

T-029A-13

Sentencia T-029A/13

DERECHO A PENSION CONVENCIONAL DE JUBILACION-Improcedencia por existir otro medio de defensa judicial y no se demostró perjuicio irremediable

CONVENCION COLECTIVA SUSCRITA ENTRE EL ISS Y SINTRASEGURIDAD SOCIAL-Precedente fijado en sentencia SU897 de 2012, en cuanto a la vigencia de la convención

Referencia: expediente T-3603728.

Acción de tutela instaurada por la señora Ana Mercedes Martínez Gómez, contra la Fiduciaria La Previsora S. A., el Instituto de Seguros Sociales y otros.

Procedencia: Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal.

Magistrado Ponente:

NILSON PINILLA PINILLA

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de enero de dos mil trece (2013)

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Alexei Julio Estrada, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

en la revisión del fallo único de instancia proferido en julio 9 de 2012 por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Ana Mercedes Martínez Gómez, contra la Fiduciaria La Previsora S. A. (en adelante Fiduprevisora), el Instituto de Seguros Sociales (ISS), la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento (LCGS), la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S. A. (Fiduagraria) y la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

### I. ANTECEDENTES.

Directamente, la demandante promovió la acción de tutela en septiembre 26 de 2011, solicitando protección a sus derechos fundamentales a la vida digna, seguridad social, vida, salud, igualdad y al mínimo vital que, según afirmó, fueron conculcados por los referidos entes accionados, debido a que después de haber trabajado, según ella, “durante 23 años y 23 días”, fue desvinculada sin haber sido incluida en el retén social, en condición de prepensionada.

A. Hechos y narración efectuada en la demanda.

1. La señora Ana Mercedes Martínez Gómez indicó que trabajó en el ISS y luego en la ESE LCGS, entre junio de 1985 y noviembre de 2009, completando 20 años continuos.

2. Agregó que mediante el Decreto 1750 de junio 26 de 2003, el Ministerio de la Protección Social escindió el ISS y unas empresas sociales del Estado, entre ellas la ESE LCGS, por ello fue incorporada en forma automática y sin solución de continuidad en la planta de personal de la referida empresa, en junio 27 del mismo año.

Indicó que el Decreto 3202 de agosto 24 de 2007 ordenó suprimir y liquidar la ESE LCGS donde laboraba la accionante, nombrándose a Fiduagraria S. A. como liquidadora, a cuyo final se llegó en noviembre 6 de 2009, mediante Decreto 4171 del mismo año, día en que también terminó la vinculación laboral por supresión del cargo.

3. La actora señaló que es beneficiaria de la convención colectiva suscrita entre el ISS y el respectivo sindicato en noviembre 1° de 2001, que sigue vigente debido a las prórrogas automáticas que consagra el artículo 478 del CST. El artículo 98 de la mencionada convención determinó el derecho a la pensión de jubilación para “aquellos trabajadores que cumplan 20 años de servicio continuo o discontinuo y 50 años de edad para el caso de las mujeres”, situación soportada por la Corte Constitucional, que la actora indicó que ha reconocido el derecho que ahora reclama, citando al efecto las sentencias T-1166, 1238, 1239 de 2008; T-112, 178 de 2009 y T-034 de 2010 (f. 3 cd. inicial).

4. Aseveró que en julio 27 de 2009, recibió una comunicación suscrita por la apoderada del liquidador en la que le reportaba que “cumplía con los requisitos para la pensión de jubilación”, indicándole que debía allegar en forma urgente los documentos para el reconocimiento de ese derecho, los cuales afirmó haber entregado en septiembre 14 del

mismo año, obteniendo sin embargo respuesta negativa en octubre 20 siguiente, con el argumento de faltarle cumplir los requisitos del “Decreto 1653 de 1077 (sic) como régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993”.

5. Finalmente, explicó que ha intentado adelantar el proceso ordinario ante la jurisdicción laboral, pero ha padecido serios quebrantos de salud, al ser “inmunodeficiente de comienzo tardío con alto riesgo permanente de infección”, con pérdida de capacidad laboral de 35.6%.

6. En consecuencia solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional a que cree tener derecho a partir de noviembre 6 de 2009, con la debida indexación.

#### B. Documentos relevantes aportados en copia.

1. Constancia suscrita en papelería del ISS en agosto 28 de 2009, indicando los periodos trabajados por la señora Ana Mercedes Martínez Gómez y que queda “automáticamente incorporado (a), sin solución de continuidad, en la planta de personal de la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento” (f. 16 cd. inicial).

2. Constancia suscrita por la apoderada del agente liquidador en agosto 6 de 2009, afirmando que la señora “Martínez Gómez Ana Mercedes” se encuentra vinculada a la ESE LCGS desde junio 26 de 2003, “desempeñando el cargo de Auxiliar Administrativo, Grado 20, jornada laboral 8 horas, con vinculación como empleado público. Su último salario básico mensual de \$1.165.739.oo”. Además, indica que “fue incorporada a la planta de personal en forma automática y sin solución de continuidad” (f. 17 ib.).

3. Copia de la Convención Colectiva de Trabajo, celebrada entre el ISS y Sintraseguridadsocial (2001- 2004, fs. 20 a 88 ib.).

4. El Presidente de Sintraseguridadsocial certificó en febrero 10 de 2010, que la señora Ana Mercedes Martínez Gómez está afiliada a esa organización sindical desde 1988 y es beneficiaria de las convenciones colectivas suscritas con el ISS (f. 92 ib.).

5. Registro civil de nacimiento de la señora Ana Mercedes Martínez Gómez (septiembre 24 de 1959, f. 93 ib.).

6. La apoderada especial del liquidador de la ESE LCGS en junio 27 de 2009, le indica a la demandante que “de acuerdo a información reportada por la oficina de retén social, usted cumple requisitos para pensión de jubilación”, advirtiéndole que debe allegar la documentación requerida (f. 95 ib.).

7. Constancia de entrega de documentos requeridos para el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de la señora Ana Mercedes Martínez Gómez, (septiembre 14 de 2009, f. 96 ib.).

8. Respuesta negando el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, con la anotación de no cumplir los requisitos del “Decreto 1653 de 1077 (sic) como régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, toda vez que para el 1º de abril de 1994, fecha en la que entra en vigencia el sistema, no contaba con 35 años o más de edad, al igual que no tenía 15 años laborados o 750 semanas cotizadas al sistema general de pensiones”. Le indican que “continuará con la protección especial de retén social en la condición de discapacitada. Hasta la liquidación final de la empresa” (f. 97 ib.).

9. Escrito dirigido por la ahora demandante en octubre 26 de 2009 a la apoderada especial del liquidador, solicitándole el reconocimiento de la pensión convencional, al haber cumplido 50 años de edad en septiembre 24 de 2009 y 20 años de servicios continuos al ISS y la ESE LCGS en junio 27 del mismo año (f. 98 ib.).

10. Carta dirigida por la apoderada especial del liquidador de la ESE LCGS a la señora Ana Mercedes Martínez Gómez, indicando noviembre 6 de 2009 como fecha final del proceso de liquidación (f. 104 ib.).

11. Documentos relacionados con la pérdida de la capacidad laboral, de Ana Mercedes Martínez Gómez, iniciando la calificación en septiembre 8 de 2006, con pérdida total de 48.08%, según el formulario de dictamen y determinación de invalidez suscrito en papelería de la ESE LCGS (fs. 105 a 113 vto).

12. Certificación suscrita en papelería de la Nueva EPS, de donde se deduce la afiliación de la actora de agosto 1º de 2008 a mayo 1º de 2012 (f. 122 ib.).

## II. ACTUACIÓN PROCESAL.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, mediante auto de junio 26 de 2012, admitió la tutela y ordenó oficiar a las entidades demandadas (Ministerio de Hacienda y Crédito Público, ISS, Fiduprevisora S.A., Fiduagraria), para que se pronuncien sobre los hechos y pretensiones señaladas en la misma (f. 144 ib.).

#### A. Respuesta de las entidades accionadas.

En escrito de junio 27 de 2012, el director de asuntos litigiosos de dicha entidad indicó que ésta, a la fecha de la notificación de la acción de tutela, había perdió toda competencia para representar judicial y extrajudicialmente a la ESE LCGS, que dejó de existir en noviembre 6 de 2009, en virtud del Decreto 3202 de 2007, por lo cual solicitó excluir a Fiduagraria por carecer de legitimación en la causa por pasiva (fs. 150 a 153 ib.).

#### 2. Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En escrito de junio 28 de 2012, una asesora del referido Ministerio indicó que la historia laboral de Ana Mercedes Martínez Gómez señala que prestó sus servicios laborales en el ISS, como supernumeraria, de junio 25 de 1985 a junio 25 de 2003, y se incorporó a la ESE LCGS “como funcionaria pública del 26 de junio 2003 al 6 de noviembre de 2009”.

Refirió que los recursos para el pago de obligaciones laborales de que habla el Decreto 4171 de 2009, serán girados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la entidad fiduciaria contratada por la entidad en liquidación, con cargo al presupuesto del Ministerio de la Protección Social, cartera a la cual se encontraba adscrita la liquidada ESE, pero la actora “no presentó la acreencia laboral objeto de esta acción (reconocimiento de la pensión convencional), en el proceso de liquidación de la ESE, instancia y trámite legal pertinentes para el reconocimiento de lo que pretende mediante este proceso”.

Agregó que el artículo 98 de la convención colectiva suscrita entre el ISS y Sintraseguridadsocial, consagra la pensión convencional del ISS a favor de aquellas personas que prueben haber cumplido el requisito de 20 años de servicio con el ISS y 50 años de edad para las mujeres; la accionante Ana Mercedes Martínez Gómez laboró para el ISS durante 17 años, hecho que prueba que no le aplica la norma convencional aludida por no cumplir el requisito de tiempo de servicio al ISS.

Así mismo, el artículo 101 de la referida convención colectiva prevé el reconocimiento de la pensión de jubilación de la Ley 33 de 1985, a favor de aquellas personas que cumplieron 20 años de servicio en entidades del sector salud y 55 años de edad, lo que, de conformidad con la historia laboral de la actora, muestra que ella cumple el tiempo de servicio en instituciones de salud, pero no el requisito de edad (55 años).

Igualmente, advirtió que la sección de medicina laboral del ISS, en noviembre 21 de 2008, expidió el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral de 35.6%, lo cual prueba que la actora no cumple el 50% de pérdida de capacidad laboral, que la legitime para pedir el reconocimiento de la pensión de invalidez como afiliada al sistema general de pensiones.

Finalmente, glosó que la accionante no haya iniciado ante la jurisdicción laboral ordinaria la acción establecida para el reconocimiento del beneficio pensional objeto de esta acción, por parecerle “gravoso y oneroso”.

#### B. Fallo único de instancia.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, mediante fallo de julio 9 de 2012, declaró improcedente “el amparo de los derechos a la vida digna, mínimo vital, seguridad social e igualdad”, al estimar que la pretensión de la actora desconoce que la tutela no constituye mecanismo alternativo ni adicional, para plantear debates asignados a una jurisdicción específica, a los cuales no ha acudido, además de no evidenciarse un perjuicio irremediable que amerite el amparo como mecanismo transitorio.

### III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

#### Primera. Competencia.

Esta corporación es competente para examinar este asunto en Sala de Revisión, al tenor de lo dispuesto en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

#### Segunda. El asunto objeto de análisis.

Corresponde determinar si los derechos a la vida digna, la seguridad social, la salud, la

igualdad y el mínimo vital reclamados por la señora Ana Mercedes Martínez Gómez, han sido conculcados por Fiduprevisora, ISS, ESE LCGS, Fiduagraria y/o la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al negársele el reconocimiento y pago de la pensión a que cree tener derecho, por hacer parte de la Convención Colectiva de Trabajo, celebrada entre el ISS y Sintraseguridadsocial (2001- 2004), y después de haber trabajado durante 23 años y 23 días, según lo anotado.

Tercera. La acción de tutela únicamente procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, o se encuentre frente a un perjuicio irremediable. Reiteración de jurisprudencia.

En concordancia con el artículo 86 superior, la acción de tutela es un medio judicial que tiene toda persona para procurar la protección de sus derechos fundamentales, que procederá cuando el afectado no disponga de otra vía de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Específicamente sobre el reconocimiento y pago de prestaciones pensionales por esta vía, esta Corte ha desarrollado amplia jurisprudencia, estructurando las siguientes reglas[1]:

(i) Que no se cuente con otro medio idóneo de defensa judicial, aclarando que “la sola existencia formal de uno de estos mecanismos no implica per se que ella deba ser denegada[2]”.

La idoneidad debe ser verificada en cada caso concreto, constatando si las acciones disponibles protegen eficazmente los derechos fundamentales de quien invoca la tutela, sea o no como mecanismo transitorio[3], pues pueden existir casos en los que se cuente con medios ordinarios de defensa, pero estos resulten insuficientes, tardíos o no expeditos, especialmente frente al estado de indefensión de algunas personas si, para el caso, no poseen otros medios de subsistencia diferentes a la pensión.

(ii) Que la acción de tutela resulte necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, que conlleve la inminente afectación a derechos fundamentales. Cuando está en juego el reconocimiento de una pensión de vejez, cabe resaltar que la evaluación del perjuicio irremediable no es un ejercicio genérico, pues es necesario consultar las particularidades de cada caso específico, teniendo en cuenta factores como la edad u otra

situación de ostensible debilidad.

- (iii) Que la falta de reconocimiento y/o pago de la pensión se origine en actuaciones que, en principio, permitan desvirtuar la presunción de legalidad de que gozan las actuaciones de las entidades administradoras del servicio público de la seguridad social.
- (iv) Que aparezca acreditado el cumplimiento de las normas que regulan el reconocimiento y/o pago de la pensión, con un alto grado de certeza respecto de la procedencia de la solicitud[4].
- (v) Que a pesar de que le asiste al accionante el derecho pensional, fue negado[5].

Recordado lo expuesto, siempre se debe efectuar un estudio de procedencia, que estrictamente mantendrá racionalidad frente a las reglas señaladas.

Cuarta. Precedente en la Corte Constitucional. Reiteración de jurisprudencia.

Ahora bien, esta corporación se pronunció recientemente en la SU 897 de octubre 31 de 2012, M. P. Alexei Julio Estrada, en la que entre otros puntos se estudió la aplicabilidad y vigencia de la Convención Colectiva suscrita en el año 2001, entre el ISS y Sintraseguridad Social para los trabajadores de las Empresas Sociales del Estado.

En esa oportunidad se determinó que era de vital importancia saber sí la convención colectiva se encontraba vigente al momento de ser suprimidos los cargos que ocupaban en la correspondiente ESE y los requisitos exigibles para reconocer la pensión de jubilación o vejez a los empleados de las empresas sociales del Estado, que serían los consagrados en el artículo 98 del mencionado cuerpo normativo, estos son: i) 20 años de servicio con el Instituto de Seguros Sociales; y ii) 50 años de edad para las mujeres y 55 años de edad para los hombres. Advirtiendo que “de concluirse que al momento de suprimirse sus cargos la convención NO se encontraba vigente, los requisitos aplicables serían los del sistema general de pensiones al que perteneciera cada empleado, siendo, en general i) 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo; y ii) 55 años de edad si de una mujer se trata o 60 años de edad en el caso de los hombres”.

El estudio se realizó con la aplicación de la Constitución y la legislación en virtud del principio pro homine, al considerar que es la interpretación que mejor se ajusta a las

garantías constitucionales -respeto por los derechos adquiridos (artículo 58 de la Constitución) y principio de legalidad (artículos 1º de la Constitución)-, con la que se determinó que, “al ser asumida la prestación del servicio público de salud por las ESEs, se mantuvieron los beneficios derivados de la convención colectiva ya referida”.

Por otra parte, también analizó la posibilidad o no de que los empleados públicos sean beneficiarios de convenciones o pactos colectivos, determinando que, “si bien los empleados públicos no pueden celebrar convenciones colectivas, los trabajadores oficiales otrora pertenecientes a la Vicepresidencia de salud del ISS que eran beneficiarios de la convención colectiva vigente hasta el año 2004, no perdieron las ventajas que esta convención les reconocía por el simple hecho de que su vínculo con la administración cambió, ya que dichas ventajas y prebendas constituían derechos adquiridos que debían ser respetados por sus nuevos empleadores, por el tiempo en que fue pactada la convención”.

En resumen, la Sala Plena de la Corte Constitucional razonó que:

“... no puede entenderse que, una vez cumplido el término por el que fue pactada, una convención colectiva se prorroga indefinidamente, con base en los términos del artículo 478 del CST, incluso cuando:

- ii) el antiguo empleador ha dejado de existir; y
- iii) los antiguos beneficiarios ahora tienen un vínculo jurídico que no les permite disfrutar de beneficios convencionales.”

Brevemente estos fueron los argumentos que llevaron en esa oportunidad a modificar la jurisprudencia y adoptar la posición consistente en entender que “la convención colectiva celebrada entre SINTRASEGURIDAD SOCIAL y el ISS, estuvo vigente por el plazo inicialmente pactado, esto es, del 1º de noviembre de 2001 al 31 de octubre de 2004”.

## Quinta. Análisis del caso concreto.

5.1. La señora Ana Mercedes Martínez Gómez promovió acción de tutela contra la Fiduciaria La Previsora S. A., el Instituto de Seguros Sociales (ISS), la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento (LCS), la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S. A. (Fiduagraria) y la Nación –

Ministerio de Hacienda y Crédito Público, aduciendo violación de sus derechos a la vida digna, seguridad social, salud, igualdad y mínimo vital, que fueron conculcados por los referidos entes accionados, al haberle negado el reconocimiento de su pensión de jubilación, argumentando que no cumple los requisitos del Decreto 1653 de 1977 o el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que a 1º de abril de 1994 no sobrepasaba los 35 años ni tenía 15 años laborados o 750 semanas cotizadas al sistema general de pensiones.

5.2. Con el fin de abordar el problema jurídico propuesto en este caso, es necesario iniciar con el examen de procedencia de esta acción de tutela, cuestión que se debe absolver negativamente a partir de la falta de agotamiento de la vía ordinaria, pues el simple hecho de manifestar que no ha podido acudir al proceso laboral por ser una “persona de escasos recursos” con problemas de salud y pérdida de capacidad laboral de 35.6% (f. 2 ib.), no supera la subsidiariedad propia de la acción de tutela, como tampoco la inmediatez, ya que acudió a este amparo en septiembre 26 de 2011, habiéndose suprimido el cargo que desempeñaba en noviembre 6 de 2009, demora inentendible sí en realidad sentía que se le hubieran quebrantado derechos suyos más de 22 meses atrás.

5.3. Ahora bien, la señora Ana Mercedes Martínez Gómez solicita la pensión de jubilación consagrada en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo, celebrada entre el ISS y Sintraseguridadsocial (fs. 20 a 88 ib.). Como se ha expresado, la vigencia de tal convención colectiva fue hasta octubre 31 de 2004, fecha para la cual la accionante no había cumplido los requisitos para adquirir el derecho a la pensión de jubilación o vejez.

5.4. Para que la accionante accediese a la pensión de jubilación, debía cumplir los requisitos previstos en el régimen legal contemplado en la Ley 100 de 1993, conclusión a la cual llegó la Corte Constitucional en la sentencia SU 897 de octubre 31 de 2012; al momento de entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994), la señora Martínez Gómez no completaba los requisitos para pertenecer al régimen de transición, esto es 35 años de edad - tenía 34 años y 7 meses-, ni obra en el expediente prueba de por lo menos 15 años de servicios cotizados, ya que el tiempo laborado con el ISS fue a partir de junio 26 de 1985; así, al inicio de la vigencia de la Ley 100 de 1993 presentaba 9 años y 3 meses de servicios.

5.5. Para el momento en que fue suprimido el cargo de la accionante, noviembre 6 de 2009, el artículo 33 de la Ley 100 -modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003- exigía 55 años de edad en el caso de las mujeres y 1125 semanas cotizadas en cualquier tiempo, y ella solamente tenía 50 años y cotizaciones por 975 semanas (tiempo de servicios equivalente a 19 años y seis meses), que no satisfacen las respectivas exigencias normativas.

5.6. La Sala reiterará la jurisprudencia referida en la cuarta consideración de esta sentencia y, en consecuencia, confirmará por las razones antes expuestas el fallo dictado en julio 9 de 2012 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, mediante el cual fue declarado improcedente el amparo impetrado por la señora Ana Mercedes Martínez Gómez.

#### IV. DECISIÓN.

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

#### RESUELVE

Primero. CONFIRMAR el fallo dictado en julio 9 de 2012 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, mediante el cual fue declarado improcedente el amparo impetrado por la señora Ana Mercedes Martínez Gómez.

Segundo. Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que alude el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALEXEI JULIO ESTRADA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

[1] T-559 de julio 14 de 2011, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

[2] "Sentencia T- 433 de 2002, M. P. Rodrigo Escobar Gil."

[3] T-042 de febrero 2 de 2010, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

[4] T-248 de marzo 6 de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

[5] T-063 de febrero 9 de 2009, M. P. Jaime Araújo Rentería.