionada profirió la decisión reprochada utilizaban una fórmula aceptada y reiterada para entonces " sin que esto implique que " deba aplicarse retroactivamente la jurisprudencia " para anular todas las sentencias en las que se hubiese empleado la corrección monetaria con la fórmula antigua. Finalmente, la Sala Civil enfatizó en el hecho de que la jurisprudencia a la que hizo referencia el actor para soportar jurídicamente sus pretensiones no guarda identidad fáctica con su situación, pues dichas decisiones se refirieron a la indexación de primeras mesadas que se habían causado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, mientras que la del señor Vargas se causó por primera vez en 1993.

5. Trámite adelantado ante la Corte Constitucional En cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto Ley 2591 de 1991, el expediente fue remitido a esta Corporación para su eventual revisión. La Sala de Selección número uno, en providencia del 25 de enero de 2016, decidió seleccionar el presente expediente, asignándoselo a la Sala Novena de Revisión. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 61 del Acuerdo 02 de 2015, el Magistrado Ponente presentó a la Sala Plena un informe sobre los hechos presentados en la acción de tutela de referencia, al encontrarse que una de las autoridades accionadas es la Corte Suprema de Justicia. En sesión de 6 de abril de 2016, esta Sala decidió asumir el conocimiento del proceso por considerar que el caso reviste especial relevancia constitucional y suspender los términos para fallar el proceso de referencia.

Posteriormente, en sesión del 30 de junio de 2016 la Sala Plena estimó necesario vincular a COLPENSIONES en calidad de tercero interesado en el trámite de la acción de referencia, así como aclarar su participación en lo que respecta a la garantía del derecho a la pensión del accionante. En consecuencia, mediante Auto del 8 de julio de 2016, el Magistrado Ponente ordenó la vinculación de dicha entidad y le ofició para que informara "si en la actualidad la entidad se encuentra pagando una mesada pensional a favor del señor Jesús María Vargas Reyes, identificado con la cédula de ciudadanía No. 17.155.947. En caso de que la respuesta al anterior cuestionamiento sea afirmativa, la entidad debería indicar:

"1. Desde cuándo asumió el pago de la obligación, 2. Por qué concepto se está pagando la mencionada mesada pensional, 3. Si realizó la indexación de la primera mesada y cómo la calculó y, 4.

Si la mesada pensional se está cancelando de manera compartida con la que cancela el Banco Popular al accionante o si COLPENSIONES subrogó a la entidad bancaria para esos efectos".

Mediante comunicación radicada el 1 de agosto del mismo año, la entidad contestó indicando que "conforme se evidencia en certificado de nómina de pensionados, el señor Jesús María Vargas Reyes tiene reconocida una pensión de vejez de carácter compartida con la entidad bancaria Banco Popular S.A., a través de la Resolución No. 50979 del 30 de noviembre de 2006 proferida por el ISS, con una mesada inicial de $1.532.362, siendo efectiva y registrada como fecha de ingreso a nómina a partir del 7 de septiembre de 2006". Igualmente, la entidad manifestó que dicha pensión había sido reconocida en vista de que el señor Vargas había cumplido con los requisitos establecidos por la legislación para acceder a una pensión de vejez, siendo beneficiario del régimen de transición. En cuanto a los dos últimos interrogantes, COLPENSIONES afirmó que, desde el momento del reconocimiento de la pensión, las mesadas se actualizan conforme al IPC certificado por el DANE y que "en el momento en el que el ISS reconoció la pensión de vejez compartida (…) giró el retroactivo pensional a favor del jubilante Banco Popular S.A., indicando la compartibilidad de la misma, y de esta manera dejando al Banco Popular el pago del mayor valor, si hubiere lugar, por consiguiente es la entidad jubilante quien puede certificar si quedó subrogada de manera total sobre la pensión de jubilación que se le paga al aquí accionante".

En vista de estas respuestas, el Magistrado Ponente profirió un nuevo Auto con fecha de 3 de agosto de 2016, en el cual se ordenó oficiar al Banco Popular con el fin de que informara si actualmente se encuentra cancelando algún valor al señor Jesús María Vargas Reyes por concepto de pensión de jubilación cuyo pago comparte con COLPENSIONES y a esta última entidad, para que indicara la fórmula de actualización monetaria utilizada para calcular la indexación de la primera mesada del señor Vargas Reyes. A través de comunicación del 17 de agosto, el Banco Popular se pronunció sobre lo solicitado, certificando que el señor Jesús María Vargas Reyes fue pensionado por esa institución desde el 07 de septiembre de 2001 "por valor inicial $917.894,53 hasta el 07 de septiembre de 2006 por valor de $1.245.316, fecha desde la cual quedó subrogada por el mayor reconocimiento de la pensión de vejez, quedando a cargo del Banco Popular solamente el mayor valor de la mesada adicional de junio, no asumido por Colpensiones de acuerdo al Acto Legislativo 01 de 2005".

Por su parte, la administradora de pensiones contestó afirmando que para hacer la actualización de la mesada pensional del accionante, la entidad tuvo en cuenta lo preceptuado en los artículos 14, 21 y 36 de la Ley 100 de 1993 y lo determinado por esta Corte en Sentencia C-862 de 2006. Así, la entidad aclaró que el sentido de estas normas es "de ordenar únicamente el REAJUSTE de las pensiones reconocidas, de forma anual y con base en el IPC (…) este derecho no cubre el reajuste de salarios sobre los cuales se calculó la primera mesada pensional pues, a partir de la adquisición del estatus pensional es que se pueden efectuar tales reajustes o incrementos de ley y no antes". Luego de señalar en un cuadro las actualizaciones que se han hecho a la mesada del señor Vargas, Colpensiones manifestó que, de acuerdo con el artículo 187 del Código de Procedimiento Contencioso Administrativo, "sólo hay lugar a la INDEXACIÓN cuando exista sentencia judicial que así lo ordene, por lo cual la administración de oficio no está facultada para actualizar el valor monetario con una fórmula diferente". Finalmente, la entidad señaló que, en caso de ser necesario dar cumplimiento a decisiones judiciales sobre indexación, utiliza la fórmula "R = RH (INDICE FINAL/INDICE INICIAL)".

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS Problema jurídico y fundamento de la decisión El accionante es una persona de la tercera edad que se encuentra jubilado a cargo del Banco Popular S.A., gracias a las decisiones judiciales proferidas en el marco de un proceso laboral ordinario que ordenaron a dicha compañía el reconocimiento y pago de las mesadas pensionales pretendidas por el peticionario. En su momento, las tres instancias que conocieron del proceso liquidaron el valor de la primera mesada pensional de acuerdo con la fórmula matemática utilizada por la jurisprudencia laboral y constitucional para la época. Sin embargo, el actor mantuvo su insistencia en que dicha mesada había sido calculada de forma errada y, por ende, acudió a una primera acción de tutela que fue negada. Posteriormente, en vista de que la Corte Suprema y la Corte Constitucional modificaron la fórmula para calcular la indexación de la primera mesada pensional, interpuso el amparo que aquí se estudia con el fin de que se le aplique la nueva fórmula y se actualice el valor de su pensión de acuerdo con ella.

Al respecto, si bien las instancias judiciales accionadas guardaron silencio, el Banco Popular S.A. se pronunció solicitando que se desestimaran las pretensiones del accionante, aduciendo que el peticionario había incurrido en temeridad y que, en todo caso, la acción constitucional impetrada no podía servir para cuestionar providencias judiciales que se habían expedido con estricta aplicación de las normas y de las reglas jurisprudenciales vigentes para la época en que fueron expedidas.

Conforme a estos antecedentes esta Corte deberá, a modo de problema jurídico, determinar si los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del señor Jesús María Vargas Reyes han sido vulnerados por el hecho de que la indexación de su primera mesada pensional fue calculada a partir de una fórmula que se encontraba vigente al momento de hacer dicha actualización pero que, posteriormente, fue reemplazada por una que, de aplicarse, resultaría en una mesada pensional de mayor valor a favor del accionante.

Sin embargo, antes de abordar el problema de fondo, la Sala deberá abordar el conflicto en torno a la presunta temeridad en la que incurrió el actor, en vista de que con anterioridad había planteado ante la jurisdicción constitucional una acción de tutela que se fundamentó en hechos similares a los aquí relatados. De encontrarse que el señor Vargas no incurrió en temeridad, la Sala procederá a reiterar la jurisprudencia concerniente a la procedencia de la acción de tutela para la indexación de la primera mesada pensional y decidirá de fondo sobre el caso concreto.

La temeridad en la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia . 1. Según lo establece el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, habrá temeridad cuando " sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales" , por lo cual "se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes" . De allí se infiere que se incurre en temeridad en caso de que se presenten dos o más acciones de tutela que cuenten con identidad de demandante (ya sea que actúe directamente o a través de

apoderado), identidad de hechos y la inexistencia de un factor que justifique la necesidad de interponer una nueva acción.

2. En ese sentido, la temeridad ha sido entendida por la jurisprudencia constitucional como una vulneración del principio de buena fe, en tanto que constituye un abuso del derecho a interponer una acción de tutela para proteger los derechos fundamentales. Con todo, esta Corporación ha aclarado que " la temeridad es una circunstancia que debe ser valorada cuidadosamente por los jueces para prevenir decisiones injustas. En otras palabras, la conducta temeraria debe encontrarse plenamente acreditada y no puede ser inferida de la simple improcedencia de la tutela o revisando circunstancias meramente formales. Tal conducta requiere de un examen minucioso de la pretensión de amparo, de los hechos en que se funda y del acervo probatorio que repose en el proceso" [1] .

3. Por lo anterior, el hecho de que existan dos acciones de tutela por hechos similares no implica por sí mismo un acto de temeridad, sino que existen casos en los cuales es posible realizar un estudio de fondo de la nueva acción de tutela aún a pesar de dicha identidad de hechos. Estos casos se presentan cuando [2] i) el juez advierta que los derechos fundamentales que dieron lugar a la acción de tutela anterior continúan siendo vulnerados; ii) el accionante haya sido erróneamente asesorado por los profesionales en derecho; iii) la aparición de hechos que ocurrieron con posterioridad al trámite de la primera acción o que se omitieron en el trámite de la misma o cualquier otra situación que no se haya tomado como base para decidir la(s) tutela(s) anterior(es) que implique la necesidad de proteger los derechos fundamentales del demandante y, finalmente, v) la jurisprudencia ha aceptado la posibilidad de interponer una nueva acción de amparo cuando la Corte Constitucional ha proferido una sentencia de unificación con efectos inter pares que creó o modificó una regla con posterioridad a la fecha en que fue fallada la primera acción de tutela.

Estudio de la presunta temeridad en el caso concreto . 4. Como se dijo anteriormente, con el fin de verificar si la Corte es competente para conocer del fondo de la acción impetrada, es necesario establecer si el accionante ha incurrido en temeridad en vista de que él mismo reconoce haber interpuesto una solicitud de amparo anterior fundada en los mismos hechos que alega en la demanda actual. Lo anterior cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que el accionante ha promovido dos acciones de tutela anteriores con base en los mismos hechos, una en 2006 y otra en 2013.

5. Al respecto, la Sala encuentra que la primera de estas acciones fue conocida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca y negada a través de fallo del 13 de febrero de 2006, por considerar que no se cumplieron los presupuestos materiales para la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. Luego de haberse enviado el expediente a la Corte Constitucional, esta Corporación decidió no seleccionar para revisión dicha acción mediante Auto de 25 de mayo de 2006, proferido por la Sala de Selección Número Cinco.

6. La segunda acción, interpuesta por el señor Vargas en 2013, se fundamentó en la consideración de que con la expedición de la sentencia SU – 1073 de 2012 de la Corte Constitucional sobre indexación de la primera mesada, se había producido un hecho nuevo susceptible de hacer procedente una nueva solicitud de amparo. Sin embargo, a juicio del Magistrado Javier Zapata Ortiz de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, esta acción de tutela presentaba identidad de hechos que aquella presentada en 2006 sólo que calificados de manera diferente por lo cual decidió, mediante auto de 23 de septiembre de 2013, anular la providencia de 9 de septiembre de 2013 que había admitido a trámite la tutela impetrada y, por el contrario, rechazar la demanda de amparo.

7. De acuerdo con esto, debe anotarse que la segunda acción de tutela (es decir, la que fue interpuesta en 2013), no fue resuelta de fondo en tanto que en su trámite nunca se profirió una sentencia ni siguió los procedimientos de impugnación y eventual revisión.

De este modo, la Sala no encuentra que sobre esta acción existe cosa juzgada y, por ende, el estudio sobre la temeridad deberá circunscribirse a determinar si la presente acción guarda identidad de hechos, pretensiones y partes que aquella

presentada en el año 2006, sobre la que sí existieron pronunciamientos de fondo de los jueces constitucionales.

8. Bajo el anterior supuesto, para la Sala es claro que el accionante se encuentra dentro de dos de los casos que esta Corporación ha definido como susceptibles de permitir el estudio de fondo de una acción de tutela fundada en los mismos hechos que habían sido alegados en una anterior, sin que se configure la temeridad. En primer lugar, la jurisprudencia constitucional ha resaltado en reiteradas oportunidades que el derecho fundamental a la seguridad social (en especial en lo que respecta a la pensión) implica continuidad en el tiempo, de manera que es un derecho que puede ser vulnerado en cualquier momento mientras dure la prestación. En ese sentido, la presentación de una acción de tutela para la protección del derecho fundamental a la seguridad social no impide la posibilidad de que el derecho sea afectado en el futuro o que la primera vulneración continúe y que sea posible, por tanto, acudir a una nueva acción de amparo.

9. Así, dado que la forma como se indexa la primera mesada pensional afecta el monto de la prestación durante todo el tiempo que el beneficiario la reciba, es de esperarse que el accionante haya acudido por segunda vez a la acción de tutela con el fin de que se corrija dicho cálculo, por cuanto considera que su derecho fundamental a la seguridad social estaba siendo afectado al momento de presentar la primera acción y continúa siendo vulnerado al punto de acudir al amparo por segunda vez. Por tanto, ante la posibilidad de que la presunta afectación a derechos fundamentales continúe, la Sala encuentra que el accionante estaba legitimado para presentar un nuevo amparo sin incurrir en temeridad.

10. En segundo lugar, la Sala observa que entre la presentación de la primera acción (2006) y la que ahora se revisa, se produjeron cambios jurisprudenciales de tal magnitud que afectaron las reglas sobre las cuales se fundaron las decisiones proferidas dentro del proceso ordinario laboral. En ese sentido, la unificación de reglas constitucionales producto de sentencias proferidas por la Sala Plena de la Corte Constitucional así como la reiteración y el afianzamiento de la nueva fórmula para calcular la indexación a través de posteriores sentencias de las distintas salas de revisión y de la Corte Suprema que recoge y rectifica la jurisprudencia laboral anterior, permiten concluir que el accionante se encontraba habilitado para interponer una nueva acción de amparo con el fin de que se verificara, de fondo, si en su caso debe o no aplicarse la jurisprudencia sobre la fórmula de indexación que el accionante considera más favorable en su caso.

11. Una vez establecido que el accionante no incurrió en una actuación temeraria al haber interpuesto una nueva acción de tutela, la Sala procederá a reiterar las reglas acerca de la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales así como aquellas concernientes a la posibilidad de solicitar un nuevo cálculo de indexación de las mesadas pensionales a través de la acción de amparo. Finalmente, se estudiará el caso concreto.

Procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia. 12. Desde los orígenes de la acción constitucional de amparo, se ha presentado de manera reiterada la discusión en torno a la procedibilidad de la misma para atacar decisiones judiciales que presuntamente vulneran derechos fundamentales. Así, en un primer momento y con ocasión del estudio de una demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra los artículos 11, 12, 25 y 40 del Decreto 2591 de 1991, la Corte Constitucional mediante sentencia C – 543 de 1992 declaró inconstitucional las normas que contemplaban la procedencia de la tutela contra sentencias judiciales. Posteriormente y haciendo una interpretación no restrictiva de lo establecido por la mencionada sentencia [3] , las distintas Salas de Revisión de esta Corporación y su misma Sala Plena, fijaron criterios específicos y taxativos para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales en casos en los cuales la vulneración de los derechos fundamentales es notoria y grave, configurándose lo que en su momento se denominó “vía de hecho judicial” [4] .

13. Con el desarrollo jurisprudencial subsiguiente, la noción de vía de hecho ha sido concretada y se han fijado reglas y subreglas tendientes a especificar bajo qué supuestos es posible hablar de la procedibilidad de una acción de tutela contra providencias judiciales y garantizar así el carácter excepcional que debe tener esta medida, por los riesgos que comporta para la efectiva administración de justicia y el principio de seguridad jurídica. De este modo, a partir de la Sentencia T –

231 de 13 de mayo de 1994 [5] la Corte estableció cuatro defectos que, de presentarse en una providencia, permitirían establecer la existencia de una vía de hecho:

“ i) defecto sustantivo , cuando la decisión se adopta en consideración a una norma indiscutiblemente inaplicable; ii) defecto fáctico , cuando el juez falla sin el sustento probatorio suficiente para aplicar las normas en que funda su decisión;

iii) defecto orgánico , cuando el juez profiere su decisión con total incompetencia para ello; y, iv) defecto procedimental que se presenta en aquellos eventos en los que se actúa desconociendo el procedimiento o el proceso debido para cada actuación” [6] .

14. Si bien durante varios años se mantuvieron estos criterios como definitorios de la procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias judiciales, la evolución jurisprudencial suscitada con ocasión de las sentencias C – 590 de 2005 [7] , primero, y SU – 913 de 2009, después, permitió introducir a este ámbito el concepto de causales genéricas y específicas de procediblidad de la acción de tutela contra providencias judiciales , doctrina que absorbió el concepto primigenio de vía de hecho y permitió incluir otros factores tales como la ausencia de la debida argumentación, el apartamiento injustificado del precedente y el desbordamiento de la discrecionalidad interpretativa en perjuicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

15. En concreto y bajo el actual alcance de la jurisprudencia en este tema, se tiene que las causales generales de procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias judiciales son:

“(i) Que el asunto que se discuta implique una evidente relevancia constitucional que afecte derechos fundamentales de las partes, exigencia que busca evitar que la acción de tutela se torne en un instrumento apto para involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones.

(ii) Que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial ordinarios o extraordinarios excepto cuando lo que se pretende es evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.

(iii) Que se cumpla el requisito de la inmediatez, lo que significa que la tutela debe interponerse en un término razonable a partir del hecho que originó la vulneración. Lo anterior, con el objeto de preservar los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica.

(iv) Si lo que se alega es la existencia de una irregularidad procesal, debe ser evidente que la misma tiene a) un efecto decisivo en la sentencia que se impugna y b) afecta los derechos fundamentales del accionante, salvo cuando se trate de una prueba ilícita obtenida con violación de esos derechos.

(v) Que el demandante identifique tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado dentro del proceso judicial tal vulneración si ello hubiese sido posible.

(vi) Que no se trate de fallos de tutela, de forma tal que se evite que las controversias relativas a la protección de los derechos fundamentales se prolonguen de forma indefinida” [8] .

16. Una vez se haya establecido la existencia de causales genéricas de procedibilidad, se debe probar que la providencia atacada ha incurrido en alguno de los defectos que la jurisprudencia ha denominado causales específicas de procediblidad .

Estos son: “(i) Defecto orgánico, que tiene lugar cuando el funcionario judicial que emite la decisión carece, de manera absoluta, de competencia para ello.

(ii) Defecto procedimental absoluto, que tiene lugar cuando el juez ha actuado al margen del procedimiento establecido. (iii) Defecto material o sustantivo, que se origina cuando las decisiones son proferidas con fundamento en normas

inexistentes o inconstitucionales, o que presentan una evidente contradicción entre los fundamentos y la decisión.

(iv) Error inducido, que se presenta cuando la autoridad judicial ha sido engañada por parte de terceros y ese engaño lo ha llevado a tomar una decisión que afecta derechos fundamentales.

(v) Decisión sin motivación, que tiene lugar cuando el funcionario judicial no da cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de su decisión, pues es en dicha motivación en donde reposa la legitimidad de sus providencias.

(vi) Desconocimiento del precedente, que se origina cuando el juez ordinario, por ejemplo, desconoce o limita el alcance dado por esta Corte a un derecho fundamental, apartándose del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

(vii) Violación directa de la Constitución" [9] . 17. Así las cosas, una acción de tutela contra sentencia judicial puede tener éxito en controvertir el sentido y alcance de la decisión atacada si (i) cumple con los requisitos generales de procedibilidad, (ii) se demuestra que el Juez incurrió en uno o más de los defectos contenidos en las causales específicas de procediblidad y (iii) el defecto es de tal entidad que constituye una amenaza o vulneración a los derechos fundamentales del accionante.

Procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional. Reiteración de jurisprudencia 18. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo judicial preferente y sumario, diseñado para la protección de los derechos fundamentales de las personas cuando quiera que estos sean amenazados por entidades públicas o, excepcionalmente, por los particulares. Dada su naturaleza subsidiaria y residual, la tutela sólo procede como mecanismo de protección siempre que no exista otro medio de defensa judicial o extrajudicial ordinario mediante el cual puedan ventilarse las mismas pretensiones o que, existiendo, no sea eficaz o idóneo para obtener la protección solicitada.

Igualmente, la ley ha establecido que la acción de amparo procede en casos en los que se solicite una protección transitoria con el fin de evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

19. Por lo anterior, se ha entendido, por regla general, que la acción de tutela no procede para obtener el pago de acreencias civiles o laborales, en tanto que existen procedimientos ordinarios de carácter judicial y extrajudicial que permiten discutir la titularidad de derechos de tipo económico así como obtener el pago de los mismos. En consonancia, la jurisprudencia de esta Corte ha sostenido que, en principio, la tutela es improcedente para solicitar la indexación o reliquidación de una pensión que ya ha sido otorgada por existir procesos ante la jurisdicción laboral o ante la contenciosa administrativa diseñados expresamente para discutir ese tipo de pretensiones.

20. Sin embargo, la Corte también ha reconocido que existen algunas circunstancias en las cuales la tutela procede para solicitar derechos de tipo pensional, en especial, cuando el accionante se encuentra en alguno de estos supuestos:

· "Que la persona interesada haya adquirido el status de jubilado, o lo que es igual, que se le haya reconocido su pensión.
· Que haya actuado en sede administrativa; es decir, que haya interpuesto los recursos de vía gubernativa contra el acto que reconoció la pensión o haya presentado la solicitud de reliquidación ante el respectivo fondo de pensiones y éste se hubiere negado.

· Que haya acudido a las vías judiciales ordinarias para satisfacer sus pretensiones, se encuentre en tiempo de hacerlo o, en su defecto, demuestre que ello es imposible por razones ajenas a su voluntad.

· Que acredite las condiciones materiales que justifican la protección por vía de tutela, esto es, su condición de persona de la tercera edad, que la actuación resulta violatoria de sus derechos fundamentales como la dignidad humana, la subsistencia, el mínimo vital y la salud en conexidad con la vida u otras garantías superiores, y que el hecho de someterla al trámite de un proceso ordinario hace más gravosa su situación personal." [10] 21. Del mismo modo, cabe recordar que

esta Corporación ha establecido que la importancia constitucional de casos en los cuales se discute la reliquidación de una pensión, por ejemplo, radica en la conexión que existe entre el valor de la mesada y los derechos fundamentales al mínimo vital y a la dignidad del pensionado, al punto que una vulneración de estos derechos debe presumirse en caso de que se compruebe una evidente desproporción entre el monto que fue reconocido y aquél al que verdaderamente tenía derecho [11] . En el mismo sentido, es necesario hacer referencia al precedente fijado por la Sentencia C -862 de 2006, según el cual en casos de reliquidación de la pensión o indexación de la primera mesada, la procedibilidad de la acción no se ve comprometida por el paso del tiempo porque si bien el pensionado pudo haber perdido el derecho a la aplicación retroactiva de la medida, esta deberá ser aplicada en el futuro dado que la prestación pensional se causa mes a mes.

La indexación de la primera mesada como derecho de rango constitucional. Reiteración de jurisprudencia. 22. El derecho a la indexación de la primera mesada ha sido tratado en múltiples oportunidades por esta Corporación, tanto en sede de tutela como de control abstracto de constitucionalidad. Así, desde los primeros antecedentes jurisprudenciales acerca de este tema, la Corte ha indicado que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, la actualización monetaria de la primera mesada tiene por finalidad evitar la disminución del poder adquisitivo de las pensiones con ocasión del tiempo comprendido entre el momento en el que la persona cumple los requisitos para pensionarse y cuando la prestación es efectivamente reconocida y pagada.

23. Como puede verse en pronunciamientos tales como las sentencias SU-120 de 2003, C-862 de 2006, SU-1073 de 2012 y, más recientemente, SU-415 de 2015, la jurisprudencia constitucional ha sido consistente en afirmar que el derechos a la indexación de la primera mesada pensional es un asunto de gran relevancia constitucional en tanto que es una forma de materializar diversos principios y derechos fundamentales contenidos en la Constitución de 1991, tales como el principio de Estado Social de Derecho, de indubio pro operario y los derechos a la igualdad y a la dignidad humana.

24. La mencionada jurisprudencia ha establecido que el deber de actualizar el valor adquisitivo no se reduce a la primera mesada pensional sino que debe incluir, además, la actualización del salario base de liquidación, con lo cual se garantiza el mínimo vital de las personas de tercera edad que se ven afectadas por la inflación. Del mismo modo, en desarrollo del principio de igualdad, esta Corporación ha afirmado que el derecho a la indexación de la primera mesada tiene un carácter universal y, por ende, se predica de todos los pensionados sin discriminación en razón al momento en que se causó la pensión, el origen de la misma (si es legal, convencional o sanción) o su naturaleza (de vejez, de invalidez, etc.). Al decir de la ya citada 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.

En efecto, desde la perspectiva constitucional resulta insostenible la tesis que la actualización de las pensiones es un derecho constitucional del cual solo 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”.

Ámbito de aplicación de la protección constitucional para el reconocimiento del derecho a la indexación pensional. Reiteración de jurisprudencia.

25. En las diversas oportunidades en las que esta Corporación ha estudiado casos relacionados con el derecho a la indexación de la primera mesada pensional, las órdenes de protección han implicado la obligación de las entidades demandadas de proceder a la indexación solicitada, las mismas se han dictado dentro de alguna de las siguientes categorías: i) órdenes dictadas contra las providencias atacadas por vía de la acción de tutela, ii) órdenes dictadas directamente a las entidades demandadas aun cuando la acción de tutela se hubiese dirigido contra sentencias proferidas en el marco de un proceso ordinario y iii) órdenes dictadas contra las entidades responsables del pago de la pensión incluso si no se ha agotado el procedimiento ordinario, en las hipótesis en las que la acción es procedente bajo ese criterio .

25.1. Las órdenes dentro de la categoría i) han sido proferidas en casos en los cuales alguna de las sentencias proferidas dentro del proceso ordinario sí había ordenado la indexación pensional conforme a las reglas de la jurisprudencia constitucional y, posteriormente, esa providencia fue revocada en instancias posteriores. En esas ocasiones, la Corte ha declarado sin efectos las sentencias de instancia contrarias a la jurisprudencia constitucional y ha dejado en firme el fallo que hubiese ordenado la indexación en debida forma, sin entrar a definir sobre aspectos probatorios y materiales del caso más allá de esto [12] .

25.2. Bajo el supuesto ii) se encuentran sentencias como la T-098 de 2005 [13] , en la cual se decidió dejar sin efectos los fallos del proceso ordinario que no reconocieron la indexación pensional pero, además, profirió una orden directa contra la entidad demandada obligándola a que procediera a realizar la indexación. En esa ocasión, se optó por esta solución en vista de que existían razones fundadas para creer que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no iba a dictar una nueva sentencia corrigiendo la fórmula de actualización de valor, por lo que proferir una orden directa a la demandada era la única manera de garantizar la eficacia de la sentencia de tutela.

Así las cosas, la jurisprudencia ha entendido que en casos en los cuales la acción de tutela perdería su eficacia si se decidiera reenviar el expediente a los jueces de instancia y, por tanto, se deben emitir órdenes directas a la entidad encargada de pagar la pensión, es obligación del juez constitucional establecer las pautas para que la accionada lleve a cabo el reconocimiento del derecho en debida forma; esto es, indicar la fórmula de liquidación y las determinaciones a que haya lugar sobre el eventual pago retroactivo de mesadas y la prescripción de las mismas [14] .

25.3 Finalmente, en casos excepcionales, la Corte Constitucional ha aceptado la posibilidad de ordenar la indexación de primeras mesadas pensionales sin que se hubiese agotado previamente el mecanismo judicial ordinario en casos en los cuales se ha comprobado que, dadas las condiciones personales del peticionario, los mecanismos judiciales ordinarios no resultan efectivos para la protección de los derechos fundamentales, por ejemplo [15] .

26. Por otra parte, en lo que atañe a la posibilidad de que se ordene el pago retroactivo de mesadas pensionales no prescritas, la Corte ha reconocido en ocasiones estas prestaciones siempre que se compruebe que el actor ha agotado todos los mecanismos judiciales ordinarios a su alcance [16] .

27. También, es necesario señalar que desde hace unos años ha existido una importante controversia jurisprudencial en torno a la prescripción de mesadas de pensiones que se hubieren causado con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991 y cuya indexación fue solicitada por vía de acción de tutela, al punto que se han expedido al menos dos sentencias de unificación a este respecto (Sentencias SU-1073 de 2012 y SU-131 de 2013). La discusión, sin embargo, no se extiende a las pensiones causadas con posterioridad a 1991, por cuanto la Carta Política contempló explícitamente la obligación de actualizar el valor de todas las pensiones, como ya se dijo anteriormente. Por ese motivo y dado que el caso de referencia se encuadra en este último supuesto, la Sala reiterará las reglas resumidas por la Sentencia T-374 de 2012 acerca de la prescripción de este tipo de pensiones:

“ La Corte ha establecido que (i) no hay lugar a la prescripción cuando esta no fue solicitada por la parte demandada en el proceso laboral, pues esta excepción no puede ser declarada de oficio; (ii) el derecho a la indexación no prescribe, pero la acción para reclamarlo lo hace contados tres años desde el momento en que la obligación se hace exigible; (iii) la simple reclamación del trabajador suspende el término de prescripción por un período adicional de tres años; y (iv) la presentación de la demanda (ordinaria) suspende el término de prescripción. Finalmente, siguiendo lo expresado en la sentencia T-901 de 2010, (v) la presentación de la demanda de tutela no incide de forma alguna en la prescripción ”.

28. Habiendo establecido los posibles ámbitos de protección de la acción de tutela en casos acerca de la indexación de la primera mesada pensional, se procederá a estudiar la jurisprudencia sobre la fórmula que ha utilizado esta Corporación para calcular dicha actualización monetaria.

Fórmula para indexar la primera mesada pensional. Evolución y desarrollo jurisprudencial. 29. El asunto acerca de la fórmula matemática que debe utilizarse para indexar las mesadas pensionales causadas en vigencia de la Ley 100 de 1993 pero cobijadas por el régimen de transición, ha tenido un importante desarrollo jurisprudencial, nacido de la necesidad de encontrar la correcta interpretación del inciso tercero del artículo 36 de dicha normativa, que establece lo siguiente:

“ Artículo 36. (…) El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE .

Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos” (negrillas fuera del original).

30. Como cabeza de la jurisdicción ordinaria laboral, la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia interpretó hasta el año 2007 que este inciso debía entenderse en el sentido de que la actualización monetaria de la suma que sirvió de base para calcular el valor de la pensión se debía tomar “ el salario promedio mensual devengado por el trabajador en el último año y -dejando constante- se lo actualiza, año por año, con la variación anual del I.P.C. del DANE, para llevarlo al año de fecha de pensión; luego se pondera dicha resultado, multiplicándolo por el número de días que tuvo cada salario y dividiéndolo por el total de días que se toman para el I.B.L. A éste resultado se calcula el 75%, obteniendo así el valor de la pensión ” [17] .

Esta posición, reproducida por jueces y tribunales de primera y segunda instancia, produjo numerosas censuras por parte de varios demandantes que consideraban que dicha interpretación disminuía de manera injusta su monto pensional y propugnaron porque la Corte Suprema aplicara a las pensiones lo dispuesto por el artículo 11 del Decreto 1748 de 1995 para los bonos pensionales:

“Artículo 11. ACTUALlZACION Y CAPlTALIZACION. Para actualizar un valor monetario desde una fecha cualquiera hasta otra, se lo multiplica por el IPCP de la segunda fecha y se lo divide por el IPCP de la primera fecha.

Para capitalizar un valor monetario desde una fecha cualquiera hasta otra posterior, se lo multiplica por (1 + TRR/100) elevado a un exponente igual al número de días que van desde la primera fecha hasta la víspera de la segunda, dividido por 365,25.

Cuando un valor se actualiza y además se capitaliza, se están reconociendo intereses a la tasa del DTF pensional establecida por el artículo 10 del Decreto 1299 de 1994”.

La Corte Suprema, sin embargo, sostuvo que no podía aplicar a las pensiones el mencionado Decreto por cuanto este estaba dirigido específicamente a la actualización y capitalización de bonos, por lo que no podía extrapolarse a la indexación de mesadas pensionales.

31. En ese contexto, la Corte Constitucional profirió la Sentencia T-098 de 2005 por la cual decidió sobre la indexación de una mesada pensional reconocida antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991. La importancia de esta providencia para el caso de referencia radica en que a partir de ella, esta Corporación fue la primera en adoptar como fórmula de indexación de la primera mesada aquella que había sido definida por el Consejo de Estado en desarrollo del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo de la época [18] , para la actualización de este tipo de obligaciones, por considerar que era la más ajustada a los principios de justicia y equidad y los principios generales del derecho laboral, permitiendo una verdadera indexación de la primera mesada y manteniendo así el poder adquisitivo de las pensiones. En dicha providencia, el mencionado guarismo se describió así:

“El ajuste de la mesada pensional del demandante se hará según la siguiente fórmula: R= Rh índice final índice inicial Según la cual el valor presente de la condena (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el promedio de lo devengado por el demandante durante el último año de servicios, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor vigente a la fecha a partir de la cual se reconoció la pensión, entre el índice inicial, que es el existente al 27 de enero de 1974.

Debe determinarse así el valor de la primera mesada pensional actualizada a 10 de diciembre de 1980. El Citibank Colombia procederá a reconocer y liquidar los reajustes pensionales de los años posteriores, conforme a la normatividad aplicable.

Después establecerá la diferencia resultante entre lo que debía pagar y lo que efectivamente pagó como consecuencia del reconocimiento de la pensión. De dichas sumas no se descontarán los aportes que por ley corresponda hacer al pensionado al sistema de seguridad social en salud, pues existe prueba en el expediente de que éstos fueron pagados.

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

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

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

32. Por otra parte, la negativa de la Corte Suprema de Justicia de aplicar a las pensiones la fórmula contenida en el Decreto 1748 de 1995, llevó a varias personas a interponer acciones de tutela contra las decisiones de casación, alegando que adolecían de defectos susceptibles de afectar los derechos fundamentales de los pensionados. Estos cuestionamientos produjeron decisiones dispares por parte de las Salas de Revisión de la Corte Constitucional, como puede ilustrarse haciendo referencia a las Sentencias T-440 de 2006 y T-425 de 2007, proferidas por las Salas Sexta y Novena de Revisión respectivamente, que decidieron de manera diferente dos asuntos similares relacionados con la fórmula usada por la jurisdicción ordinaria para calcular la indexación de primeras mesadas pensionales.

33. Así, la Sentencia T-440 de 2006 estudió el caso de un empleado del Banco Cafetero que se pensionó a partir del 26 de noviembre de 1999 y que había adelantado un proceso laboral ordinario por encontrarse inconforme con la liquidación

que se había realizado. El proceso culminó con una sentencia de casación en la cual la Corte Suprema de Justicia del 25 de octubre de 2004, en la cual aplicó la doctrina según la cual a estos casos no podía aplicarse la fórmula de actualización monetaria establecida para los bonos, ante lo cual el accionante interpuso la acción de tutela resuelta por esta Corporación, argumentando que la negativa de la Corte Suprema de aplicar los porcentajes certificados por el DANE, según lo dispuesto en el citado artículo 11 del Decreto 1748, vulneraba su derecho fundamental a mantener el poder adquisitivo de la mesada pensional.

En su decisión, la Sala Sexta de Revisión indicó que las autoridades judiciales laborales no habían incurrido en ningún defecto violatorio de los derechos fundamentales del accionante, en tanto que la fórmula que habían utilizado se ajustaba a una interpretación plausible que la jurisprudencia laboral le había dado al artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En consecuencia, no tuteló los derechos invocados y mantuvo incólumes las providencias de los jueces ordinarios.

34. Por su parte, la Sala Novena estudió en Sentencia T-425 de 2007, tan sólo un año después, el caso de otro ex empleado del Banco Cafetero que solicitó la reliquidación de su pensión por conducto de una demanda ordinaria laboral.

Surtidas las instancias respectivas, la Sala de Casación Laboral ordenó que la primera mesada le fuera indexada siguiendo la jurisprudencia laboral establecida. Una vez más, se presentó acción de tutela en la cual los argumentos del accionante estaban encaminados a que se reconociera la indexación utilizando lo establecido en el régimen de bonos para interpretar el artículo 36 de la Ley 100. Sin embargo, al contrario de la ocasión anterior, la Sala decidió que esta situación cabía dentro del ámbito de aplicación del principio pro operario , decidiendo entonces que para este caso debía aplicarse la fórmula del Consejo de Estado y de la Sentencia T-098 de 2005, “ pues refleja criterios justos y equitativos al no permitir que al demandante se le vulneren sus derechos al llevar a cabo la liquidación con base en el salario devengado hace diecisiete años, respecto del cual Bancafe en Liquidación no hizo ningún tipo de actualización que permitiera proteger el poder adquisitivo del dinero ante los fenómenos inflacionarios derivados del paso del tiempo y del cambio de las condiciones económicas ”.

35. Con todo, puede decirse que desde el año 2007 el problema jurídico alrededor de la fórmula de indexación aplicable a la primera mesada pensional se encuentra zanjado. En efecto, con ocasión de la Sentencia de Radicado No. 31222 de 13 de diciembre de 2007, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia decidió “ revisar las pautas que en un principio se adoptaron para la aplicación de la fórmula matemática que sirvió para dar efectividad al mecanismo de la actualización aludida, ello para el contingente de trabajadores que se hallen en las circunstancias especiales antedichas, y bajo esta órbita modificar su criterio ”, para luego proceder a aplicar la fórmula que ya venían utilizando el Consejo de Estado y la Corte Constitucional [19] .

Así, la Corte Suprema estableció que “con esta nueva postura, la Sala recoge cualquier pronunciamiento anterior que resulte contrario con respecto a la fórmula que se hubiere venido empleando en casos similares donde no se contempló la forma de actualizar la mesada pensional” por considerar que “ el tomar el valor monetario a actualizar y multiplicarlo por el índice de precios al consumidor final y dividirlo por el IPC inicial, es dable sostener que esta fórmula también cumple a cabalidad con el designio y espíritu de la norma en comento y demás postulados de rango constitucional que en materia pensional consagran los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, para efectos de determinar el ingreso base de liquidación y establecer el monto de la primera mesada en aquellos casos no contemplados en la ley de seguridad social, empero observando la variación del IPC para cada anualidad en la medida que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 así lo exige; lo cual es semejante a la fórmula que viene aplicando la jurisprudencia constitucional y del Consejo de Estado ”.

36. En conclusión, a la fecha, las tres jurisdicciones y sus órganos de cierre se encuentran de acuerdo en utilizar la fórmula de indexación originalmente ideada por el Consejo de Estado por considerar que proporciona mejores condiciones para los pensionados, en aplicación a los principios de equidad, justicia material y pro operario . En todo

caso, esta Sala encuentra acertada la afirmación hecha por la Corte Suprema de Justicia en la ya mencionada sentencia de radicado 31222 de 2007, en el sentido “ de que el cometido del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 es actualizar anualmente la base salarial para tasar la mesada pensional, esto es, garantizar que los ingresos que integran ese IBL conserven su valor, [por lo que] se estima que en asuntos donde sea procedente la actualización, dicho fin se logra adecuando el mencionado precepto legal a cada situación, y en términos de la fórmula a aplicar, buscar la que más se ajuste al mecanismo de mantener el poder adquisitivo de las pensiones ”.

Con estas consideraciones en mente, la Sala pasará a decidir sobre el caso concreto. El caso concreto 37. A efectos de entrar al estudio del caso que ha motivado el presente trámite de revisión, esta Sala determinará, en primer lugar, si se cumplen las causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias. Si es así, a continuación se estudiará si las providencias acusadas en la acción incurrieron en alguno de los defectos con los cuales se configuraría al menos una de las causales específicas. En caso de que se compruebe la existencia de algún defecto, la Sala pasará a decidir lo que en derecho corresponda.

De las causales genéricas de procedibilidad en el caso concreto. 38. En lo que respecta a la relevancia constitucional del asunto bajo examen, esta Sala encuentra que el problema jurídico que plantea el presente caso reviste de importancia desde el punto de vista constitucional, en tanto que versa sobre la garantía del derecho fundamental al mínimo vital de una persona de la tercera edad, que puede estar siendo vulnerado con ocasión de la decisión de la jurisdicción ordinaria de reconocer la indexación de la pensión del accionante partiendo de un cálculo que puede resultar lesivo para el mantenimiento del poder adquisitivo de dicha prestación.

39. Por otra parte, en lo que respecta al cumplimiento del requisito de subsidiariedad , es claro que el accionante agotó todos los mecanismos ordinarios judiciales a su alcance antes de acudir a la acción de tutela, en tanto que adelantó un proceso ordinario laboral hasta la etapa de casación.

40. En el mismo sentido, la Sala encuentra cumplido el requisito de inmediatez en tanto que, 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.

41. Se observa que el accionante identifica claramente los hechos por los cuales considera vulnerados sus derechos fundamentales así como los derechos presuntamente vulnerados; igualmente, alegó que las autoridades judiciales accionadas habían incurrido en un defecto sustantivo dentro de las sentencias cuestionadas, en una violación directa de la Constitución al haber aplicado una fórmula de indexación que lesiona sus derechos fundamentales y en un defecto por desconocimiento del precedente. Del mismo modo, estas pretensiones fueron oportunamente discutidas en el marco del proceso ordinario, al punto que fundó los recursos de apelación y casación en el presunto error cometido por los jueces de instancia al momento de indexar la primera mesada pensional. Finalmente, las providencias que se controvierten no son fallos de tutela, con lo cual se cumplen las dos últimas causales genéricas para la procedencia de la acción.

A continuación la Sala procederá a verificar si se encuentran dadas las condiciones para la existencia de algún defecto que configure una de las causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

De las causales específicas de procediblidad de la acción de tutela contra providencias judiciales en el caso concreto. 42. En su escrito de tutela, la accionante acusa a las autoridades judiciales accionadas de haber incurrido en defectos susceptibles de lesionar sus derechos fundamentales al no haber aplicado una fórmula de indexación pensional más

favorable, sino aquella que había sido sostenida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia para la época en la que promovió el proceso ordinario laboral para el reconocimiento y pago de su pensión de jubilación.

Al respecto, la Sala reitera que, como se dijo en anteriores consideraciones, todas las sentencias proferidas en el marco del proceso ordinario laboral promovido por el actor en contra del Banco Popular S.A., reconocieron y ordenaron el pago de la pensión de jubilación del señor Vargas Reyes. Al mismo tiempo, ordenaron que se realizara la correspondiente indexación de la primera mesada, de acuerdo con la fórmula que venía siendo utilizada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia hasta antes de 2007.

43. La reiteración jurisprudencial que se ha hecho en los distintos apartados de esta sentencia muestra que desde tiempo atrás esta Corporación ha considerado que la mencionada fórmula empleada por la Corte Suprema durante esos años condujo a resultados que no se encuentran conformes a los principios de equidad y pro operario , por cuanto no permitía una actualización real de la mesada pensional de los jubilados. Así, la evolución jurisprudencial determinó que la Corte Constitucional adoptara en 2005 la fórmula aplicada por el Consejo de Estado y que el Tribunal de cierre de la jurisdicción ordinaria hiciera lo propio en 2007, descartando en varias ocasiones el cálculo matemático que fue aplicado en el caso del señor Vargas.

44. De este modo, a fines de solucionar el problema jurídico, resulta necesario comprobar si efectivamente la fórmula actualmente aceptada por las distintas jurisdicciones resulta más favorable para el accionante que aquella que le fue aplicada en el curso del proceso laboral ordinario. Para esto, la Sala considera pertinente reproducir in extenso los cálculos utilizados por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de casación de 2004:

“Aplicando la fórmula empleada por la Sala de esta Corte (…) la base salarial para tasar la mesada inicial se contrae a la cantidad de $591.531,38, cifra que ha de actualizarse año a año, desde el momento en que se desvinculó el actor de la entidad bancaria (1 de enero de 1993) y hasta cuando cumplió los 55 años de edad (7 de septiembre de 2001), tomando como referente para ello los índices de variación de precios al consumidor para cada uno de esos años que aparecen certificados por el DANE y multiplicado por el número de días que transcurrieron entre el día siguiente a la fecha de retiro del accionante y aquella en que cumplió el requisito de la edad para que surja el derecho al reconocimiento de la pensión, que fue 3.127 días.

Por consiguiente, la base salarial de la primera mesada pensional que corresponde al demandante, se obtiene de la siguiente manera: · AÑO 1993 (360 días):

$591.531,38 X 22.60% (IPC 1993) X 22.59% (IPC 1994) X 19.46% (IPC 1995) X 21.63% (IPC 1996) X 17.68% (IPC 1997) X 16.70% (IPC 1998) X 9.23% (IPC 1999) X 8.75% (IPC 2000) X 6.96% (IPC a septiembre de 2001) X 360 ./. 3.127 = $259.493.95 · AÑO 1994 (360 días):

$591.531,38 X 22.59% (IPC 1994) X 19.46% (IPC 1995) X 21.63% (IPC 1996) X 17.68% (IPC 1997) X 16.70% (IPC 1998) X 9.23% (IPC 1999) X 8.75% (IPC 2000) X 6.96% (IPC a septiembre de 2001) X 360 ./. 3.127 = $211.659,01 · AÑO 1995 (360 días):

$591.531,38 X 19.46% (IPC 1995) X 21.63% (IPC 1996) X 17.68% (IPC 1997) X 16.70% (IPC 1998) X 9.23% (IPC 1999) X 8.75% (IPC 2000) X 6.96% (IPC a septiembre de 2001) X 360 ./. 3.127 = $172.656,02 · AÑO 1996 (360 días):

$591.531,38 X 21.63% (IPC 1996) X 17.68% (IPC 1997) X 16.70% (IPC 1998) X 9.23% (IPC 1999) X 8.75% (IPC 2000) X 6.96% (IPC a septiembre de 2001) X 360 ./. 3.127 = $144.530,40 · AÑO 1997 (360 días):

$591.531,38 X 17.68% (IPC 1997) X 16.70% (IPC 1998) X 9.23% (IPC 1999) X 8.75% (IPC 2000) X 6.96% (IPC a septiembre de 2001) X 360 ./. 3.127 = $118.827,92 · AÑO 1998 (360 días):

$591.531,38 X 16.70% (IPC 1998) X 9.23% (IPC 1999) X 8.75% (IPC 2000) X 6.96% (IPC a septiembre de 2001) X 360 ./. 3.127 = $100.975,46 · AÑO 1999 (360 días):

$591.531,38 X 9.23% (IPC 1999) X 8.75% (IPC 2000) X 6.96% (IPC a septiembre de 2001) X 360 ./. 3.127 = $86.525,67 · AÑO 2000 (360 días): $591.531,38 X 8.75% (IPC 2000) X 6.96% (IPC a septiembre de 2001) X 360 ./. 3.127 = $79.214,00 · AÑO 2001 (247 días):

$591.531,38 X 6.96% (IPC a septiembre de 2001) X 247 ./. 3.127 = $49.976,77 Al realizar la sumatoria de los anteriores valores obtenidos para cada anualidad, el salario base de liquidación debidamente actualizado arroja la suma de $1.223.859,40 que al aplicarle el 75% da como resultado una mesada inicial a favor del actor de $917.894,55 , suma que coincide con la establecida por los falladores de instancia" (negrilla en el original).

45. En contraste, al aplicar la fórmula establecida por la Sentencia T-098 de 2005, se tiene lo siguiente: VA = VH ($591.531,38) x Índice final (66,05898) [20] ---------- Índice Inicial (17,39507) El salario base de liquidación, actualizado según esta fórmula, es de $2.246.381,28, que al aplicarle el reglamentario 75%, da como resultado que la mesada inicial a favor del señor Vargas Reyes debería ser de $1.684.785,96, lo cual implica una diferencia de $766.841,41 con respecto al cálculo de la primera mesada realizado por los jueces laborales.

46. Así, queda demostrado que la segunda fórmula es más favorable para los intereses del señor Vargas Reyes, por lo que su pensión deberá ser reliquidada de conformidad, con el fin de cumplir con los principios constitucionales relacionados con la obligación de mantener el poder adquisitivo de las pensiones. En ese sentido, si bien es cierto que las sentencias laborales aplicaron el precedente laboral vigente para la época en que fueron proferidas (por lo cual no se configura el defecto de desconocimiento del precedente), también lo es que a la luz de la jurisprudencia posterior (actualmente sostenida por todas las jurisdicciones), la fórmula de indexación que le fue aplicada al señor Vargas implica una vulneración de su derecho fundamental a la seguridad social, en tanto que no permite que su mesada pensional mantenga un valor adquisitivo debidamente actualizado. De este modo, dada la naturaleza de la prestación pensional, esta vulneración es actual y tiende a perpetuarse en el tiempo si no es corregida, por lo cual también resulta procedente la acción de tutela impetrada.

47. En ese sentido, no son de recibo los argumentos esgrimidos por los jueces constitucionales de instancia para negar el amparo por considerar que el accionante busca ventilar una simple inconformidad con respecto a la interpretación de la ley aplicable al asunto, cuando en realidad el accionante se encuentra alegando que las sentencias atacadas incurrieron en defectos que lesionaron sus derechos fundamentales y no una simple divergencia de criterios interpretativos. Visto lo anterior, la Sala comparte los alegatos del accionante en el sentido de que las sentencias atacadas incurrieron en un defecto sustantivo por cuanto dieron aplicación a una fórmula matemática para la indexación pensional que no actualiza de manera real el valor de la mesada pensional y, por tanto, no permite cumplir a cabalidad el mandato constitucional de mantener el valor adquisitivo de las pensiones.

48. Al respecto, cabe recordar que la jurisprudencia de esta Corte ha señalado que los jueces incurren en un defecto sustantivo cuando al aplicar una norma vigente y constitucional, esta no es adecuada a la situación fáctica bajo estudio [21] . Esta Sala encuentra que la situación del señor Vargas encaja en el anterior supuesto, por cuanto los jueces tienen la obligación de aplicar en la mayor medida de lo posible el principio pro operario al momento de interpretar las normas laborales. Sin embargo, en las decisiones laborales cuestionadas en la acción de referencia, los despachos judiciales aplicaron el artículo 36 de la Ley 100 a través de una fórmula que daba resultados en detrimento del trabajado por lo que , si bien la fórmula aplicada no era irrazonable, sí resultó ser la menos favorable, lo cual va en contra de los mandatos constitucionales sobre la protección de los trabajadores y la garantía del derecho fundamental a la seguridad social.

49. En consecuencia, la Sala procederá a amparar los derechos fundamentales del señor Jesús Vargas Reyes, revocando los fallos constitucionales de instancia, y dejando sin efectos lo resuelto por las diferentes instancias de la jurisdicción laboral en lo concerniente a la forma de indexación de la primera mesada pensional del accionante. En lo que respecta a las órdenes que deberán adoptarse para que cese la vulneración, para esta Sala es claro que ordenar a los jueces laborales la expedición de nuevos fallos aplicando la fórmula correcta implicaría someter al accionante a una espera injustificada que retrasaría nuevamente la garantía de sus derechos, en vista de que el accionante es una persona de la tercera edad en medio de una situación económica precaria derivada de la enfermedad de su hija, que ya acudió a un proceso ordinario laboral en el cual aprovechó todos los recursos ordinarios y extraordinarios para que le fuera aplicada la fórmula de indexación más favorable. Por lo anterior, se ordenará directamente al Banco Popular S.A. que proceda a indexar la primera mesada pensional del señor Vargas Reyes de acuerdo con la fórmula contenida en la precitada Sentencia T-098 de 2005.

50. Por otra parte, con el fin de precisar esas órdenes, la Sala encuentra necesario hacer algunas consideraciones sobre las reglas que utilizará para determinar el retroactivo que deberá pagársele al accionante, ahora que se ha establecido que procede la indexación de la primera mesada pensional utilizando una nueva fórmula. Sin embargo, como se indicó en consideraciones precedentes , debe tenerse en cuenta que con esto no se pretende establecer una regla de prescripción de mesadas, en tanto que la jurisprudencia constitucional ha afirmado que para pensiones reconocidas con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 y en las cuales la prescripción no fue alegada dentro del proceso ordinario por alguna de las partes, la Corte no tiene competencia para declarar de oficio dicha prescripción [22] .

Hecha la anterior precisión y siguiendo con el asunto objeto de controversia, debe recordarse que en este caso no existe duda acerca del derecho que tiene el accionante a que su pensión sea indexada, sino sobre la fórmula utilizada para realizar esa indexación. En ese sentido, vale decir que en el año en que terminó el proceso ordinario laboral (2004), el Banco Popular tenía la legítima expectativa de que la fórmula usada por los jueces era la correcta, toda vez que hasta ese momento no existían pronunciamientos acerca de la idoneidad de la misma. De hecho, como puede verse en las consideraciones precedentes, el consenso en torno a la fórmula utilizada originalmente por el Consejo de Estado sólo se cristalizó en 2007, cuando la Corte Suprema de Justicia adoptó definitivamente esa forma de actualizar el valor del salario base de liquidación.

51. Debido a esto último, esta Corporación tomará el 13 de diciembre de 2007 (fecha de la sentencia de la Corte Suprema) como el momento en el cual se consolidó la posición jurisprudencial acerca de que lo más adecuado en términos de equidad y justicia material es utilizar la fórmula de indexación que más beneficie al trabajador, siendo ésta, generalmente, la definida originalmente por la jurisdicción contencioso administrativa y luego adoptada por las otras Altas Corporaciones. Por ende, ordenará el pago del retroactivo a favor del accionante desde esa fecha, equivalente a la diferencia resultante entre lo que el ente accionado debía pagar al haberse aplicado la fórmula correcta de indexación y lo que efectivamente pagó como consecuencia del reconocimiento de la pensión . La Sala considera que esta manera de determinar el retroactivo, si bien novedosa, atiende a la justicia material en este caso concreto, porque compensa adecuadamente al accionante por el tiempo durante el cual recibió una pensión liquidada con la fórmula menos favorable y, por otro lado, reconoce que el Banco accionado ha venido pagando la mesada según las determinaciones originales de los jueces ordinarios. Otros casos similares podrían no requerir de este tipo de determinaciones, ya sea porque la fórmula utilizada sí era la más favorable para el trabajador o porque las providencias laborales fueron proferidas con posterioridad al 2007, por ejemplo.

52. Finalmente, es necesario hacer unas precisiones sobre el hecho de que el pago de la prestación pensional del señor Vargas se encuentra siendo compartida, actualmente, por el Banco Popular y Colpensiones, como lo demuestran los informes recaudados en sede de revisión. Al respecto, cabe recordar que la compartibilidad pensional es el fenómeno

jurídico por el cual un empleador que tiene a su cargo el pago de una pensión de jubilación, puede librarse total o parcialmente del pago de la misma cuando el ex trabajador cumple los requisitos para acceder a una pensión de vejez a cargo de una administradora de pensiones (COLPENSIONES, en este caso).

En palabras de la Sentencia T-266 de 2011, " el ex empleador podría eximirse de la totalidad de la prestación de jubilación, si el monto de la pensión a su cargo fuere igual o menor a la mesada de vejez pagada por la entidad de seguridad social; mientras que se libraría solo parcialmente , si la suma sufragada por el ISS tuviere un valor inferior a la solventada por él, quedando obligando entonces, en esta hipótesis, a desembolsar el mayor valor no cubierto por el asegurador, manteniéndose vigente dicha prestación en lo que a ese monto se refiere ".

53. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte, el hecho de que exista una pensión compartida no extingue la obligación a cargo de una o de otra entidad, sino que sus montos se encuentran fusionados en uno sólo, de forma que la entidad de seguridad social subroga al ex empleador en el pago de la misma, salvo en lo relativo al mayor valor que llegare a resultar en su contra, el cual queda obligado a sufragar al pensionado . De este modo, aún si Colpensiones ha subrogado en la totalidad del pago a la entidad a cargo de la pensión de jubilación, esta última obligación subsiste y puede ser objeto de indexación; en otras palabras, lo extinguido respecto del ex empleador, es la obligación de pagar la suma de la mesada pensional que sea equivalente o igual al monto de la mensualidad reconocida por el ISS, más no la pensión en cuanto tal, la cual únicamente se subrogó en dicho monto en favor del ex empleador y en contra de la aseguradora [23] .

54. Por ese motivo, la Sala estima que es jurídicamente viable ordenar la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida por el Banco Popular en tanto que la fórmula utilizada obró en detrimento de los derechos del accionante. En consecuencia, se ordenará al Banco Popular S. A. que efectúe una nueva indexación de la primera mesada pensional del señor Jesús María Vargas Reyes utilizando la fórmula establecida a partir de la Sentencia T-098 de 2005 y que, una vez realizado este cálculo, efectúe los que haya lugar con miras a establecer si en virtud del régimen compartido entre la pensión de jubilación reconocida por el ex empleador y la de vejez sufragada por el Colpensiones, se presenta un mayor valor a pagar a cargo del Banco Popular S.A.

Finalmente, se ordenará a la entidad bancaria que, si a partir de los cálculos anteriores obtiene un mayor valor, lo pague junto con el retroactivo ordenado desde el año 2007.

Conclusiones Vistas las consideraciones precedentes, la Sala procederá a indicar unas conclusiones al respecto del caso bajo estudio: 55. La acción de tutela de referencia es procedente, a pesar de que el accionante había interpuesto dos acciones de tutela anteriores por los mismos hechos, por las siguientes razones: primero, porque la jurisprudencia constitucional ha admitido la posibilidad de interponer varias acciones de tutela para proteger el derecho fundamental a la seguridad social en vista de que este involucra prestaciones sucesivas, de forma que las vulneraciones pueden repetirse o perpetuarse en el tiempo.

Segundo, porque si bien el accionante presentó una primera acción de tutela que le fue negada, la segunda ni siquiera tuvo un pronunciamiento de fondo, en vista de que fue rechazada por temeridad. Así, esta tercera acción aparece, realmente, como la segunda ocasión en la que el señor Vargas ha tenido oportunidad de que se estudie de fondo su solicitud de amparo.

Tercero, porque entre la primera acción y la que ahora se revisa, ocurrieron cambios jurisprudenciales sustanciales como la consolidación, en todas las jurisdicciones, de la regla según la cual debe aplicarse la fórmula de indexación pensional más favorable al trabajador. Esta circunstancia no fue tenida en cuenta al momento de fallarse la primera acción constitucional, cuando las distintas Cortes tenían interpretaciones divergentes al respecto.

56. En cuanto al fondo del asunto, se ha determinado que el señor Vargas tiene derecho a que le sea aplicada la fórmula de indexación más favorable por aplicación del principio pro operario . Realizando la comparación entre la fórmula aplicada en su momento por los jueces laborales en el caso del accionante y aquella que ha venido aplicando la jurisdicción constitucional desde la Sentencia T- 098 de 2005, se tiene que esta última es la más favorable para el caso bajo estudio.

57. Por lo anterior, la Sala ha establecido que las providencias atacadas adolecen de un defecto sustancial que hace procedente la acción de tutela impetrada. Sin embargo, también ha reconocido que la jurisprudencia sobre la aplicación de esta fórmula más favorable al trabajador sólo fue aceptada por todas las jurisdicciones a partir de 2007, cuando la Corte Suprema de Justicia adoptó esta regla. En consecuencia, se ha entendido que el Banco Popular debe volver a indexar la primera mesada pensional del accionante utilizando la fórmula más beneficiosa, es decir, aquella contenida en la Sentencia T-098 de 2005 y deberá pagar un retroactivo desde el 13 de diciembre de 2007, por ser esta la fecha desde la cual se entiende consolidada la jurisprudencia al respecto.

58. Se aclara, entonces, que en esta oportunidad la Sala no se ha pronunciado sobre la prescripción de mesadas pensionales en tanto que, como lo ha reiterado la jurisprudencia en múltiples oportunidades, la Corte no tiene competencia para pronunciarse de oficio sobre este tema en lo referente a pensiones causadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 sino que únicamente se ha tomado una determinación acerca del momento a partir del cual debe pagarse el retroactivo pensional.

Así las cosas, a continuación la Sala procederá a tomar la decisión correspondiente. III. DECISIÓN En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE PRIMERO: REVOCAR los fallos proferidos por la Salas de Casación Penal y Civil de la Corte Suprema de Justicia en primera y segunda instancia, respectivamente, dentro del trámite de la acción de tutela presentada por el señor Jesús María Vargas Reyes en contra del Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín – Sala Laboral, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y el Banco Popular S.A. En consecuencia, CONCEDER el amparo solicitado por el accionante a sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital.

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS , únicamente, lo resuelto acerca de la indexación de la primera mesada pensional del accionante, en la sentencias proferidas por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín el 10 de abril de 2003, (que confirmó la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín el 8 de noviembre de 2002), y por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia el 27 de julio de 2004 en el marco del proceso ordinario laboral adelantado por el señor Jesús María Vargas Reyes contra el Banco Popular S.A., por las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo.

TERCERO: ORDENAR al Banco Popular S.A. que , que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, reconozca y actualice el salario base para la liquidación de la primera mesada pensional del señor Jesús María Vargas Reyes, utilizando la fórmula empleada por la Corte Constitucional en sentencia T-098 de 2005, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR al Banco Popular S.A. que, una vez haya indexado la primera mesada pensional de que trata el numeral tercero, efectúe, dentro de las 48 horas siguientes, los cálculos a que haya lugar con miras a establecer si en virtud del régimen compartido entre la pensión de jubilación reconocida por el Banco y la de vejez sufragada por Colpensiones, se presenta un mayor valor a pagar a cargo del Banco Popular S.A.

QUINTO: ORDENAR al Banco Popular S.A., que dentro de las 48 horas siguientes al cumplimiento de la orden dictada en el numeral cuarto, pague al demandante el mayor valor de que trata ese numeral, si lo hubiere, así como los montos

adeudados y actualizados respecto de los cuales no haya operado la prescripción, desde el 13 de diciembre de 2007, de conformidad con lo dispuesto en las consideraciones de esta providencia.

SEXTO: Por intermedio de la Secretaría General de esta Corporación, líbrese las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA Presidente Con aclaración de voto luis ernesto vargas silva Magistrado ALEJANDRO LINARES CANTILLO Magistrado Con salvamento de voto LUIS GULLERMO GUERRERO PÉREZ Magistrado Con salvamento de voto parcial GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO Magistrado Con salvamento de voto parcial GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO Magistrada Con salvamento de voto JORGE IVÁN PALACIO PALACIO Magistrado Con aclaración de voto AQUILES ARRIETA GÓMEZ Magistrado (e) ALBERTO ROJAS RÍOS Magistrado MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ Secretaria General SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO A LA SENTENCIA SU637/16 ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES- La controversia que presenta el accionante está relacionada únicamente con la fórmula para indexar la primera mesada pensional (Salvamento de voto) Antes de 2005 existía una única fórmula para indexar las primeras mesadas pensionales en la jurisdicción ordinaria laboral y en la constitucional, la cual fue modificada con la sentencia T-098 de 2005, cuando la Corte Constitucional advirtió que en la jurisdicción contenciosa administrativa se estaba aplicando una fórmula más favorable. Es decir, todo el proceso laboral ordinario llevado a cabo por el accionante (incluyendo casación) se rigió conforme a las reglas legales y jurisprudenciales vigentes hasta 2005, en lo relacionado con la fórmula para indexar.

DERECHO A LA INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL- Permite en ocasiones excepcionalísimas, flexibilizar algunos presupuestos de procedencia de la acción de tutela, bajo los supuestos de vulneración continua de los derechos al mínimo vital y a mantener la capacidad adquisitiva de la pensión (Salvamento de voto) ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES- Caso en que se configuró temeridad en la presentación de la acción de tutela por presentar identidad de peticiones y de partes (Salvamento de voto) Referencia:

Expediente T-5.307.724 Acción de tutela presentada por Jesús María Vargas Reyes contra el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín y otros Asunto:

Temeridad en la presentación de la acción y aplicación descontextualizada de la jurisprudencia constitucional Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA 1.

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, presento a continuación las razones por las cuales salvo mi voto en la decisión adoptada por la Sala Plena, en sesión del 17 de noviembre de 2016, en la cual se profirió la sentencia SU-637 de 2016 .

En esta decisión la Sala resolvió revocar en su integridad las sentencias proferidas por las Salas de Casación Penal y Civil de la Corte Suprema de Justicia dentro del trámite de tutela, para en su lugar conceder el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del accionante.

En consecuencia, se dejó sin efectos , únicamente en lo atinente a la indexación de la primera mesada pensional del accionante, los fallos proferidos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín y el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín en el proceso laboral ordinario iniciado por el accionante contra el Banco Popular.

Así mismo, ordenó al Banco Popular reconocer y actualizar el salario base para la liquidación de la primera mesada pensional del accionante, usando la fórmula empleada por la Corte Constitucional en la sentencia T-098 de 2005.

2. La decisión se estructuró de la siguiente manera: Primero , analizó l a temeridad de la acción de tutela. Segundo, explicó las reglas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales .

Tercero, revisó las reglas jurisprudenciales vigentes sobre procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional .

Cuarto, analizó el rango constitucional del derecho a l a indexación de la primera mesada pensional. Quinto , revisó el ámbito de aplicación de la protección constitucional para el reconocimiento del derecho a la indexación de la primera mesada pensional.

Finalmente, resolvió el caso concreto. Al analizar el caso concreto se afirmó que: (i) Se superó la temeridad en la presentación de la acción de tutela , ya que a pesar de haber presentado dos acciones de tutela con anterioridad por los mismos hechos y persiguiendo las mismas pretensiones, el accionante alegaba que la vulneración de su derecho a la seguridad social era continua, y que entre la presentación de la primera acción de tutela y la presente “se produjeron cambios jurisprudenciales de tal magnitud que afectaron las reglas sobre las cuales se fundaron las proferidas dentro del proceso ordinario” [24] .

(ii) Se cumplieron los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales en este asunto. (iii) La jurisprudencia constitucional consolidó en 2005 una fórmula para indexar la primera mesada pensional que le era más favorable al accionante, por lo tanto los jueces en el proceso laboral ordinario debieron aplicarla. Se indicó que si bien los jueces laborales “aplicaron el precedente laboral vigente para la época en que fueron proferidas las sentencias” (2004), era imperiosa la aplicación de la nueva fórmula “a la luz de la jurisprudencia posterior” so pena de vulnerar el derecho a la seguridad social [25] . Se explicó que no son de recibo los argumentos esgrimidos por los jueces de instancia acerca de que el presente caso buscaba ventilar una inconformidad en la interpretación de la ley hecha por la jurisdicción ordinaria y la que se dio, con posterioridad, en la jurisdicción constitucional.

3. A partir de los elementos fácticos y jurídicos que rodean este caso particular, presento mi salvamento de voto debido a mi desacuerdo tanto con la parte motiva como resolutiva de esta sentencia. Mi oposición encuentra fundamento en las siguientes razones:

Contexto fáctico de la decisión 4. Estimo que en la sentencia no se deja claro el contexto de la petición del actor, pues la narración de los hechos que efectúa el magistrado sustanciador omite información relevante para el análisis del caso concreto, tanto en su aspecto de procedibilidad de la acción como en el fondo.

4.1 Se omite la narración y el estudio de los defectos planteados por el accionante en el caso concreto. En efecto, después de revisar el expediente y el escrito de la tutela se evidencia que el actor consignó en esa solicitud que las sentencias proferidas por los jueces ordinarios contra las cuales presentó el amparo, incurrieron en tres supuestos defectos: 1.

Desconocimiento del precedente, 2. Defecto sustantivo y 3. Violación directa de la Constitución . Sin embargo, los mismos no fueron reseñados como tal en los antecedentes de la sentencia, ni tampoco se hizo el estudio de cada uno de ellos a partir de la perspectiva que los presenta el accionante.

Lo anterior, resultaba profundamente relevante para la solución del presente asunto ya que esa indicación, así como otras que el actor dejó explícitas en su acción de tutela, evidenciaban que éste presentó claramente una acción de tutela contra providencias judiciales y definió el ámbito de evaluación que solicitó a los jueces de tutela, en especial, frente al eventual desconocimiento de un precedente que para la época de la expedición de las sentencias atacadas no existía.

Lo mismo ocurrió frente a los supuestos defectos sustantivo y violación directa de la Constitución alegados, pues éstos estaban encaminados a cuestionar la aplicación de una interpretación legal sobre la fórmula para indexar, que era sobre la

cual existía consenso en la jurisdicción laboral ordinaria al momento en que los jueces emitieron las sentencias atacadas en tutela (2002, 2003 y 2004).

4.2 Se presenta el caso como un asunto sobre vulneración del derecho a la indexación de la primera mesada pensional, sin embargo ese derecho se le reconoció al actor desde 2002.

Aunado a lo relatado, es importante destacar también que este caso se presentó por parte del Magistrado sustanciador como uno en donde se debate el derecho a la indexación de la primera mesada pensional. Sin embargo, de lo expuesto en los antecedentes y de lo extraído del expediente de tutela es claro que ese no es el problema jurídico que se resuelve.

En efecto, no se trata de un reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional, porque la misma sí fue concedida desde 2002 por parte del juez laboral de primera instancia. La controversia que presenta el accionante está relacionada únicamente con la fórmula para indexar .

En torno a este punto es relevante destacar que, como se reconoce en esta misma sentencia, antes de 2005 existía una única fórmula para indexar las primeras mesadas pensionales en la jurisdicción ordinaria laboral y en la constitucional, la cual fue modificada con la sentencia T-098 de 2005, cuando la Corte Constitucional advirtió que en la jurisdicción contenciosa administrativa se estaba aplicando una fórmula más favorable (fundamento jurídico 31). Es decir, todo el proceso laboral ordinario llevado a cabo por el accionante (incluyendo casación) se rigió conforme a las reglas legales y jurisprudenciales vigentes hasta 2005, en lo relacionado con la fórmula para indexar.

Una vez se emite la referida sentencia T-098 de 2005, es que el actor inicia sus acciones contra las sentencias laborales, no por la ausencia de indexación sino por el cambio jurisprudencial que supuso esa nueva posición en la Corte Constitucional, relacionada exclusivamente con la fórmula a aplicar y no con el derecho como tal.

Estimo que ese cambio de perspectiva es relevante, pues desde el punto de vista constitucional el derecho a la indexación de la primera mesada pensional permite, en ocasiones excepcionalísimas, flexibilizar algunos presupuestos de procedencia de la acción de tutela, bajo los supuestos de vulneración continua de los derechos al mínimo vital y a mantener la capacidad adquisitiva de la pensión. Sin embargo, no ocurre lo mismo cuando el problema jurídico que se presenta está relacionado con la aplicación de una u otra fórmula para indexar. Menos aún en las condiciones que propone el accionante en este caso (desconocimiento del precedente, defecto sustantivo y violación directa de la Constitución), ya que las decisiones tomadas por los jueces naturales aplicaron la ley y la jurisprudencia vigente para la época en cumplimiento de la igualdad, el respeto al precedente y la seguridad jurídica.

4.3 Se omite información presente en el expediente. Por último, como lo expuse en su momento en la Sala Plena, me parecía pertinente que en este caso se indicara la fecha de la presentación de esta acción de tutela, lo cual es relevante para realizar el análisis de la temeridad y de inmediatez porque el actor alega un supuesto hecho nuevo que surgiría en el año 2012. Sin embargo, de esa fecha no se dejó constancia ni en los antecedentes ni en el caso concreto.

Dejando claro este contexto, paso a explicar por qué estimo erróneo el análisis que se efectúa sobre la temeridad en la presente acción de tutela.

Sobre el estudio de la temeridad 5. Como lo expuse en su momento a la Sala Plena, considero que en este caso sí se configuró temeridad en la presentación de esta acción de tutela por presentar identidad de peticiones y de partes, en relación con la demanda que fue fallada en 2006.

Así, según lo expresa el accionante, éste presentó dos acciones de tutela anteriores con las mismas pretensiones. La primera fue negada el 13 de febrero de 2006, debido a que no se configuraron los presupuestos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. La segunda fue rechazada de plano mediante auto del 23 de septiembre

de 2013 por configurarse la temeridad. En esa segunda ocasión, el tutelante alegó que con la expedición de la SU-1073 de 2012, se generó un hecho nuevo en su caso que permitía superar la temeridad.

Según la ponencia la temeridad no puede estudiarse respecto de esta segunda acción de tutela, en tanto la misma no fue resuelta de fondo; es decir no existe cosa juzgada. En principio estoy de acuerdo con ese argumento, no obstante estimo que era pertinente adicionar que la sentencia SU-1073 de 2012 no podía constituir un hecho nuevo en este caso concreto, pues la aplicación de la fórmula de indexación que el accionante pretendía que usasen en su caso se venía dando desde 2005; es decir, a partir de la sentencia T-098 de 2005.

Luego, la sentencia de 2012 no era relevante para definir el supuesto hecho nuevo. Ahora bien, respecto de la primera acción de tutela, la ponencia usó dos argumentos para desvirtuar la ocurrencia de la temeridad, con los cuales no estoy de acuerdo:

5.1 El primer argumento fue que la vulneración al derecho a la seguridad social y al mínimo vital del accionante era continua en el tiempo por tanto era posible la presentación de una nueva acción de tutela (fundamento jurídico 8).

No estoy de acuerdo con la aplicación de esta tesis en el presente caso en tanto, como lo advertí ut supra , no se trata de proteger el derecho a la indexación de la primera mesada del actor (casos en los que esa regla aplica), sino que la controversia está circunscrita a la aplicación de una fórmula que ya se daba al momento del primer fallo de tutela en 2006. Estimo que la implementación de una u otra fórmula para indexar se da en un solo momento (cuando se accede al derecho a la indexación), por lo cual no puede hablarse de una “vulneración continua del derecho” .

5.2 El otro argumento usado en la sentencia fue que entre la presentación de la primera acción de tutela y la presente “se produjeron cambios jurisprudenciales de tal magnitud que afectaron las reglas sobre las cuales se fundaron las proferidas dentro de la proceso ordinario” (fundamento jurídico 10) Tampoco estoy de acuerdo con ese argumento porque: i) el cambio jurisprudencial se produjo desde la sentencia SU-120 de 2003, y se consolidó con la sentencia T-098 de 2005, tal y como se establece en la parte motiva de esta providencia. ii) Es decir, al momento de la presentación de la acción de tutela de 2006 ya había una postura consolidada al interior de la jurisdicción constitucional. iii) Entre 2006 y la fecha de presentación de la presente acción no hubo ningún cambio en la jurisprudencia constitucional que habilitara la tesis sobre la ocurrencia de un hecho nuevo. Contrario a lo afirmado en la ponencia, con posterioridad a la sentencia T-098 de 2005, las reglas constitucionales han sido pacíficas y reiteradas en este punto.

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que las acciones de tutela propuestas en 2006 y la actual tienen identidad de partes, de pretensiones y de hechos, y no se aporta ningún hecho nuevo relevante que permita desvirtuar la cosa juzgada, por ende, era clara la configuración de la temeridad frente a la acción presentada en 2006.

El análisis de fondo es incongruente 6. Ahora bien, frente al análisis del caso concreto realizado estimo que el mismo es incongruente y puede generar la nulidad del fallo, lo anterior por las siguientes razones:

6.1 Se dice que los jueces laborales “incurrieron en un defecto sustantivo por cuanto dieron aplicación a una fórmula matemática para la indexación pensional que no actualiza de manera real el valor de la mesas pensional y por tanto se incumple el mandato constitucional” (fundamento jurídico 47).

Frente a este punto estimo que no se analizó que la fórmula aplicada con anterioridad a la T-098 de 2005, era avalada incluso por la jurisprudencia constitucional, ¿cómo puede configurarse un defecto sustantivo, si un juez da plena aplicación a las normas y a la jurisprudencia vigente? Afirmar que se configuró un defecto sustantivo en este caso sería avalar la exigencia de un absurdo como que los jueces debían ser visionarios y entender que el parámetro de constitucionalidad iba a cambiar años después de aplicar la norma vigente.

Por ello, desde mi punto de vista, esa argumentación no sólo es falaz sino también incongruente, ya que lo lógico en nuestro sistema jurídico y lo que el régimen constitucional busca a partir de la jerarquización de los precedentes, es precisamente que un juez de menor rango aplique el precedente vigente al momento de fallar, tal y como ocurrió en este caso. La sentencia afirma exactamente lo contrario, por ello se rompe el principio de congruencia y de lógica argumentativa.

6.2 En otro acápite de esta providencia, se afirmó que los jueces debieron aplicar el principio pro operario o de favorabilidad, pues debieron escoger la interpretación más favorable (fundamento jurídico 48). El problema con esta afirmación es que en 2002, 2003 y 2004 (años en los cuales fueron emitidos los fallos atacados con esta acción de tutela), no había variedad de interpretaciones posibles debido a que la fórmula era aplicada pacíficamente en la jurisdicción laboral y constitucional. Así mismo lo reconoce el fallo del cual me aparto cuando indica que “el Banco Popular tenía la legítima expectativa de que la fórmula usada por los jueces era correcta, toda vez que hasta ese momento no existían pronunciamientos acerca de la idoneidad de la misma” (fundamento jurídico 50).

Tal y como lo expone esta misma sentencia, el cambio y la consolidación de una fórmula de indexación más favorable sólo ocurrió con la T-098 de 2005 en tanto ésta amplió la mirada a la jurisdicción contencioso administrativa y halló la necesidad de unificar un solo parámetro para todas las jurisdicciones. Sin embargo, la regla aplicada en el caso del actor no era irrazonable, caprichosa ni arbitraria, por el contrario era aceptada legal y constitucionalmente.

Por todo lo anterior, resulta incongruente afirmar que los jueces no tomaron decisiones irrazonables ni caprichosas ni ilegales, pero al mismo tiempo declarar fundado el defecto sustantivo y la violación directa de la Constitución.

Fecha ut supra GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO Magistrada ACLARACIÓN DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS MARÍA VICTORIA CALLE CORREA Y JORGE IVAN PALACIO PALACIO A LA SENTENCIA SU637/16 ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES PARA INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL- La delimitación del momento a partir del cual se reconoce el retroactivo pensional no implica declaración sobre la ocurrencia del fenómeno prescriptivo (Aclaración de voto) La aplicación del principio pro operario es vinculante en este caso no a partir de la fecha en que se verificó un consenso en las tres Altas Cortes sobre la fórmula de indexación de la primera mesada pensional, sino desde la aceptación de la fuerza material de mandatos constitucionales, por lo menos , a partir de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 .

Referencia: Expediente T-5307724 Acción de tutela instaurada por Jesús María Vargas Reyes contra el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín.

Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA Compartimos la decisión adoptada por la Sala Plena de la Corporación en la sentencia SU-637 de 2016, que, en síntesis, tuteló los derechos fundamentales a la seguridad social y mínimo vital del señor Jesús María Vargas Reyes (i); dejó sin efectos las decisiones judiciales proferidas dentro del proceso ordinario laboral incoado por él contra el Banco Popular S.A., en lo resuelto sobre la aplicación de la fórmula de indexación de la primera mesada pensional (ii); y, ordenó al Banco Popular indexar la pensión de jubilación acudiendo para el efecto a la fórmula acogida por la Corte Constitucional en la sentencia T-098 de 2005, con efectos a partir del 13 de diciembre de 2007 (iii). No obstante, aclaramos el voto sobre esta última determinación, esto es, conceder el derecho reclamado a partir de una fecha determinada, por las razones que exponemos a continuación.

Primero – antecedentes relevantes 1. El señor Jesús María Vargas Reyes laboró al servicio del Banco Popular, en condición de trabajador oficial, del 12 de septiembre de 1966 al 1 de enero de 1993. Al cumplir el requisito de edad, 55 años, solicitó el reconocimiento de su pensión de jubilación a partir del 7 de septiembre de 2001 bajo el amparo de la Ley 33 de 1985 (compartida con el Instituto de Seguro Social, actualmente Colpensiones, a partir de los 60 años de edad).

La discusión sobre el derecho pensional, luego de la reclamación ante el Banco Popular, se llevó a cabo a través de proceso judicial ante la jurisdicción ordinaria laboral. En primera instancia el Juzgado Sexto Laboral de Medellín, mediante sentencia de 8 de noviembre de 2002, sostuvo que el accionante ostentaba el derecho conforme a la Ley 33 de 1985, ordenando además la indexación de la primera mesada pensional con fundamento en la fórmula que venía acogiendo la Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral. Contra la anterior decisión el señor Vargas Reyes incoó recurso de apelación, solicitando que la indexación se efectuara aplicando lo dispuesto en el artículo 11 inciso 1º del Decreto 1748 de 1995, que corresponde a la fórmula aplicada por el Consejo de Estado en virtud de lo dispuesto en el artículo 178 del anterior Código Contencioso Administrativo. El Tribunal Superior de Medellín - Sala Laboral, mediante sentencia de 10 de abril de 2003, confirmó la decisión adoptada por el A quo . Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral, en decisión de 27 de julio de 2004, decidió no casar lo resuelto por el Ad quem .

2. En el fallo de tutela contra las anteriores decisiones judiciales adoptado por la Sala Plena de la Corte Constitucional, en sede de revisión, se sintetiza acertadamente la línea pacífica y uniforme que esta Corporación ha sostenido sobre el derecho a la indexación de la primera mesada pensional, tanto de aquellas prestaciones adquiridas antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 como de aquellas adquiridas con posterioridad. Del mismo modo, se expuso que tradicionalmente la Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral y el Consejo de Estado afirmaban la aplicación de fórmulas diferentes de la indexación de la primera mesada pensional, mientras que la Corte Constitucional a partir de la sentencia T-098 de 4 de febrero de 2005 [26] había acogido la del Consejo de Estado. Posteriormente, se agregó, la Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral adoptó en fallo de 13 de diciembre de 2007 la fórmula expuesta por el Consejo de Estado, concluyendo que a partir de este momento las tres Altas Corporaciones llegaron a un consenso sobre el asunto.

A continuación, en la providencia SU-637 de 2016, se sostiene que aunque no se puede considerar que las decisiones judiciales proferidas en el proceso que adelantó el accionante contra el Banco Popular hayan incurrido en desconocimiento de precedente, pues para el momento en que se profirieron se ajustaban a la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, sí incurrían en defecto sustantivo, pues aplicaron el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 de manera desfavorable, esto es, desconociendo el principio pro operario.

Al respecto, se manifestó: “48. (…) cabe recordar que la jurisprudencia de esta Corte ha señalado que los jueces incurren en un defecto sustantivo cuando al aplicar una norma vigente y constitucional, esta no es adecuada a la situación fáctica bajo estudio [21] .

Esta Sala encuentra que la situación del señor Vargas encaja en el anterior supuesto, por cuanto los jueces tienen la obligación de aplicar en la mayor medida de lo posible el principio pro operario al momento de interpretar las normas laborales. Sin embargo, en las decisiones laborales cuestionadas en la acción de referencia, los despachos judiciales aplicaron el artículo 36 de la Ley 100 a través de una fórmula que daba resultados en detrimento del trabajado por lo que , si bien la fórmula aplicada no era irrazonable, sí resultó ser la menos favorable, lo cual va en contra de los mandatos constitucionales sobre la protección de los trabajadores y la garantía del derecho fundamental a la seguridad social”.

Bajo este presupuesto la Corporación destacó que teniendo en cuenta el indiscutible derecho del accionante a la indexación de su primera mesada pensional, por un lado, y la expectativa legítima del Banco Popular de que la fórmula aplicada por los jueces ordinarios de la jurisdicción laboral era la correcta, por el otro, el retroactivo pensional debía concederse a partir del 13 de diciembre de 2007 , esto es, de la fecha en la que, conforme a lo expuesto en la misma decisión, se consolidó la tesis de la aplicación de la fórmula de indexación expuesta por el Consejo de Estado, con el fallo de la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral:

“51. Debido a esto último, esta Corporación tomará el 13 de diciembre de 2007 (fecha de la sentencia de la Corte Suprema) como el momento en el cual se consolidó la posición jurisprudencial acerca de que lo más adecuado en

términos de equidad y justicia material es utilizar la fórmula de indexación que más beneficie al trabajador, siendo ésta, generalmente, la definida originalmente por la jurisdicción contencioso administrativa y luego adoptada por las otras Altas Corporaciones".

Segundo - razones de la aclaración 3. Tal como lo referimos previamente, el motivo de esta aclaración de voto recae en la decisión de limitar el reconocimiento del mayor valor pensional resultado de la aplicación de la fórmula de indexación más favorable al 13 de diciembre de 2007 , fecha en la cual la Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral profirió decisión judicial acogiendo la fórmula de indexación de la primera mesada pensional en los términos del Consejo de Estado.

3.1. En una decisión anterior, en la sentencia SU-1073 de 2012 [27] , salvamos el voto sobre la aplicación de la prescripción trienal del mayor valor pensional resultante del reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional.

Aunque en el referido caso el supuesto fáctico sobre el que se centró la Sala recayó sobre una pensión causada antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política y se decidió aplicar el fenómeno prescriptivo teniendo en cuenta como momento determinante la fecha de notificación de la decisión proferida por la Corte Constitucional, existe un elemento relevante expuesto en dicha oportunidad y que cabe reiterar nuevamente.

Ese aspecto está relacionado con la existencia de reglas específicas y especiales sobre la aplicación de la prescripción en materia laboral, en los casos de conocimiento de la jurisdicción ordinaria laboral. Estas reglas, fijadas por el legislador en virtud de su competencia constitucional se inspiran en principios sustantivos que no pueden desconocerse, por lo que su observancia, salvo una adecuada y razonada justificación, es vinculante también para el juez constitucional en sede de tutela. Una de tales mandatos, tal como lo destacamos en el salvamento de voto a la sentencia SU-1073 de 2012, es la prohibición de declarar de oficio la extinción de derechos por el transcurso del tiempo.

La vinculación de tal regla en el caso pensional del señor Jesús María Vargas Reyes, quien desde el proceso ordinario laboral ha reclamado el derecho a que la indexación de su mesada pensional se efectúe conforme a la fórmula aplicada desde sus inicios por el Consejo de Estado y ante la inexistencia de una alegación de prescripción por parte del Banco Popular, exigía considerar la concesión del beneficio prestacional desde el mismo momento de adquisición de la pensión de jubilación, y no desde el 13 de diciembre de 2007 como lo decidió la Sala Plena de la Corporación en la sentencia SU-637 de 2016.

No obstante, aclaramos simplemente el voto en razón a que la Sala destacó en varios apartados de su motivación que la decisión de conceder el beneficio pensional a partir de tal fecha, no implicaba la declaración o un pronunciamiento sobre la ocurrencia de prescripción. Esto es, su decisión en sede de tutela no resolvió tal tópico, sino que, ponderando los intereses que se verificaron en conflicto, se adoptó la decisión que en su consideración atendía de mejor manera la justicia material. En tal sentido, se refirió por la Sala:

"50. (…) Sin embargo, como se indicó en consideraciones precedentes, debe tenerse en cuenta que con esto no se pretende establecer una regla de prescripción de mesadas, en tanto que la jurisprudencia constitucional ha afirmado que para pensiones reconocidas con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 y en las cuales la prescripción no fue alegada dentro del proceso ordinario por alguna de las partes, la Corte no tiene competencia para declarar de oficio dicha prescripción… 58.

Se aclara, entonces, que en esta oportunidad la Sala no se ha pronunciado sobre la prescripción de mesadas pensionales en tanto que, como lo ha reiterado la jurisprudencia en múltiples oportunidades, la Corte no tiene competencia para pronunciarse de oficio sobre este tema en lo referente a pensiones causadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 sino que únicamente se ha tomado una determinación acerca del momento a partir del cual debe pagarse el retroactivo pensional".

Así entonces, la delimitación del momento a partir del cual se reconoce el retroactivo pensional no implica declaración sobre la ocurrencia del fenómeno prescriptivo, este aspecto no fue objeto concreto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional.

3.2. Tal claridad es, además, necesaria y coherente con el defecto sustantivo que la Sala encontró en las providencias judiciales cuestionadas por vía de tutela, y que viabilizó la concesión del amparo invocado. Así, la aplicación del principio pro operario es vinculante en este caso no a partir de la fecha en que se verificó un consenso en las tres Altas Cortes sobre la fórmula de indexación de la primera mesada pensional, sino desde la aceptación de la fuerza material de mandatos constitucionales, por lo menos , a partir de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991.

Fecha ut supra María Victoria Calle Correa Magistrada Jorge Iván Palacio Palacio Magistrado SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO A LA SENTENCIA SU637/16 INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL Y TERMINO DE PRESCRIPCION- Reglas, según sentencia SU1073/12 para pensiones reconocidas con anterioridad a la Constitución de 1991(Salvamento parcial de voto) A mi juicio, en futuras decisiones sobre el tema dicha prescripción deberá contabilizarse a partir de la fecha en que las mismas se profieran, a efectos de evitar que quienes se demoren en ejercer la acción reclamando el derecho indexatorio resulten mayormente privilegiados respecto de quienes lo hagan con antelación o prontitud, lo cual resultaría contradictorio desde el punto de vista económico pues aquellos injustificadamente, recibirían más dinero que estos.

Referencia: Referencia: expediente T-5.307.724. Acción de tutela interpuesta por Jesús María Vargas Reyes contra el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín - Sala Laboral, Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y el Banco Popular S.A.

Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA Respetuosamente, estimo imperioso expresar la razón de ser de mi discrepancia parcial, que se sintetiza en que, a mi juicio, no procedía la orden de dejar sin efecto los fallos de los jueces laborales, como tampoco ordenar el pago del mayor valor y los montos actualizados desde el 13 de diciembre de 2007, por cuanto estimaron que la actualización de la mesada pensional a que tenía derecho el actor, solo debía aplicarse respecto de los tres años anteriores a esta sentencia, conforme lo ha señalado la Corte en sentencias anteriores.

Así mismo, en su momento, he dejado sentando mi postura, sobre el tema de la prescripción cuando se aplica la indexación de la primera mesada pensional, en los salvamentos y aclaraciones que expuse en las providencias SU-1073 de 2012, SU-542 y Auto 111 de 2016, respecto a lo que en mismas, se resolvió, con base en las consideraciones que seguidamente se transcriben:

"La decisión de mayoría al momento de aplicar la prescripción a las mesadas pensiónales reconocidas en razón a la sustitución pensional a la que la actora tuvo derecho, debió tener en cuenta que al contar el término desde el momento que se reclama la indexación, se pone 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.

Este tópico fue dilucidado en la sentencia SU-1073 de 2012, en el sentido de que acuerdo con la Sala Plena de esta Corporación, como es sólo "a través de [la sentencia SU-1073 de 2012] que la Corte Constitucional consolida la jurisprudencia"

a este respecto, en dicha sentencia se adoptó una decisión consultando el principio de sostenibilidad fiscal, al considerar que, ordenar el pago retroactivo de la indexación desde la fecha en que se presentó la primera reclamación, pondría en riesgo la estabilidad del Sistema General de Pensiones.

Por lo anterior, esta Corte realizó una interpretación orientada a equilibrar los intereses en pugna teniendo en cuenta que "la certeza del derecho es el momento a partir del cual se debe determinar el término de la prescripción", de modo que "pese al carácter universal del derecho a la indexación de la primera mesada pensional, la divergencia interpretativa sobre su procedencia en aquellas causadas con anterioridad a 1991, hace que sólo a partir de esta decisión de unificación [sentencia SU-1073 de 2012] se genere un derecho cierto y exigible ". Regla que, de acuerdo con la citada sentencia es aplicable únicamente a las pensiones causadas con anterioridad a la Constitución de 1991 [28] '.

En la sentencia SU-1073 de 2012 tuve la oportunidad de destacar en la disidencia que expuse que se debe distinguir que para algunos de estos casos no resultan aplicables las normas generales contenidas en los artículos 151 y 448 del Código Sustantivo del Trabajo, en materia de prescripción, por cuanto, este término la interrumpe "por una sola vez" y la misma no puede contabilizarse de forma indefinida, es decir, estas normas ya operaron desde la solicitud escrita del trabajador presentada ante el empleador y/o desde la presentación de la demanda laboral, pero en el trámite surtido y agotado ante la jurisdicción ordinaria, en la cual, las resultas de las sentencias fueron la negación del derecho laboral y constitucional a la indexación de la primera mesada pensional.

Por consiguiente, el término de prescripción que se aplica en sede de revisión de tutela, es de naturaleza netamente constitucional y obedece a la interpretación de principios y valores constitucionales que propenden hacia la protección de los derechos fundamentales, y por ello se ordenó que los retroactivos generados por la indexación de las primeras mesadas pensiónales fueran pagados a partir de los tres años anteriores a la expedición de la presente sentencia de unificación, pues es esta última la que está reconociendo y declarando el derecho.

Pero, además, a mi juicio, en futuras decisiones sobre el tema dicha prescripción deberá contabilizarse a partir de la fecha en que las mismas se profieran, a efectos de evitar que quienes se demoren en ejercer la acción reclamando el derecho indexatorio resulten mayormente privilegiados respecto de quienes lo hagan con antelación o prontitud, lo cual resultaría contradictorio desde el punto de vista económico pues aquellos injustificadamente, recibirían más dinero que estos".

Dejo así explicada, de manera sucinta, las razones por las cuales discrepé parcialmente de la decisión de la mayoría. Fecha ut supra, GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO Magistrado [1] Sentencia T-1215 de 2003, M.P. Clara Inés Hernández.

[2] Ver Sentencias T-206 de 2014, M.P. Nilson Pinilla. También las sentencias T-145 de 1995, T-308 de 1995, T-091 de 1996, T-001 de 1997, T-1215 de 2003, T-721 de 2003, T-148 de 2005 , T-458 de 2003, T-919/03, T-707/03 y SU-388 de 2005, entre otras.

[3] En principio, esta interpretación encuentra su origen en lo establecido por la misma sentencia C- 543, en el sentido de que “ no procede la acción de tutela contra ninguna providencia judicial, con la única salvedad del perjuicio irremediable, desde luego aplicada en este evento como mecanismo transitorio supeditado a la decisión definitiva que adopte el juez competente”, con lo cual se debe entender que la tutela es procedente en casos excepcionales, como efectivamente lo ha hecho esta Corporación (Véase también Auto No. 010 de 1993, M. P. Jorge Arango Mejía).

[4] El concepto de “vía de hecho” fue definido tempranamente por la jurisprudencia constitucional como “ Una actuación de la autoridad pública se torna en una vía de hecho susceptible del control constitucional de la acción de tutela cuando la conducta del agente carece de fundamento objetivo, obedece a su sola voluntad o capricho y tiene como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales de la persona ” (Sentencia T – 079 de 26 de febrero de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñóz). En el mismo sentido, ver Sentencias T - 433 de 1993, M. P. Fabio Morón Díaz y T – 158 de 26 de abril de 1993, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[5] M.P. Eduardo Cifuentes Muñóz. [6] Ver, por ejemplo, Sentencia T – 323 de 2014, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. [7] Cabe anotar que los antecedentes inmediatos de esta Sentencia se encuentran en las Sentencias T- 441 de 29 de mayo de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett; T – 606 de 17 de junio de 2004, M. P. Rodrigo Uprimmy Yepes y T – 608 de 17 de junio de 2004, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, entre otras.

[8] Sentencia T – 217 de 17 de abril de 2013, M. P. Alexei Julio Estrada. Ver también Sentencias C – 590 de 8 de junio de 2005, M. P. Jaime Córdoba Treviño y SU – 913 de 11 de diciembre de 2009, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

[9] Sentencia T – 217 de 17 de abril de 2013, M. P. Alexei Julio Estrada. Estas causales fueron desarrolladas extensamente en la ya citada Sentencia C – 590 de 8 de junio de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

[10] Sentencia T-184 de 2015, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza. En el mismo sentido, ver Sentencias T-534 de 2001; T-1016 de 2001, T-620 de 2002, T-634 de 2002, T-1022 de 2002, T-447 de 2006, T-483 de 2010, T-362 de 2010, T-1325 de 2005, T-494 de 2006, T-158 de 2006, T-234 de 2011 y T-526 de 2010, entre otras.

[11] Al respecto, ver Sentencias T-425 de 2009, T-014 y T-855 de 2008. [12] Ver, en ese sentido, Sentencia T-697 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao, entre otras.

[13] M.P. Jaime Araújo Rentería. [14] Sentencia T-374 de 2012, M.P. María Victoria Calle. [15] Al respecto, ver Sentencias T-457 de 2009, T-141 de 2009, T-908 de 2008, T-014 de 2008 y T-696 de 2007.

[16] Ver las ya citadas Sentencias T-374 de 2012 y T-697 de 2010. [17] Ver Sentencia de la Corte Suprema de Justicia Rad. 13336 de 6 de Julio de 2000, entre varias otras, incluyendo la Sentencia atacada por la acción de tutela de referencia: Rad. 21907 de 27 de julio de 2004.

[18] Concretamente, según lo dispuesto por el Consejo de Estado en Sentencias 25000 23 25 0001999 6877 01 y 25000 23 25 000 1998 4042 01 M.P.: Dr. Ana Margarita Olaya Forero. Cfr.

Sentencia T-098 de 2005, Corte Constitucional. [19] Cabe resaltar que las diferentes Salas de la Corte Constitucional, desde 2005 en adelante, han aplicado de manera consuetudinaria, persistente y pacífica la fórmula definida por la Sentencia T-098 de 2005, como puede observarse en las Sentencias T-425 de 2007, T-815 de 2007, T-1059 de 2007, T-311 de 2008, T-908 de 2008, T-366 de 2009, T-425 de 2009, T-629 de 2009, T-076 de 2010, T-361 de 2011, SU-1073 de 2012, SU-131 de 2013 y SU-415 de 2015, entre muchas otras.

[20] Recuérdese que el “índice final” equivale al IPC vigente a la fecha del reconocimiento de la pensión (7 de septiembre de 2001 para el caso del accionante) mientras que el “índice inicial” es el IPC vigente en la fecha de retiro del trabajador (es decir, 1 de enero de 1993 en este caso). Los índices utilizados se consideran hechos notorios y fueron obtenidos del registro histórico que conserva el Banco de la República. Este registro puede ser consultado en www.banrep.gov.co/es/ipc .

[21] Así por ejemplo, ver Sentencia SU – 918 de 2013. [22] Cfr. Sentencias T-901 de 2010, T-374 de 2012 y SU – 1073 de 2012. Al respecto, debe tenerse en cuenta que, si bien el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo señala que el juez tiene la facultad de resolver de oficio sobre la excepción de prescripción extintiva, esta norma sólo aplica para procedimientos contencioso administrativos y no para conflictos laborales privados, como lo es el caso bajo estudio.

[23] Sentencia T-266 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas. [24] Fundamentos 8 y 10 de esta sentencia. [25] Fundamento 46 de esta sentencia. [26] MP Jaime Araujo Rentería (unánime).

[27] MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; AV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alexei Egor Julio Estrada y Nilson Pinilla Pinilla;

y, SPV María Victoria Calle Correa. [28] Sentencia SU-131 de 2013.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/SU637-16.htm
Copia de consulta hecha el 29 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.