



COMUNICADO No. 46

Octubre 31 de 2018

LA CARENCIA DE CERTEZA Y SUFICIENCIA EN LOS CARGOS DE INCONSTITUCIONALIDAD FORMULADOS CONTRA UN SEGMENTO DE LA NORMA QUE REGULA LOS REQUISITOS DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ, IMPIDIÓ QUE LA CORTE PUDIERA EMITIR UNA DECISIÓN SOBRE LA DEMANDA

I. EXPEDIENTE D-12278 - SENTENCIA C-105/18 (Octubre 31)
M.P. Diana Fajardo Rivera

1. Norma acusada

LEY 860 DE 2003
(Diciembre 26)

Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones

ARTÍCULO 1. El artículo 39 de la Ley 100 quedará así:

Artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores **a la fecha de estructuración**.
2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma.

PARÁGRAFO 1o. Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.

PARÁGRAFO 2o. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.

2. Decisión

Declararse **INHIBIDA** para pronunciarse sobre la exequibilidad del aparte demandado del artículo 1 de la Ley 860 de 2003 "*Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones*".

3. Síntesis de los fundamentos

La Sala Plena de la Corte Constitucional consideró que los cargos presentados en la demanda de inconstitucionalidad promovida en contra de la expresión "*a la fecha de estructuración*", contenida en el numeral 1º del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, no reunía los requisitos certeza y especificidad que le permitieran emitir un pronunciamiento de fondo acerca de su constitucionalidad, toda vez que no se predica del contenido de la norma acusada, sino que se deriva de una interpretación subjetiva de los demandantes acerca de su alcance, sustentada en casos particulares y no en una confrontación del texto legal y la Constitución. Por consiguiente, la Corte concluyó que había lugar a proferir un pronunciamiento inhibitorio.

LAS PROHIBICIONES PARA CONTRATAR DIRECTA O INDIRECTAMENTE CON EL RESPECTIVO DEPARTAMENTO, DISTRITO O MUNICIPIO, DE LOS CÓNYUGES Y COMPAÑEROS PERMANENTES DE LOS GOBERNADORES, DIPUTADOS Y ALCALDES MUNICIPALES Y DISTRITALES, SE AJUSTAN AL AMPLIO MARGEN DE LA POTESTAD DE CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA EN LA MATERIA

II. EXPEDIENTE D-11830 - SENTENCIA C-106/18 (Octubre 31)
M.P. Alejandro Linares Cantillo

1. Norma acusada

LEY 1148 DE 2007
(Abril 29)

Por medio de la cual se modifica el artículo 1o de la Ley 1148 de 2007

ARTÍCULO 1. El inciso 3 del artículo 1 de la Ley 1148 de 2007, modificatorio del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, quedará así:

“**Artículo 49.** Prohibiciones relativas a [..]. Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales, concejales municipales y distritales y sus **parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad**, segundo de afinidad, o primero civil **no podrán ser contratistas** del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente”.

2. Decisión

Primero.-LEVANTAR la suspensión de términos decretada dentro del presente proceso mediante el Auto 305 de 2017.

Segundo.- ESTARSE A LO RESUELTO en la sentencia C-348 de 2004 y, por consiguiente, declarar **EXEQUIBLE** el inciso tercero del artículo 1 de la Ley 1148 de 20097, modificado por el artículo 1 de la Ley 1296 de 2009, en lo relativo a la vulneración de los artículos 40 y 292 de la Constitución Política, y **EXEQUIBLE**, por los demás cargos analizados en la presente sentencia.

3. Síntesis de los fundamentos

Le correspondió a la Corte Constitucional resolver una demanda contra el inciso tercero (parcial) del artículo 1 de la Ley 1148 de 2007, modificado por el artículo 1 de la Ley 1296 de 2009, en lo relativo a la inhabilidad de los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales, concejales municipales y distritales para ser contratistas de la respectiva entidad territorial o de sus entidades descentralizadas. Consideraba la accionante que dicha norma vulnera los artículos 40, 93, 126, 154 y 292 de la Constitución Política y el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Explicaba que, en Colombia, los contratistas del Estado, particularmente, de prestación de servicios, también ejercen funciones públicas, razón por la cual el legislador colombiano carecía, a su juicio, de competencia para limitar los mismos por causas no previstas en dicha Convención. También sostenía que la Constitución había establecido un sistema cerrado relativo a las inhabilidades de los familiares de los alcaldes, concejales y diputados, razón por la cual le estaba vedado al legislador ampliar dicho régimen. Finalmente, consideraba que la norma debió haberse incluido en una ley estatutaria, por tratarse de limitaciones a los derechos políticos e invitó a la Corte a introducir un cambio de jurisprudencia en materia del tipo de ley requerido para establecer inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones.

La Corte Constitucional consideró que el cargo relativo a la posible vulneración del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos era inepto, por falta de certeza, especificidad y suficiencia, teniendo en cuenta que, para la demandante, la celebración de contratos de prestación de servicios materializa el derecho político a ejercer funciones públicas. Explicó la Corte que, en realidad, las inhabilidades para celebrar contratos con el

Estado no constituyen, en todos los casos, limitaciones al ejercicio de funciones públicas, sino únicamente cuando la inhabilidad se refiera a la celebración de ciertos contratos, como el de concesión, en el que por su objeto concreto, el particular pueda resultar investido de funciones públicas, lo que no es el caso del contrato de prestación de servicios. También precisó que, a pesar de que el numeral 2 del artículo 23 relativo a los derechos políticos prevé que la ley puede reglamentar su ejercicio "*exclusivamente*" por las razones allí indicadas y no prevé aquellas relativas al parentesco, la jurisprudencia de la CIDH ha admitido que los Estados establezcan, mediante su legislación interna, causas diferentes de limitación de los derechos políticos, a condición de ser razonables y proporcionadas. Así, en reconocimiento del margen nacional de apreciación para el cumplimiento de buena fe de la Convención, los Estados tienen competencia para limitar los derechos políticos, en consideración de su propia cultura política, su historia y sus necesidades concretas, siempre y cuando dicha determinación no resulte arbitraria. Por consiguiente, concluyó este tribunal que la demandante realizó una indebida interpretación del artículo 23 de la Convención, lo que la condujo a no especificar adecuadamente el cargo de inconstitucionalidad.

Encontró este Tribunal que respecto de la vulneración de los artículos 40 y 292 de la Constitución Política existe cosa juzgada material respecto de la sentencia C-348 de 2004.

Así las cosas, la Corte resolvió los siguientes problemas jurídicos: ¿La inhabilidad para celebrar contratos con el Estado debía ser incluida en una ley estatutaria? Y ¿Desconoció el legislador el régimen constitucional de inhabilidades de los familiares de los concejales y diputados, al establecer hipótesis de inhabilidad para celebrar contratos con la respectiva entidad territorial, diferentes a los previstos en la Constitución Política?

Respecto del primer problema jurídico, encontró la Corte que existía una sólida jurisprudencia que negaba que las inhabilidades para ejercer cargos y funciones públicas debían tramitarse como una ley estatutaria y que no existen razones para introducir un cambio jurisprudencial en la materia, mucho menos teniendo en cuenta que la presente inhabilidad se refiere a la celebración de contratos con el Estado y su configuración hace parte de la competencia ordinaria del legislador para expedir el estatuto general de contratación de la administración pública.

En cuanto al segundo problema jurídico, analizó la Corte el margen de configuración del legislador en materia de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones. Concluyó que en lo que concierne a las inhabilidades predicables de los familiares de los alcaldes, gobernadores, diputados y alcaldes, para contratar con la respectiva entidad territorial, el artículo 126 de la Constitución Política dispuso dos prohibiciones para celebrar contratos: una primera se refiere a la contratación con el cónyuge, compañero/compañera permanente o familiar que, en ejercicio de sus funciones tenga la facultad de celebrar contratos (inciso 1 del artículo 126 de la Constitución Política) y una segunda se refiere a la celebración de contratos con la persona en cuya postulación o designación como servidor público intervino quien ahora pretende ser contratista.

La primera de las hipótesis busca excluir el nepotismo, mientras que la segunda pretende evitar la gratificación por la postulación o la designación, a través del otorgamiento de contratos. Por el contrario, la hipótesis prevista en la norma demandada, esto es, la celebración de contratos con el departamento, el distrito o el municipio en donde su cónyuge, compañero o compañera permanente o familiar en los grados establecidos ejerza como gobernador, diputado, alcalde o concejal, no se encuentra directamente prevista en la Constitución Política, razón por la cual el legislador, al establecer esta inhabilidad, contaba con un amplio margen de configuración, en desarrollo de la competencia atribuida al Congreso de la República, en el último inciso del artículo 150 de la Constitución Política, para expedir el estatuto general de contratación de la administración pública. Por consiguiente, concluyó la sentencia que no le asiste razón a la demandante al censurar la inconstitucionalidad de la norma por violación del artículo 126 de la Constitución Política y, por consiguiente, se declaró su exequibilidad.

4. Aclaraciones de voto

Los Magistrados **Alejandro Linares Cantillo** y **Antonio Lizarazo Ocampo** anunciaron la presentación de aclaraciones de voto, acordes con su postura en relación con la inexistencia de un régimen de inhabilidades cerrado, como lo consignaron en salvamentos de voto a la sentencia C-101 de 2018, entre otros aspectos relevantes.

El Magistrado **José Fernando Reyes Cuartas** se reservó la presentación eventual de una aclaración de voto.

EL ESTABLECIMIENTO DE UN TÉRMINO MÍNIMO DE MEDIDA DE SEGURIDAD EQUIVALENTE AL DE LA PENA PREVISTA EN LA LEY, DESCONOCE LÍMITES CONSTITUCIONALES COMO LA DIGNIDAD HUMANA, LA LIBERTAD, EL DEBIDO PROCESO Y EL DEBER DEL ESTADO DE GARANTIZAR A LOS INIMPUTABLES EL ACCESO EFECTIVO A LA ATENCIÓN Y ASISTENCIA MÉDICA PARA SU RECUPERACIÓN Y REHABILITACIÓN SOCIAL

III. EXPEDIENTES D-12608/D12625 - SENTENCIA C-107/18 (Octubre 31)
M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

1. Norma acusada

LEY 1773 DE 2016
(Enero 6)

Por medio de la cual se crea el artículo 116A, se modifican los artículos 68A, 104, 113, 359, y 374 de la Ley 599 de 2000 y se modifica el artículo 351 de la Ley 906 de 2004

ARTÍCULO 1o. Adiciónese el artículo 116A a la Ley 599 de 2000, de la siguiente manera:

Artículo. 116A. *Lesiones con agentes químicos, ácido y/o sustancias similares.* El que cause a otro daño en el cuerpo o en la salud, usando para ello cualquier tipo de agente químico, álcalis, sustancias similares o corrosivas que generen destrucción al entrar en contacto con el tejido humano, incurrirá en pena de prisión de ciento cincuenta (150) meses a doscientos cuarenta (240) meses y multa de ciento veinte (120) a doscientos cincuenta (250) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Cuando la conducta cause deformidad o daño permanente, pérdida parcial o total, funcional o anatómica, la pena será de doscientos cincuenta y un (251) meses a trescientos sesenta (360) meses de prisión y multa de mil (1.000) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la deformidad afectare el rostro, la pena se aumentará hasta en una tercera parte.

PARÁGRAFO. En todo caso cuando proceda la medida de seguridad en contra del imputado, su duración no podrá ser inferior a la duración de la pena contemplada en este artículo.

PARÁGRAFO 2o. La tentativa en este delito se regirá por el artículo 27 de este código.

2. Decisión

Declarar **INEXEQUIBLE** el parágrafo primero del artículo 116 A de la Ley 599 de 2000, adicionado por el artículo 1 de la Ley 1773 de 2016.

3. Síntesis de los fundamentos

En esta oportunidad, le correspondió a la Corte determinar si la norma transcrita, en el parágrafo acusado, violaba los artículos 1, 13, 28, 29, 47 y 49 de la Constitución Política, al establecer que el término de duración de la medida de seguridad que se impusiera al inimputable que haya lesionado a otro con agentes químicos, ácido y/o sustancias similares no podía ser inferior al término previsto para la pena en dicho artículo.

Previo al pronunciamiento sobre el fondo del asunto, la Corte analizó si se configuraba la cosa juzgada material, en razón de lo decidido por esta Corporación en la sentencia C-176 de 1993. Seguidamente, estudió la aptitud de los cargos planteados en las demandas, en razón de los reparos formulados por algunos intervinientes¹. A continuación, se refirió a: (i) la facultad de configuración del legislador para fijar la política criminal del Estado y sus límites constitucionales; (ii) los regímenes de responsabilidad penal; (iii) la declaratoria de inimputabilidad y; (iv) las medidas de seguridad.

En ese contexto, la Corte recordó que aun cuando la Constitución Política le reconoce al legislador un margen de configuración relativamente amplio para desarrollar la política criminal del Estado, la validez de las medidas que en ese escenario se adopten, depende de que las mismas sean compatibles con los valores superiores del ordenamiento, los principios constitucionales y los derechos fundamentales, debiendo entonces mantener un límite de razonabilidad y proporcionalidad con respecto al fin para el cual fueron concebidas.

Así mismo, señaló que el ordenamiento jurídico establece dos regímenes diferentes de responsabilidad penal. Uno para los imputables, que son las personas que al momento de realizar el hecho punible lo hacen con culpabilidad, es decir, tienen la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento y de orientarlo conforme a esa comprensión. Y otro, para los inimputables, que son los individuos que al momento de cometer el hecho típico y antijurídico, no pueden comprender la ilicitud de su conducta o no pueden determinarse de acuerdo con esa comprensión, por su inmadurez psicológica o trastorno mental, o sea, actúan sin culpabilidad. En tales circunstancias, indicó que existen dos tipos de conductas que acarrearán consecuencias jurídico-penales, *"esto es, el hecho punible realizable por el sujeto imputable que surge como conducta típica antijurídica y culpable, y el hecho punible realizable por sujeto inimputable que surge como conducta típica y antijurídica pero no culpable (delito en sentido amplio)"*².

En razón de lo anterior, la Sala Plena advirtió que el Código Penal prevé la imposición de penas como sanción para quienes cometan un hecho punible con culpa (imputables), y consagra la aplicación de medidas de seguridad para quienes actúan sin ella (inimputables). En ese sentido, la pena cumple funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado³, mientras que las medidas de seguridad están encaminadas a cumplir funciones de protección, curación, tutela y rehabilitación del inimputable.⁴

De igual manera, recordó que los inimputables pertenecen al grupo de las personas en condición de discapacidad física, sensorial y psíquica y, por lo tanto, el trato que la sociedad y el Estado debe dispensarles no es el de *"igual consideración y respeto"* sino el de *"especial consideración, respeto y atención"* (CP art. 47), precisamente por su misma condición y en obediencia a los principios de respeto a la dignidad humana y de solidaridad, sobre los cuales se edifica el Estado social de derecho (CP art. 1). En ese contexto, la Corte concluyó que la disposición acusada, al sujetar la duración de la medida de seguridad al término previsto para la pena podría imponer a los inimputables una injusta y prolongada privación de su libertad (CP. Art. 28), toda vez que hay casos en los que el tratamiento que estos necesitan dura menos que la pena establecida.

De acuerdo con lo anterior, la Corte consideró que el legislador, al expedir la disposición acusada, desconoció límites constitucionales como la dignidad humana (art. 1º), la libertad (art. 28), el debido proceso (art. 29) y el deber del Estado de garantizar a los inimputables el acceso efectivo a la atención y asistencia médica para su recuperación y rehabilitación social (art. 47 y 49), toda vez que transformó las medidas de seguridad en un instrumento retributivo, al imponerles un término mínimo de duración, pues, estas no pueden durar más tiempo del estrictamente necesario para la curación del inimputable. De igual manera, la

¹ Ministerio del Interior y Universidad Libre.

² Sentencia C-176 de 1993.

³ Código Penal, Artículo 4º.

⁴ Código Penal, Artículo 5º.

Corte encontró que la medida consagrada en el párrafo acusado no era idónea, necesaria, ni proporcional para lograr el fin que buscó el legislador de "evitar la impunidad"⁵. De esta manera, por el conjunto de razones expuestas, se declaró la inexecutable del párrafo primero del artículo 116A de la Ley 599 de 2000, adicionado por el artículo primero de la Ley 1773 de 2016.

LA FLEXIBILIZACIÓN DEL REQUISITO DE INMEDIATEZ EN LA PRESENTACIÓN DE UNA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA SENTENCIAS EN MATERIA DE PENSIONES, DEBE PONDERARSE CON EL PRINCIPIO DE COSA JUZGADA Y SEGURIDAD JURÍDICA, TODA VEZ QUE EL PLAZO PARA ESA PRESENTACIÓN NO PUEDE EXTENDERSE DE MANERA IRRAZONABLE Y DESPROPORCIONADA

IV. EXPEDIENTE T-6574829 - SENTENCIA SU-108/18 (Octubre 31)
M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

La Sala Plena de la Corte Constitucional revisó las sentencias adoptadas en la acción de tutela interpuesta por un pensionado contra el Banco Popular S.A. por la supuesta vulneración de los derechos fundamentales del accionante al mínimo vital, a la seguridad social y a la igualdad, derivado de la negativa de la entidad accionada de acceder a la petición de reconocimiento y pago de la indexación de la pensión sanción que le había sido reconocida al actor por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en sentencia del 31 de agosto de 2009, pero que fue casada parcialmente por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia del 14 de junio de 2011.

La Sala de Decisión de Tutelas No. 2 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia encontró que el recurso de amparo presentado por el accionante estaba realmente dirigido a controvertir el contenido de la sentencia proferida el 14 de junio de 2011 por la Sala de Casación Laboral, en el trámite del recurso de casación interpuesto por la entidad accionada en contra de la sentencia de segunda instancia emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla.

Por lo anterior, en el trámite de revisión de la tutela en cuestión, la Sala Plena de la Corte Constitucional consideró procedente la reconfiguración de la acción de tutela presentada por el actor, en el sentido de fijar el litigio alrededor de la impugnación por parte del accionante de la decisión proferida por la Sala de Casación Laboral. En esa medida, consideró necesario estudiar la procedencia del recurso de amparo deprecado por el actor, a partir de los requisitos generales y específicos de procedibilidad de las acciones de tutela contra providencias judiciales.

El actor había interpuesto la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable y con el fin que se diera cumplimiento a lo ordenado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla sobre el pago de la indexación de la primera mesada pensional, cuyo contenido fue casado parcialmente por la Sala de Casación Laboral en 2011. De acuerdo con lo anterior, en este caso había transcurrido seis años entre la fecha en la que se profirió la sentencia impugnada y el momento en que el accionante presentó el recurso de amparo para la protección de sus derechos fundamentales.

En tal sentido, la Corte estudió si la acción de tutela cumplía con el requisito de inmediatez. Esto bajo el supuesto que el contenido de dicho presupuesto ha sido flexibilizado por la jurisprudencia de esta Corporación en los casos en los que se presenta una tutela contra providencia judicial en la que se discutiesen derechos pensionales. Así, se ha considerado que el requisito es satisfecho aun cuando la acción se presente luego de un lapso considerable después de proferida la sentencia cuestionada, toda vez que en dicha

⁵ Gaceta 366 de 2014.

jurisprudencia la Corte considera que el daño a los derechos en estos casos tiene carácter de actual.

Con respecto a esta materia, la Sala Plena encontró necesario precisar la jurisprudencia de esta Corporación, en el sentido en el que reiteró la necesidad de flexibilizar el análisis del requisito de inmediatez en los casos en los que se presenta una tutela contra providencia judicial en la que la controversia versa sobre derechos pensionales. Con todo, también consideró la Corte que (i) un entendimiento demasiado laxo de este requisito desdibujaría por completo la acción de tutela y relativizaría en exceso el principio de cosa juzgada y (ii) una comprensión estricta de este requisito podría desconocer los derechos fundamentales de los pensionados.

Por lo tanto, la Corte consideró que el análisis del requisito de inmediatez en los casos en los que se pretende la indexación de la primera mesada pensional, en los que existe un fallo de última instancia que niega esa posibilidad, y en los que ha transcurrido un tiempo considerable entre la interposición de la acción de tutela y la fecha de la sentencia que constituye el hecho vulneratorio de los derechos fundamentales, se debe realizar de conformidad con las siguientes premisas: si bien (i) existe la posibilidad de presentar una acción de tutela en contra de la providencia que niega la indexación de la primera mesada pensional y (ii) la jurisprudencia constitucional ha reconocido la flexibilidad en el análisis del requisito de inmediatez para estos casos determinados, (iii) dicha flexibilización no se puede entender con tal amplitud que llegue a desconocer el contenido esencial del principio de cosa juzgada, por lo que es necesario acreditar el cumplimiento de determinadas condiciones fácticas que permitan entender con mayor claridad el carácter de actualidad del daño causado por la vulneración a los derechos fundamentales del accionante.

Una vez realizado el análisis correspondiente, la Sala Plena encontró que no se cumplía con el requisito de inmediatez para realizar el estudio de fondo de la acción de tutela, pues aquella fue presentada tras seis años desde que se profirió la providencia judicial que presuntamente generó la vulneración del derecho fundamental del accionante, lo cual constituye un lapso que la Corte encuentra desproporcionado, por cuanto no se acreditó la existencia de circunstancias particulares que permitiesen la flexibilización del requisito de inmediatez para el presente caso.

Específicamente, en el asunto *sub examine* no se demostró (i) que se estuviera ante la existencia de situaciones que validaran la inactividad del accionante; (ii) que el actor fuese diligente para conseguir la indexación de su mesada pensional, lo cual desvirtúa el carácter urgente de la necesidad de dichos recursos y permite determinar que no se presenta un daño actual o permanente a los derechos fundamentales; ni (iii) que el demandante estuviera frente a una situación de debilidad manifiesta que justificara su inacción con respecto a la providencia judicial que él consideraba que vulneraba sus derechos fundamentales.

Con fundamento en esas consideraciones, la Sala Plena de la Corte Constitucional decidió revocar la sentencia de la Sala de Decisión de Tutelas No. 2 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del 30 de noviembre de 2017, que negó el amparo solicitado por el accionante. En su lugar, la Corte declaró la improcedencia de la acción de tutela interpuesta por el actor en contra de la entidad accionada, en la medida en la que no se cumple con el requisito de inmediatez.

- **Salvamentos de voto**

El Magistrado **Alberto Rojas Ríos** se separó de la decisión mayoritaria porque, en su criterio, con esta sentencia se dio un cambio sensible de precedente en desmedro de los derechos de los trabajadores pensionados, en la medida que negar la indexación de la primera mesada pensional y establecer nuevos parámetros temporales para el ejercicio de la acción de tutela cuando se trata de prestaciones sociales de tracto sucesivo, constituye una medida regresiva, contraria a los valores, principios y normas de la Carta Política de

1991, particularmente en cuanto hace al derecho de los trabajadores pasivos a ser tratados dignamente y a que el ingreso mensual que perciben, del cual derivan su sustento, mantenga un poder adquisitivo acorde con las circunstancias cambiantes propias de una sociedad afectada por el constante envilecimiento de su moneda.

En la sentencia T-697 de 2015, que versa sobre un caso estrictamente analógico al presente, la Corte sostuvo que es posible cuestionar decisiones administrativas que niegan la indexación, sin necesidad de cuestionar las decisiones tomadas en la jurisdicción laboral, pues: a) la actuación atacada es una decisión administrativa, que se produce por una **petición elevada en el año 2015 y no debido a las sentencia dictadas diez años atrás**; b) el fundamento de la acción es la ocurrencia de hechos nuevos (sentencia SU-1073 de 2012) y, por tanto, la actuación administrativa es la que desconoce los derechos del actor, y; c) si bien los jueces aplicaron el principio de oficiosidad y entendieron que el objeto de la tutela era cuestionar una decisión judicial (tutela contra providencia judicial), dicho razonamiento es errado, pues es plenamente posible identificar que el actor cuestiona la respuesta de la entidad que niega la indexación. La sentencia no tuvo en cuenta esta decisión. Por el contrario sostuvo que la acción de tutela debe interponerse contra el fallo de la jurisdicción laboral que negó la indexación. La tesis sostenida por la Sala Plena implica, además, un desconocimiento de la regla jurisprudencial, consistente en no imponer mayores cargas al accionante (sentencia T-508 de 2005). La Sala Plena consideró que, si la tutela debía dirigirse contra la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia y no contra el acto que niega la indexación por parte del Banco Popular, se puede invocar el principio de oficiosidad para cambiar el objeto de la acción de tutela y exigir, en consecuencia, los requisitos establecidos para la tutela contra providencia judicial.

Esta postura conlleva sostener que el juez de tutela puede invocar el principio de oficiosidad e incrementar los requisitos de la acción de tutela para, posteriormente, negar el acceso a la misma y limitar el derecho fundamental a la indexación de la mesada pensional, el cual ha sido reconocido en la sentencia T- 082 de 2017 con las siguientes reglas, entre otras: a) la indexación es un derecho fundamental; b) su protección es posible a través de la acción de tutela; c) se predica de todo tipo de pensión, es decir, es universal; d) la mesada indexada prescribe, pero el derecho a la indexación es imprescriptible. La Sala Plena cuestiona, posteriormente, cómo opera el requisito de inmediatez en tutelas contra providencia judicial. Esta pregunta desconoce, sin embargo, la sentencia T- 697 de 2015, en la cual se establecieron dos reglas: a) la acción de tutela que pretende la indexación de su primera mesada pensional **se puede dirigir contra la entidad que efectúa el pago** de la prestación y no necesariamente contra la decisión judicial que negó el ajuste, y; b) **el paso del tiempo no impide la interposición de la acción de tutela**, pues el daño que se causa a falta del ajuste de la primera mesada es actual, en virtud del carácter periódico de la prestación.

Para el Magistrado **Rojas Ríos**, el cambio jurisprudencial que se suscita al decidir el presente asunto no sólo desconoce el precedente de la Corte, más grave aún, significa un grave e innecesario retroceso en materia de protección a los derechos fundamentales de quienes durante su vida laboral activa aportaron para construir las estructuras sociales y económicas que hoy los arrinconan y les niegan lo mínimo, esto es, el derecho a que su mesada pensional (en este caso al valor del salario mínimo) mantenga un poder adquisitivo acorde con los cambios económicos, para que pueda disfrutar de la vida en condiciones dignas como lo quiso el Constituyente de 1991.

Por su parte, la Magistrada **Diana Fajardo Rivera** salvó parcialmente el voto frente a la sentencia SU-108 de 2018. Consideró que, si bien el presupuesto de inmediatez en materia de tutela contra providencias judiciales debe ser razonablemente más estricto, como lo señala la sentencia de la que disintió, lo cierto es que eso no obsta para que su valoración dependa necesariamente de las circunstancias de cada caso en concreto. Así, en relación con el asunto de la referencia, la Magistrada señaló que no se encontraba demostrada la ausencia de justificación de la demora del demandante. Indicó que, en virtud del amplio poder oficioso del que dispone el juez constitucional y la necesidad de lograr la realización

material de los derechos fundamentales, la Sala no debió asumir una actitud pasiva frente a la carencia probatoria que presentaba el expediente, sino procurar obtener los elementos de juicio suficientes para emitir un pronunciamiento que, de fondo, resolviera el litigio. Esto, máxime si se tiene en cuenta que se trató de un caso que, evidentemente, fue resuelto en la jurisdicción ordinaria de forma absolutamente contraria a la jurisprudencia constitucional, pues esta Corte ha sido clara en determinar que la indexación de la primera mesada pensional es, en sí misma, un derecho fundamental y por tanto su garantía no puede estar sujeta a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991. Así, para la Magistrada Diana Fajardo era claro que la providencia controvertida incurrió en, por lo menos, una evidente violación del debido proceso del demandante, por desconocimiento de la línea jurisprudencial que ya era clara para el momento en que se adoptó el fallo objeto de tutela y que se consolidó a partir de la sentencia C-862 de 2012. Estas circunstancias sustanciales hacían que el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia se analizara a partir de un grado de certeza probatoria mucho mayor al usado en esta ocasión.

La Magistrada **Cristina Pardo Schlesinger** manifestó un salvamento de voto parcial. Compartió el cambio de jurisprudencia planteado en la sentencia respecto de la regla jurisprudencial relativa al requisito de inmediatez en materia pensional cuando se trata de una violación actual y de tracto sucesivo, pues está de acuerdo con la necesidad de que sea analizado de manera más rigurosa cuando se trata de acción de tutela contra providencias judiciales, en aras de proteger la seguridad jurídica y la cosa juzgada. No obstante, consideró que dicho cambio jurisprudencial no se debió aplicar en el presente caso ya que se incurre en una aplicación retroactiva de la nueva regla. El cambio de jurisprudencia debió aprobarse con efectos hacia futuro y frente al caso concreto revisado por la Sala Plena de la Corte Constitucional, analizar el asunto de fondo porque se cumplían los requisitos de procedencia para tal efecto.

El Magistrado **José Fernando Reyes Cuartas** se reservó la eventual presentación de una aclaración de voto.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Presidente