

Sentencia T-076/17

ACCION DE TUTELA PARA OBTENER REINTEGRO LABORAL Y SUS EXCEPCIONES-
Improcedencia general

NORMAS PARA RETEN SOCIAL PARA PREPENSIONADO-Protección

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONAS PROXIMAS A PENSIONARSE-Deber del
empleador de garantizar estabilidad del trabajador hasta su inclusión en nómina

ACCION DE TUTELA PARA RECLAMAR EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE DERECHOS
PENSIONALES-Procedencia excepcional

DERECHO PENSIONAL DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Reconocimiento de manera
definitiva vía de tutela

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL-Desarrollo constitucional y legal

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL IRRENUNCIABLE-
Reiteración de jurisprudencia

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL Y VIDA PROBABLE DE LOS ANCIANOS-
Tesis sobre la vida probable

La Corte ha desarrollado una línea jurisprudencial en torno a la tesis de vida probable, la cual
consiste en que cuando una persona sobrepasa el promedio de vida de la población
colombiana, por su avanzada edad, podría presumirse que a la fecha de una decisión dentro
de un proceso ordinario, su vida se habrá extinguido.

INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE PENSION DE VEJEZ-Naturaleza jurídica

DERECHO AL REGIMEN DE TRANSICION EN MATERIA PENSIONAL-Desarrollo legal, artículo 36
de la Ley 100 de 1993

REGIMENES PENSIONALES ANTERIORES A LA LEY 100 DE 1993

DERECHO A LA INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE LA PENSION DE VEJEZ-Orden a

Colpensiones realizar nuevamente la liquidación de la indemnización sustitutiva de vejez otorgada al accionante

Referencia: Expediente T-5.737.824

Acción de tutela interpuesta por José Antonio Díaz Fernández contra Colmundo Radio S.A.

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá D.C., siete (7) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Sexta de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alberto Rojas Ríos, Aquiles Arrieta Gómez (E) y Jorge Iván Palacio Palacio, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la presente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela emitido por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena, que confirmó el proferido por el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de la misma ciudad, en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

El señor José Antonio Díaz Fernández, a través de apoderado judicial, presentó acción de tutela, con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada y a la vida digna, alegando su condición de sujeto de especial protección constitucional por ser una persona de la tercera edad. Para fundamentar las pretensiones relató los siguientes:

1. Hechos

1. Señala el actor que comenzó a laborar en la empresa Colmundo Radio S.A. bajo la modalidad de contrato de trabajo por el termino de 3 meses desde el día 21 de agosto de 1995, el cual se prorrogó automáticamente hasta el 20 de agosto de 2015, fecha en que el empleador dio por terminado el vínculo contractual.

1. Agrega que durante los 20 años que laboró en la entidad desempeñó el cargo de supervisor de radiotransmisores, función que desarrollaba en las instalaciones de la empresa Colmundo Radio S.A., lugar donde residía junto con su esposa. Lo anterior, en virtud del acuerdo celebrado al suscribir el contrato laboral, en el cual se le permitió vivir en las dependencias de la empresa, a fin de que pudiera monitorear los radiotransmisores, incluso en días no laborales¹.

1. Informa que Colmundo Radio S.A presentó querrela policiva ante la Inspección de Policía de Santa Rosa Norte, Bolívar, solicitando la entrega del bien donde se encuentra ubicada la central de radiotransmisores, en el cual vivió y ejerció sus labores.

1. Manifiesta que a la fecha cuenta con la edad y el tiempo de servicio exigido para acceder a la pensión de vejez; razón por la cual, al momento del despido, gozaba de la condición de prepensionado, la cual le otorga una estabilidad laboral reforzada.

1. Por lo expuesto, solicita que se ordene a la empresa Colmundo Radio S.A que lo reintegre al cargo que desempeñaba, reconociéndole y pagándole las prestaciones sociales dejadas de percibir desde el momento de su desvinculación hasta el efectivo reintegro, y el pago de la indemnización por despido injustificado.

1. Trámite Procesal a partir de la acción de tutela.

Mediante auto de 20 de enero de 2016, el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Cartagena, admitió la acción de tutela y ordenó la notificación al representante legal de la empresa Colmundo Radio S.A. para que, en el término de 3 días siguientes a la notificación de ese proveído, rindiera un informe respecto de la demanda y aportara las pruebas que considerara pertinentes.

1. Contestación de la empresa Colmundo Radio S.A

1. La sociedad accionada a través de su representante legal, contestó la demanda solicitando declarar la improcedencia de la acción de tutela y que se ordene la restitución del inmueble de propiedad de la compañía. Asimismo, afirmó que el contrato laboral se había celebrado inicialmente por un período de 3 meses con vigencia a partir del 25 de agosto de 1995 y finalizó el 20 de agosto de 2015 en los términos del numeral 1º del artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo.

1. Agregó que la empresa cumplió a cabalidad con las obligaciones propias de la relación laboral, efectuando los pagos de aportes a seguridad social hasta el día en que el Instituto de Seguro Social mediante Resolución No. 00513 del 24 de enero de 2012, le concedió el pago de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, liquidada sobre la base de 551 semanas cotizadas y por un valor de \$6.898.291, en vista de que se le había negado el pago de la pensión mediante resolución No. 003467 del 27 de febrero de 2009, por no cumplir con los requisitos exigidos en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

1. De lo anterior, anotó la entidad que expidió un certificado laboral donde consta el tiempo trabajado por el actor, con el fin de obtener el pago de la indemnización. Por tal razón, a partir de que se reconoció el pago de esta, la empresa dejó de realizar los aportes a

seguridad social, ya que una vez reclamada la prestación no es posible continuar cotizando a pensión.

1. Aclaró que el actor renunció a los aportes destinados a pensión al firmar un documento en el que declaró su intención de que no se siguiera descontando tal porcentaje de su nómina.

1. Decisiones objeto de estudio

Mediante sentencia del 4 de febrero de 2016, el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Cartagena declaró improcedente la tutela incoada, al considerar que si bien es cierto el actor pertenece al grupo de sujetos de la tercera edad, también lo es que sus condiciones de salud no evidencian que se encuentra en un estado de debilidad manifiesta que permita conceder la estabilidad laboral reforzada a través de la acción constitucional.

Asimismo, indicó que el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva elimina toda expectativa de pensión, razón por la cual no puede el demandante alegar la condición de prepensionado para solicitar el reintegro laboral; ya que una vez recibida la indemnización, no alcanzaría a reunir los requisitos para la pensión reclamada.

4.2. Impugnación

La anterior decisión fue impugnada por el demandante sin presentar argumentos adicionales a los expuestos en la acción de tutela.

4.3. Segunda instancia

El Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena, mediante providencia del 21 de abril de 2016, confirmó el fallo de primera instancia, basado en el hecho de que el reconocimiento de la indemnización sustitutiva genera para el actor un ingreso económico que torna improcedente la acción de tutela como mecanismo subsidiario y excepcional, ya que no se

evidencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

1. Pruebas

Entre las pruebas aportadas en el trámite de la acción de tutela la Sala destaca las siguientes:

* Copia de la cédula de ciudadanía de José Antonio Díaz Fernández (Cuaderno principal, folio 13).

* Copia del contrato individual de trabajo celebrado entre el señor José Antonio Díaz Fernández y la empresa Colmundo Radio S.A. (Cuaderno principal, folio 12-13).

* Copia del acta de acuerdo celebrado entre las partes respecto a la posibilidad de que el actor viviera en las instalaciones de la empresa (Cuaderno principal, folio 14).

* Copia del certificado laboral expedido por la empresa Colmundo Radio S.A (Cuaderno principal, folio 15).

* Copia de la liquidación producto de la terminación del contrato de trabajo (Cuaderno principal, folio 17-19).

* Copia del reporte de semanas cotizadas expedida por Colpensiones (Cuaderno principal, folio 20-25).

* Copia de la querrela policiva instaurada por la empresa Colmundo Radio S.A contra el señor José Antonio Díaz Fernández (Cuaderno principal, folio 30).

1. Actuaciones adelantadas en sede de revisión.

El 30 de agosto de 2016 fue radicado en la Secretaría de esta Corporación el expediente de la referencia, remitido del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena para que surtiera el trámite de eventual revisión. Por consiguiente, mediante auto del 19 de septiembre de 2016 fue seleccionado por esta Corporación, y posteriormente, repartido al despacho del Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio.

Mediante auto del 6 de diciembre de 2016, la Sala ordenó la vinculación de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-, como tercero interesado en el proceso y se decretó la recolección de pruebas necesarias para adoptar la decisión de fondo sobre el asunto de la referencia. Además, dispuso la suspensión de los términos de conformidad con el artículo 64 Acuerdo 02 de 2015.

Posteriormente, por medio de auto del 15 de diciembre de la misma anualidad, la Sala dictó una medida provisional conforme al artículo 7 del Decreto 2591 de 1991. Ordenándole a la empresa Colmundo Radio S.A abstenerse de realizar actos tendientes a desalojar al señor José Antonio Díaz Fernández de las instalaciones de la sociedad hasta tanto la Corte decida el asunto.

1. Respuesta de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-.

La Secretaría General, y la Gerencia Nacional de Doctrina de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-, allegaron los documentos requeridos como prueba y solicitaron a esta Corporación declarar la falta de requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez en favor del accionante, toda vez que le fue reconocida la indemnización sustitutiva al no reunir los requisitos exigidos en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del

mismo año.

Indicaron los representantes de la entidad, que el actor no era beneficiario del régimen de transición porque no cumplía con el número de semanas establecidas en el Acto Legislativo 01 de 2005 para mantenerlo hasta el año 2014, ya que se exigían un total de 750 semanas de las cuales el actor solo cotizó 517.

Por último, indicó que aun si se dejara de lado que al actor se le reconoció el pago de la indemnización sustitutiva, lo cierto es que no cumple con los requisitos que hicieren posible el reconocimiento de la prestación pretendida.

I. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Sala es competente para analizar el fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

1. Planteamiento del problema jurídico.

El actor persigue el reintegro laboral en el empleo que desempeñaba en la empresa Colmundo Radio S.A., hasta tanto se reconozca el pago de la pensión de vejez por parte de Colpensiones; y el pago de la indemnización por despido injustificado. Por lo que le corresponde a esta Sala determinar si se vulneraron los derechos a la estabilidad laboral reforzada y al trabajo del actor por parte de la empresa accionada al dar por terminado el contrato laboral sin justa causa. Asimismo, establecer si procede o no el reconocimiento de la pensión de vejez a favor del demandante.

Para resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala abordará: i) el estudio de la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio para obtener el reintegro

laboral, y el reconocimiento y pago de derechos pensionales; ii) el desarrollo legislativo y jurisprudencial del derecho fundamental a la seguridad social y su carácter irrenunciable; iii) la tesis sobre vida probable, iv) la naturaleza de la indemnización sustitutiva; v) el desarrollo legal y jurisprudencial del régimen de transición, y vi) se resolverá el caso concreto.

1. Acción de tutela para obtener el reintegro laboral. Reiteración de jurisprudencia.

Según lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario, esto es que, su procedencia está determinada por la inexistencia de medios judiciales de defensa de los derechos fundamentales cuya protección se invoca.

Por su parte, el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 en concordancia con la norma superior mencionada, consagra dos excepciones que permiten hacer uso de la tutela aun cuando el afectado cuente con otras acciones: i) cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable y ii) cuando aun existiendo otros medios de defensa, estos resultan ineficaces para combatir la vulneración o la amenaza de los derechos fundamentales.

En ese contexto, es necesario analizar la procedencia excepcional de la acción de tutela, como mecanismo de protección constitucional en el evento en que sea despedido un trabajador que está a punto de adquirir el derecho a la pensión.

La Corte Constitucional ha sido enfática en establecer que por regla general la tutela no es procedente para solicitar el reintegro laboral de un empleado, ya que el ordenamiento jurídico ofrece a los trabajadores, acciones judiciales para satisfacer esta pretensión, tanto en la jurisdicción ordinaria laboral como en la contenciosa administrativa. No obstante, la anterior regla tiene su excepción en aquellos casos en que el afectado se encuentre en una condición de debilidad manifiesta y, que en virtud de ello, se considere sujeto constitucionalmente protegido con una estabilidad laboral reforzada, por ejemplo: las mujeres en estado de embarazo, los trabajadores discapacitados y los que padecen alguna limitación en su estado de salud³.

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, dicha estabilidad consiste en el derecho a conservar el empleo, a no ser despedido en razón de la situación de debilidad, permanecer en el cargo hasta que sea necesario y siempre que no se configure una causal objetiva que conlleve a la desvinculación del mismo, o, a que la autoridad laboral competente autorice el despido previa verificación de la estructuración de la causal mencionada, la cual no debe estar relacionada con la situación de vulnerabilidad del trabajador⁴.

Esta Corporación ha establecido que en los procesos de renovación o liquidación institucional, debe evitarse al máximo la afectación de los derechos del grupo poblacional que por su condición de vulnerabilidad pueda verse más afectado con la medida. En ese contexto, se expidió la Ley 790 de 2002, que prevé mecanismos especiales de estabilidad para los trabajadores que se verían directamente afectados en los procesos de estructuración y que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta como es el caso de las mujeres en estado de embarazo y/o cabeza de hogar, las personas de la tercera edad, aquellas que padecen algún tipo de discapacidad y las que se encuentran próximas a adquirir el derecho a la pensión. A estas medidas de protección de origen supra legal, se les conoce con el nombre de reten social⁶.

Dicha Ley previó en el artículo 12 que “no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública, las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley.”

El concepto de retén social ha generado discusiones respecto a la interpretación de las disposiciones que lo contemplan y su ámbito de aplicación, especialmente en lo que se refiere a los prepensionados, por lo que ha sido la jurisprudencia de esta Corte la que se ha encargado de determinar los sujetos que tienen la condición mencionada para efectos de la estabilidad laboral reforzada. De esta manera, ha establecido que no solo sus destinatarios son los servidores de entidades públicas en procesos de restructuración o liquidación, sino también aquellos trabajadores del sector privado y público próximos a pensionarse⁷. Es decir, en aplicación del artículo 13 constitucional, se ha hecho extensiva la connotación del prepensionado y por consiguiente la estabilidad laboral reforzada a todas las personas con

contrato de trabajo próximas a reunir los requisitos para adquirir el derecho a la pensión de vejez o jubilación⁸.

1. Procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de derechos pensionales a sujetos de la tercera edad como sujetos de especial protección constitucional.

En cuanto a la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de derechos pensionales, esta Corporación ha sido enfática al sostener que en materia de reconocimiento y pago de pensiones, este dispositivo es improcedente en la medida en que estas controversias deben ser dirimidas a través de la jurisdicción ordinaria laboral o de la contenciosa administrativa, según corresponda. Solo excepcionalmente su conocimiento corresponde a jueces de tutela en aquellos casos en los que por la inminencia, urgencia y gravedad de la situación se hace necesaria la intervención del fallador constitucional con el fin de evitar un perjuicio irremediable. Circunstancias que deben ser analizadas, evaluadas y verificadas por el juez de tutela en cada caso concreto.

Teniendo en cuenta lo anterior, para determinar la existencia de un perjuicio irremediable, la Corte ha señalado los elementos que deben concurrir: i) inminencia, la cual se presenta cuando una situación “que amenaza o está por suceder prontamente⁹”, hace urgente la toma de medidas oportunas y rápidas para evitar la consumación del daño; ii) gravedad, que se puede determinar cuándo las consecuencias de la necesidad han producido o pueden producir un daño grave a los derechos fundamentales de la persona; iii) urgencia en la implementación de medidas para su supresión y, finalmente iv) que la acción de tutela deba ejercerse de manera inmediata sin que pueda postergarse su ejercicio so pena de configurarse el daño¹⁰.

En este punto, es ineludible precisar que la impostergerabilidad de la acción, lleva a que el amparo sea realmente oportuno, ya que en caso de que se llegare a tardar o posponer se correría el riesgo de no resultar eficaz. Así, se hace necesario acudir al mecanismo constitucional para obtener la protección de los derechos fundamentales¹¹.

En relación con los sujetos de especial protección constitucional, el juicio de procedibilidad de la acción de tutela debe efectuarse con menos rigurosidad en atención a la particular

situación en la que se encuentran. Razón por la cual, en virtud del artículo 13 Superior, es el Estado el que debe implementar mecanismos y herramientas para que dichos sujetos puedan gozar de garantías constitucionales de forma prioritaria, ya que su condición los hace personas en condiciones de debilidad manifiesta; verbigracia, en el caso de los adultos mayores. Al respecto, la Corte ha dicho:

“(…) en particular, a este grupo pertenecen las personas de la tercera edad, quienes al final de su vida laboral tienen derecho a gozar de una vejez digna y plena (C.P. artículos 1º, 13, 46 y 48). En relación con estas personas, la Corte ha sentado la doctrina del derecho fundamental a la seguridad social. Así, se le ha dado preciso alcance al mandato constitucional de defender, prioritariamente, el mínimo vital que sirve, necesariamente, a la promoción de la dignidad de los ancianos (C.P. artículos 1º, 13, 46 y 48).”¹²

En conclusión, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que someter a una persona de la tercera edad a un litigio laboral con las tardanzas y complejidades propias de esos procesos, resulta aún más gravoso cuando se trata de derechos que, de no ser reconocidos, afectarían directamente el derecho a la vida en condiciones dignas¹³.

1. Desarrollo legislativo y jurisprudencial del derecho a la Seguridad Social y su carácter irrenunciable. Reiteración de Jurisprudencia.

La Constitución Política consagra en su artículo 48 el derecho a la seguridad social, el cual dispone que: “Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social”¹⁴, convirtiéndolo en una garantía fundamental, autónoma e independiente, la cual permite que una vez comprobada su afectación y la ocurrencia de un perjuicio irremediable, además de la inexistencia de un medio idóneo para protegerla, pueda ser amparada mediante la acción de tutela.

Inicialmente, la Corte Constitucional estableció que los derechos sociales, económicos y culturales, denominados “derechos de segunda generación¹⁵” podían ser protegidos mediante acción de tutela siempre que se lograra demostrar que existía conexidad entre estos y una garantía de índole fundamental¹⁶; sin embargo, esta Corporación modificó su postura al respecto y determinó que estos derechos configuran también garantías

fundamentales que conllevan a que el Estado se abstenga de realizar acciones orientadas a desconocerlos (deberes negativos) y a adoptar medidas que impliquen exigencias de orden prestacional (deberes positivos)¹⁷.

Es así como la jurisprudencia ha concluido que todas las garantías constitucionales poseen el status de fundamentales¹⁸, en la medida que guardan estrecha relación con los bienes jurídicos protegidos por la Carta Política y que el Constituyente de 1991 determinó elevar a tal rango, naturaleza que comparte el derecho a la seguridad social¹⁹.

Al respecto, el carácter fundamental del derecho a la seguridad social deriva, en primera medida, de su carácter irrenunciable. Por tal razón, los preceptos legales²⁰ y constitucionales²¹ han garantizado la protección de los beneficios derivados de una relación laboral y del sistema de seguridad social en favor de los ciudadanos; es decir, de dar por no pactadas aquellas disposiciones que consagren la renuncia a estos.

1. Tesis sobre la vida probable.

Frente a la situación del derecho a la seguridad social de las personas que pertenecen al grupo poblacional de la tercera edad, la Corte ha desarrollado una línea jurisprudencial en torno a la tesis de vida probable, la cual consiste en que cuando una persona sobrepasa el promedio de vida de la población colombiana, por su avanzada edad, podría presumirse que a la fecha de una decisión dentro de un proceso ordinario, su vida se habrá extinguido²².

Así las cosas, en la sentencia T-456 de 1994 esta Corporación hizo énfasis en la relevancia de tener en cuenta, para los casos en que se busque la protección del derecho a la seguridad social del adulto mayor, la tesis de vida probable. Al respecto señaló lo siguiente;

“Si una persona sobrepasa (78 años para el caso) el índice de promedio de vida de los colombianos (actualmente, en 74), y ella considera que se le ha dado un trato discriminatorio en el reajuste pensional y por tal motivo ha reclamado ante juez competente, pero se estima razonablemente que el solicitante ya no existiría para el momento que se produjera la decisión judicial, debido a su edad avanzada, unido esto al alto volumen de procesos que razonablemente producen demora en la decisión, pese al comportamiento diligente del

juzgador, entonces, ese anciano no tiene otro medio distinto al de la tutela para que, provisionalmente, mientras se decide el fondo del asunto por el juez natural, se ordene el respeto a su derecho.” (Negrilla fuera de texto).

La misma sentencia, asocia la tesis sobre la vida probable con postulados del principio de equidad y del principio de dignidad humana, al sostener:

“La equidad permite que para igualar las cargas de los ancianos frente a otros jubilados que no han superado la edad de vida probable de los colombianos, se puede aplicar la tutela, como mecanismo transitorio, ordenándose que el derecho prestacional del reclamante, si se ajusta a la ley, sea visualizado por el anciano, sin que la existencia de otros medios de defensa judiciales se constituya en disculpa para que el longevo no conozca en vida la solución para sus derechos reclamados. Esta es una forma de valorar la eficacia y decidir jurídicamente con base en los elementos fácticos.”

Por consiguiente, resulta prudente establecer como factor determinante la tesis de vida probable en aquellos casos en que se abordan pretensiones tendientes al reconocimiento de una prestación asociada con el derecho a la seguridad social de un adulto mayor, ya que están obligatoriamente ligadas al tiempo de vida que le resta a las personas de la tercera edad que deben recibir el beneficio antes de que su existencia se agote. Esto es, sin necesidad de esperar que los jueces de la jurisdicción ordinaria o de la contenciosa administrativa decidan el caso, muchos años más tarde, cuando se presume que el interesado en obtener el reconocimiento de la prestación pueda haber fallecido²³. En este sentido, la sentencia T-456 de 1994 expresa:

“Si un anciano afirma que no puede esperar más tiempo para reclamar su derecho, ¿entonces será humano que la respuesta que se le dé sea la de que acuda a procedimientos que duran hasta diez años? O, por el contrario, ¿ese declive natural de la vida determina una razonabilidad que le impone a la Corte aceptar que para quien supera el límite de la vida probable la protección de sus derechos incluye la necesidad de una pronta resolución?

La equidad permite que para igualar las cargas de los ancianos frente a otros jubilados que no han superado la edad de vida probable de los colombianos, se puede aplicar la tutela, como mecanismo transitorio, ordenándose que el derecho prestacional del reclamante, si se ajusta a la ley, sea visualizado por el anciano, sin que la existencia de otros medios de

defensa judiciales se constituya en disculpa para que el longevo no conozca en vida la solución para sus derechos reclamados. Esta es una forma de valorar la eficacia y decidir jurídicamente con base en los elementos fácticos.”

De conformidad con lo expuesto, es importante concluir que cuando se trata de adultos mayores como sujetos de especial protección, el juez constitucional debe valorar las condiciones de debilidad manifiesta y la vida probable, con el fin de evitar que el afectado acuda a la jurisdicción ordinaria y fallezca a la espera de la resolución de la controversia planteada.

1. Naturaleza de la indemnización sustitutiva. Reiteración de Jurisprudencia.

A partir de la expedición de la Ley 100 de 1993, el legislador organizó el Sistema General de Seguridad Social como un “conjunto de instituciones, normas y procedimientos, del que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad”²⁴.

Por lo anterior, estableció que el sistema estaría conformado por regímenes generales que se dividirían en: i) pensiones; ii) salud; iii) riesgos laborales y iv) los servicios complementarios que defina la ley.

Así, el estudio que abordaremos comprometerá el análisis del sistema general en pensiones, el cual tiene como fin la garantía del amparo contra las contingencias que se deriven de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de pensiones y prestaciones que estarán reguladas en la Ley 100 de 1993 o en las leyes anteriores cuando la persona sea beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la misma.

Aunado lo anterior, el artículo 37 de la citada Ley estableció el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en los siguientes términos:

“Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan

cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.”

Al respecto, esta Corporación ha sostenido que el artículo enunciado consagra un derecho de naturaleza subsidiaria y suplementaria para quienes no logren reunir los requisitos establecidos para el reconocimiento de la pensión de vejez dentro del Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Además, ha resaltado que su finalidad consiste en la de “recibir una compensación en dinero por cada una de las semanas cotizadas al sistema de seguridad social y que tiene como finalidad hacer efectivo el mandato constitucional que impone al Estado el deber de garantizar a todas las personas el derecho a la seguridad social”²⁵.

De igual forma, ha sostenido que la posibilidad de recibir el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez exige i) que el individuo cuente con la edad requerida para pensionarse, ii) que no tenga el número de semanas establecidas por ley para adquirir el reconocimiento pensional, y iii) que demuestre que por distintas razones se ve imposibilitado para continuar aportando al sistema.

Por otra parte, esta Corporación ha estudiado las posibilidades de que el reconocimiento de la indemnización sustitutiva no constituya un impedimento para que los fondos de pensiones verifiquen nuevamente la procedencia de conceder una pensión de vejez o de invalidez que cubra de manera más amplia las contingencias mencionadas. Lo anterior, debido a que se han presentado casos en que se resuelven solicitudes de pensión de manera desfavorable ya sea porque se exigieron requisitos inconstitucionales o porque se aplicó equivocadamente una norma sustantiva²⁶.

En consecuencia, la incompatibilidad de las prestaciones no es un obstáculo para evaluar nuevamente los casos, ni efectuar el reconocimiento pensional a que tiene derecho el afiliado, siempre que el reconocimiento de uno de los beneficios haya sido otorgado con apego a las normas legales y a la Constitución.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, señaló²⁷:

“La Sala ha asentado la tesis según la cual la indemnización sustitutiva es una prestación provisional, cuya recepción no impide reclamar judicialmente que se dilucide si lo que procedía era ese reconocimiento o en su lugar la prestación vitalicia de vejez, sin embargo se ha de entender que esta postura hace referencia a cuando se analiza la situación del afiliado respecto a la densidad de cotizaciones para el momento en el que se hizo la solicitud de reconocimiento de los derechos a la administración de pensiones”.

En este punto, el reconocimiento de la pensión de vejez de un afiliado que ha recibido el pago de la indemnización sustitutiva no afecta la sostenibilidad financiera del sistema, ya que existen mecanismos para que pueda deducirse de las mesadas pensionales lo pagado al afiliado por concepto de indemnización, de esta forma se asegura que los aportes financien solamente una prestación. En diferentes oportunidades, esta Corporación ha utilizado este mecanismo para armonizar los postulados referentes a la incompatibilidad de los beneficios, autorizando a los fondos de pensiones, por ejemplo, que descuenten lo pagado por indemnización sustitutiva de las mesadas pensionales, sin que se afecte el derecho al mínimo vital del beneficiario²⁸.

1. Desarrollo legal y jurisprudencial del régimen de transición. Reiteración de jurisprudencia.

Con el fin de que las personas que estuvieran próximas a pensionarse a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no se vieran afectadas por el nuevo sistema de seguridad social, el legislador fijó un régimen de transición que permite mantener el régimen pensional por el cual venían siendo cobijados los afiliados al 1° de abril de 1994.

Para efectos de lograr una mayor comprensión del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es necesario estudiar la doctrina constitucional respecto de los derechos adquiridos, las meras expectativas y las expectativas legítimas en materia de pensiones.

Al respecto, ha señalado la Corte que “configuran derechos adquiridos las situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al

patrimonio de una persona”²⁹, es decir, que para que se configure un derecho adquirido, es necesario que se reúnan todas las condiciones necesarias para obtenerlo antes de que opere el tránsito legislativo. Por otra parte, las meras expectativas “son aquellas esperanzas o probabilidades que tiene una persona de adquirir en el futuro un derecho, si no se produce un cambio relevante en el ordenamiento jurídico”³⁰.

Partiendo de los supuestos anteriores, esta Corporación ha indicado que dentro de las principales diferencias que enmarcan estas dos instituciones se encuentra que, mientras los derechos adquiridos gozan del amparo constitucional derivado de su protección expresa en la Constitución, en vista de que han ingresado al patrimonio de la persona luego de haberse consolidado cada una de las premisas legales exigidas para su configuración; las meras expectativas, por el contrario, gozan de una protección más precaria. Lo anterior, debido a que los supuestos facticos para la adquisición del derecho no se han consolidado definitivamente³¹; sin embargo, la Corte ha señalado que cuánto más cerca está una persona de acceder al goce efectivo de un derecho, mayor es la legitimidad de su expectativa.

Aunado lo anterior, la jurisprudencia de la Corte se ha adecuado para garantizar la protección de quienes están próximos a adquirir un derecho. Por consiguiente, en la sentencia SU-130 de 2013, se expusieron unas reglas básicas respecto al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que se citaran in extenso, ya que la claridad con que fueron expuestas en esa ocasión, facilitara la comprensión de los presupuestos. Al respecto dijo lo siguiente:

“En cuanto al régimen de transición previsto en la Ley 100/93, el artículo 36 que lo regula, básicamente, se ocupa de (i) establecer en qué consiste el régimen de transición y los beneficios que otorga; (ii) señala qué categoría de trabajadores pueden acceder a dicho régimen; y (iii) define bajo qué circunstancias el mismo se pierde.

Acorde con ello, el régimen de transición allí consagrado prevé como beneficio para acceder a la pensión de vejez, que la edad, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y

el monto de la misma, sea la establecida en el régimen anterior al cual se encuentre afiliado el trabajador.

Para tal efecto, el legislador precisó que el régimen de transición va dirigido a tres categorías de trabajadores, a saber:

Mujeres con treinta y cinco (35) o más años de edad, a 1° de abril de 1994.

Hombres con cuarenta (40) o más años de edad, a 1° de abril de 1994.

Hombres y mujeres que, independientemente de la edad, acrediten quince (15) años o más de servicios cotizados, a 1° de abril de 1994.

Ahora bien, como ya se mencionó, el artículo 36 de la Ley 100/93 también regula el asunto referente a la pérdida del régimen de transición, circunstancia que no se predica respecto de todos los trabajadores beneficiarios de dicho régimen, sino tan solo de dos categorías de ellos, concretamente, de mujeres y hombres que, a 1° de abril de 1994, cumplen con el requisito de edad en los términos de la referida norma. Así, el inciso 4° del referido precepto legal señala que “[l]o dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

Acto seguido, en inciso 5° del mismo artículo dispone que, “tampoco será aplicable para

quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida”.

Así las cosas, los trabajadores que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, pierden los beneficios del régimen de transición, en cualquiera de los siguientes eventos: (i) cuando el afiliado inicialmente y de manera voluntaria deciden acogerse definitivamente al régimen de ahorro individual con solidaridad o (ii) cuando habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad deciden trasladarse al de prima media con prestación definida.

En estos términos, una primera conclusión se impone: los sujetos beneficiarios de la transición, bien por edad o por tiempo de servicios cotizados, pueden elegir libremente el régimen pensional a cual desean afiliarse e incluso tienen la posibilidad de trasladarse entre uno y otro, pero en el caso de los beneficiarios del régimen de transición por cumplir el requisito de edad, la escogencia del régimen de ahorro individual o el traslado que hagan al mismo, trae como consecuencia ineludible la pérdida de los beneficios del régimen de transición. En este caso, para efectos de adquirir el derecho a la pensión de vejez, los afiliados deberán necesariamente cumplir los requisitos previstos en la Ley 100/93 y no podrán hacerlo de acuerdo con las normas anteriores que los cobijaban, aun cuando les resulte más favorable.

Finalmente, es importante mencionar que, en virtud de la reforma constitucional introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005 al artículo 48 Superior, la aplicación del régimen de transición no es indefinida. En efecto, a través de dicho acto legislativo, el Congreso de la República fijó un límite temporal, en el sentido de señalar que, “el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo

de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014. Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen”.

Conforme a lo anterior, se puede deducir, entre otras cosas, que para ser beneficiario del régimen de transición pensional, en lo referente a la edad, el tiempo y el monto de la pensión de vejez, se requiere cumplir el requisito de edad o el de tiempo de servicios cotizados. De igual forma, el afiliado que al 1° de abril de 1994 deseara hacerlo, pudiese trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; sin embargo, perdería de manera automática los beneficios conferidos por el régimen de transición.

Por último, y en cuanto a la vigencia de este régimen, quedó establecido que su aplicación no es indefinida y que se extiende hasta el 2010; no obstante, si a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 el afiliado que se encuentre beneficiado por la aplicación de dicho régimen, acredita que cuenta con un total de 750 semanas o su equivalente en tiempos de servicio, se le hará extensivo hasta el 2014. De lo contrario, perderá los beneficios otorgados y se le aplicará lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003.

8.1 Referencia de los principales regímenes pensionales existentes antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Como bien se dijo con anterioridad, el régimen de transición fue una protección concedida por el legislador a aquellas personas que habían adquirido una expectativa legítima del derecho a la pensión, la cual no podía ser desconocida ni modificada ante la exigencia de requisitos más gravosos que los que instituía la norma anterior.

En este orden de ideas, antes de la creación del Sistema General de Seguridad Social que introduce los requisitos para adquirir el derecho a la pensión en la actualidad, existían ordenamientos jurídicos que no pueden ser desconocidos, ya que si bien es cierto han perdido vigencia, aún siguen produciendo efectos jurídicos sobre cierto grupo de trabajadores que reunieron los requisitos dispuestos en la Ley 100 de 1993 para ser beneficiarios de un régimen transicional³².

El anterior régimen del Seguro Social regulado en el Acuerdo 049 de 1990 expedido por la Junta Directiva de esa entidad que cobija a los trabajadores particulares y aprobado por el Decreto 758 de 1990, contempló dentro sus prestaciones una pensión de vejez a favor de las mujeres de cincuenta y cinco (55) o más años de edad y los hombres de sesenta (60) o más años de edad, que acreditaran un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de la edad, o mil (1.000) semanas en cualquier tiempo.

En lo que tiene que ver con los servidores públicos tanto del nivel nacional como del territorial, excepto los que se encuentran cobijados por regímenes especiales de pensión, la normatividad aplicable es la Ley 33 de 1985, la cual prevé una pensión de jubilación a cargo de la respectiva Caja de Previsión a la cual se encuentre afiliado el trabajador, siempre que acrediten veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos al sector público, y cumpla la edad de cincuenta y cinco (55) años, ya sea hombre o mujer, mesada que será equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para el cálculo de los aportes en el último año de servicio.

Por último, en el caso de los trabajadores que cotizaron determinado número de semanas al ISS y a Cajas de Previsión del sector público, pero no alcanzaron a reunir el tiempo de servicio para que se les reconociera el derecho a la pensión conforme al Acuerdo 049 de 1990 y la Ley 33 de 1985, el régimen pensional aplicable es la Ley 71 de 1988 y sus decretos reglamentarios (1160 de 1989 y 2709 de 1994). De conformidad con dichas normas, para adquirir el derecho a la pensión de vejez por aportes se requiere que al sumar el número de cotizaciones realizadas en uno u otro sector (público o privado), éstas den como resultado no menos de veinte (20) años de servicios cotizados, además de que el afiliado acredite cincuenta y cinco (55) años de edad o más si es mujer o sesenta (60) años o más de edad si es hombre.

1. Análisis del caso concreto.

9.1. Presentación del caso.

En primer lugar, el señor José Antonio Díaz Fernández solicita el reintegro laboral junto con el

pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde su desvinculación hasta su efectivo reintegro, por encontrarse próximo a obtener la pensión. Y en segundo lugar, solicita el reconocimiento y pago de la indemnización por despido injustificado establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por la Ley 789 de 2002.

El día 21 de agosto de 1995 el actor suscribió contrato de trabajo a término fijo por el término de 3 meses con la empresa Colmundo Radio S.A. para desempeñar el cargo de supervisor de radiotransmisores, contrato que se prorrogó de manera automática por 20 años hasta el 20 de agosto de 2015, fecha en la cual el empleador dio por terminada la relación laboral. De la misma forma, se exigió la entrega del inmueble propiedad de la compañía en donde el actor realizaba la labor de radiotransmisionista y residía con su esposa, en virtud del acuerdo celebrado entre las partes el mismo día en que se suscribió el contrato laboral.

Atendiendo a que a la fecha el trabajador no posee otros ingresos, no tiene una vivienda a donde dirigirse y cuenta con 78 años de edad, acudió a la acción de tutela a fin de obtener la protección de sus derechos a la vida digna, a la estabilidad laboral reforzada y a la seguridad social.

9.2. Estudio de la procedencia de la acción de tutela.

De los antecedentes expuestos con anterioridad, la Sala encuentra que en el caso que se analiza la acción de tutela resulta procedente para perseguir el amparo de los derechos fundamentales que el actor considera vulnerados, como quiera que se trata de un sujeto de especial protección constitucional, dado que tiene 78 años de edad; y teniendo en cuenta la tesis de vida probable establecida por esta Corporación conforme a la protección del derecho a la seguridad social del adulto mayor, es necesario el amparo por esta vía para evitar que la existencia del actor merme a la espera de una decisión en la jurisdicción ordinaria.

No puede pasar desapercibido que, conforme a las proyecciones de población 2005-2020 elaboradas por el Dane en septiembre de 2007³³, la esperanza de vida al nacer se estima entre los 72,6 a 76,2 años para ambos sexos, edad que ya ha sido superada por el

accionante. Esto implica que, conforme la aludida tesis de vida probable, en caso de imponérsele el agotamiento de los mecanismos judiciales ordinarios, sería posible presumir que a la fecha en que estos sean resueltos, el señor Díaz Fernández ya habrá fallecido.

Por consiguiente, la solicitud de la empresa accionada tendiente a declarar la improcedencia de la acción bajo el fundamento que el demandante cuenta con otros medios de defensa judicial y no acredita un perjuicio irremediable no resulta acertada, toda vez que no consulta la situación específica del actor.

Por el contrario, dadas las particularidades del asunto y las difíciles circunstancias en que se encuentra el señor José Antonio Díaz Fernández, así como la especial protección a la que tiene derecho por ser un sujeto de la tercera edad, la acción de tutela es el mecanismo procedente, y en ese orden, la Sala estudiara el fondo del asunto.

9.3. Análisis de la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la vida digna, a la estabilidad laboral reforzada y a la seguridad social.

La pretensión principal del actor gira en torno al reintegro laboral como medida de protección a la estabilidad laboral reforzada que alega como prepensionado.

Por tal razón, es necesario precisar que la terminación del contrato de trabajo fue realizada conforme a la ley y al numeral 1° del artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo. Lo anterior, teniendo en cuenta que se comunicó la finalización del periodo y su no prórroga con 30 días de antelación; además, le fue reconocido el pago de la liquidación del contrato a la que tenía derecho.

En ese contexto, y en vista de que se comunicó al accionante la finalización del contrato y la intención de no renovarse de conformidad con lo establecido en la ley, mal podría hablarse de un despido sin justa causa y, por tanto, no hay lugar al reconocimiento de la indemnización pretendida.

Por otro lado, debe precisarse que la procedencia de la acción de tutela como mecanismo de protección excepcional frente a una solicitud de reintegro laboral, requiere que se configure una estabilidad laboral reforzada, como indica el actor en el caso sub judice, al alegar que gozaba de todos los requisitos para ser considerado prepensionado.

No obstante, revisado el expediente y luego de establecer que el actor había superado la edad para adquirir el derecho a la pensión (ya que contaba con 78 años de edad y la ley exige 62 años), además de que había sido beneficiario de la indemnización de vejez, resultaría improcedente ordenar el reintegro laboral en calidad de prepensionado cuando los hechos y la realidad son otros, y no se ajustan a la protección derivada de la estabilidad que genera la figura del retén social respecto de aquellos trabajadores a los que les faltaren 3 años para obtener el derecho a la pensión de vejez.

En cuanto al reconocimiento de la pensión de vejez, el accionante fue beneficiario del régimen de transición, ya que al 1° de abril de 1994 cumplió con la edad para ser beneficiado con dicho régimen (56 años de edad). Sin embargo, este fue desmontado al entrar en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005, el cual dispuso que se extendería la vigencia del régimen hasta el 2014, siempre que el beneficiario contara con 750 semanas de cotización al momento en que este entrara a regir, requisito que no fue cumplido por el actor, y por ello perdió la aplicación del régimen anterior, ya que contaba con un total de 552 semanas cotizadas a la entrada en vigencia de la reforma constitucional en mención.

Asimismo, verificado el expediente y el reporte de semanas cotizadas aportado, se logró acreditar que al 2010, fecha hasta la que se aplicó el régimen de transición, el actor no cumplió con los requisitos exigidos por el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, aplicable a su caso, que exigía tener 500 semanas cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, o haber cotizado 1000 semanas en cualquier tiempo.

Lo anterior, en vista de que el señor Díaz Fernández contaba i) con un total de 152 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de los 60 años de edad, período transcurrido entre 1978 y 1998; o ii) con un total de 780 semanas cotizadas en cualquier tiempo, tomándose el año 2010 como fecha límite, debido a que no se extendió el régimen de transición hasta el 2014, ya que no acreditó 750 semanas al entrar en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005.

Por consiguiente, las decisiones de los jueces de instancia respecto a la imposibilidad del reconocimiento de la pensión de vejez serán confirmadas, en virtud de que el análisis realizado en su momento por Colpensiones y en sede de tutela por los jueces constitucionales se ajustó a la ley y a los requisitos establecidos para el reconocimiento y pago de una pensión.

No obstante, se hizo necesario, para el estudio del caso, analizar la liquidación realizada por la administradora de pensiones y se llegó a la conclusión de que el número base de semanas cotizadas utilizado para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, no correspondió al total de semanas cotizadas por el actor al momento en que se expidió la Resolución No. 00513 del 24 de enero de 2011, ya que para esa fecha el actor contaba con más de 551 semanas cotizadas al sistema como se evidencia en la historia laboral aportada en el expediente, la cual refleja un total de 807,14 semanas al 31 de mayo de 2011³⁴.

En este contexto, se ordenará a Colpensiones que realice nuevamente la liquidación de la indemnización sustitutiva, de acuerdo al número de semanas cotizadas por el señor Díaz Fernández a la fecha en que se expidió la resolución mencionada, teniendo en cuenta los periodos presentados y los cotizados en mora, y se reconozca el pago de la diferencia entre el valor real y el pago que se realizó en 2011 por concepto de \$6.898.291 equivalente a casi 16 años de cotización al sistema.

Por otra parte, teniendo en cuenta que en el asunto de la referencia, el actor laboró durante casi 5 años en la empresa Colmundo Radio S.A, con posterioridad al reconocimiento de la indemnización sustitutiva; es decir, desde enero de 2011 hasta agosto de 2015, bajo la misma modalidad contractual con la que fue vinculado y sin que se realizaran los aportes a seguridad social; y teniendo en cuenta la precaria situación económica que padece y su avanzada edad, considera la Sala oportuno reiterar el precedente de la sentencia T-230 de 2014³⁵, en aras de hacer efectiva la especial protección que el constituyente ha dispuesto para sujetos tales como niños, mujeres cabeza de familia, personas mayores, miembros de minorías o personas en condiciones de extrema pobreza. Así, se concluye que dichos aportes sean entregados, de manera excepcional, al actor como un recurso económico que le permita garantizar su subsistencia durante cierto periodo. Lo anterior, teniendo en cuenta que aun si se realizaran los aportes al fondo de pensión, el accionante no recibiría mesada pensional alguna.

Cabe aclarar que esta medida es de carácter exceptuado y responde i) a la imposibilidad de garantizar el reconocimiento de una pensión de vejez, incluso si se realiza el pago de dichos aportes, ya que el accionante no reúne los requisitos exigidos por la ley para su consecución, ii) al carácter irrenunciable del derecho a la seguridad social, el cual consagra como no pactadas, aquellas disposiciones que contengan la renuncia de tales garantías

constitucionales, y iii) las condiciones de debilidad y vulnerabilidad en que se encuentra el actor al no contar con un ingreso económico, una vivienda o la fuerza laboral para prohiarse sus propios recursos.

En cuanto al derecho a la vivienda, si bien es cierto, la propiedad del bien inmueble en donde se encuentra la central de radiotransmisores no está en debate, ya que le pertenece a la empresa Colmundo Radio S.A. también lo es que no puede desconocerse el hecho de que el actor ha vivido en ese lugar durante casi 20 años y teniendo en consideración las condiciones de vulnerabilidad en que se encuentra, se hace necesario ordenarle a la compañía demandada que le conceda un término de 2 meses al actor para que desocupe y entregue el bien.

De igual forma, se hará un llamado a la familia del actor para que, en cumplimiento de su deber primario de solidaridad, derivado de la especial protección que gozan los sujetos de la tercera edad, brinden un apoyo económico y emocional al accionante. No sin antes precisar que el Estado también está en la obligación de garantizarle unos mínimos de vida digna.

Por tal razón, al no poder desvirtuarse la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el actor y ante la necesidad de atención integral que le permita mantener un nivel de vida digno, se instará a la Alcaldía de Cartagena, para que previa evaluación socioeconómica, la cual deberá realizarse en un plazo máximo de 15 días contados a partir de la notificación de la presente providencia, si resultare positivo el proceso, incluya al accionante como beneficiario en los programas de subsidio para adulto mayor y subsidio de vivienda; asimismo, se exhortará a la Secretaría de Salud Departamental de Bolívar para que realice los tramites de afiliación del actor al Régimen Subsidiado de Salud, en el término de 10 días contados a partir de la notificación de esta providencia, en aras de garantizar sus derechos fundamentales a la salud y a la vida.

Adicionalmente, se pondrá en conocimiento de la Defensoría del Pueblo, el proceso de la referencia, para que realice el respectivo seguimiento de las ordenes realizadas, además de brindarle asesoría y acompañamiento al señor José Antonio Díaz Fernández, en lo que considere pertinente.

Por último, 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,

I. RESUELVE

PRIMERO: LEVANTAR la suspensión de términos ordenada mediante auto de seis (6) de diciembre de dos mil dieciséis (2016) y la medida cautelar contenida en el auto de quince (15) de diciembre del mismo año.

SEGUNDO: REVOCAR el fallo del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena, que a su vez confirmó el fallo del Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Conocimiento que declaró improcedente la solicitud de reintegro laboral invocada por el accionante; y en su lugar, PROTEGER PARCIALMENTE los derechos del señor José Antonio Díaz Fernández conforme a las razones expuestas en este proveído.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, que en el término de un (1) mes contado a partir de la notificación de la presente decisión, realice nuevamente la liquidación de la indemnización sustitutiva de vejez otorgada al señor José Antonio Díaz Fernández, reconozca y efectúe el pago de la diferencia entre el dinero pagado y la suma derivada de las semanas cotizadas a enero de 2011. Para ello se tendrán en cuenta los periodos presentados y las cotizaciones en mora efectuadas.

CUARTO: ORDENAR a la empresa Colmundo Radio S.A que en el término de diez (10) días contados a partir de la notificación de la presente decisión, efectúe, en favor del señor José Antonio Díaz Fernández, el pago de los aportes a seguridad social dejados de realizar en los años posteriores al reconocimiento de la indemnización sustitutiva y hasta el momento en que se dio por terminado el vínculo, periodo constituido desde febrero de 2011 hasta agosto de 2015.

QUINTO: ORDENAR a la empresa Colmundo Radio S.A. conceder al demandante el término de dos (2) meses contados a partir de la notificación de esta providencia, para desocupar y entregar el inmueble.

SEXTO: INSTAR a la Alcaldía de Cartagena que previa evaluación socioeconómica, la cual deberá realizarse en un término no máximo de quince (15) días contados a partir de la notificación de la presente decisión, si resultare positivo el proceso, incluya al señor José Antonio Díaz Fernández en los programas de subsidio para adulto mayor y subsidio de vivienda.

SÉPTIMO: EXHORTAR a la Secretaría de Salud Departamental de Bolívar que en el término de diez (10) días contados a partir de la notificación de esta providencia, afilie al señor José Antonio Díaz Fernández al Régimen Subsidiado de Salud.

OCTAVO: PONER en conocimiento de la presente providencia, por intermedio de la Secretaría General de esta Corporación, a la Defensoría del Pueblo, para que realice el respectivo seguimiento, asesore y acompañe al señor José Antonio Díaz Fernández en lo que considere pertinente.

NOVENO: Líbrese por Secretaría General de la Corte Constitucional la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

AQUILES ARRIETA GÓMEZ

Magistrado (E)

MARTHA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Ver cuaderno principal, folio 14.

2 Ver cuaderno principal, folios 47 y 48.

3 Ver más en Sentencia T-575 de 2008.

4 Ver más en Sentencia T-320 de 2016.

5 Ver más en Sentencia T-790 de 2010

6 Ibídem.

8 Ver línea jurisprudencial establecida en las sentencias T-693 de 2015, T-824 de 2014, T-686 de 2012

9 Sentencia T-225 de 2003.

10 “El perjuicio ha de ser inminente: que amenaza o está por suceder prontamente. Con lo anterior se diferencia de la expectativa de un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado”. Sentencia T-956 de 2013.

11 Ver sentencia T-086 de 2015.

12 Ver sentencia C-458 de 1997.

13 Ver sentencia T-315 de 2011.

14 “Sobre el alcance de la seguridad social como derecho protegido a la luz del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en su observación general número XX el Comité hizo las siguientes precisiones: “26. El artículo 9 del Pacto prevé de

manera general que los Estados Partes “reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso el seguro social”, sin precisar la índole ni el nivel de la protección que debe garantizarse. Sin embargo, en el término “seguro social” quedan incluidos de forma implícita todos los riesgos que ocasionen la pérdida de los medios de subsistencia por circunstancias ajenas a la voluntad de las personas. 27. De conformidad con el artículo 9 del Pacto y con las disposiciones de aplicación de los Convenios de la OIT sobre seguridad social -Convenio Nº 102, relativo a la norma mínima de la seguridad social (1952) y Convenio Nº 128 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes (1967)- los Estados Partes deben tomar las medidas adecuadas para establecer, con carácter general, sistemas de seguros de vejez obligatorios, a percibir a partir de una edad determinada, prescrita por las legislaciones nacionales” (...) 30. Finalmente, para dar pleno cumplimiento al mandato del artículo 9 del Pacto, como ya se ha señalado en los párrafos 20 y 22, los Estados Partes deberán establecer, dentro de los recursos disponibles, prestaciones de vejez no contributivas u otras ayudas, para todas las personas mayores que, al cumplir la edad prescrita fijada en la legislación nacional, por no haber trabajado o no tener cubiertos los períodos mínimos de cotización exigidos, no tengan derecho a disfrutar de una pensión de vejez o de otra ayuda o prestación de la seguridad social y carezcan de cualquier otra fuente de ingresos”.” Sentencia T-505 de 2011.

15 “En el ordenamiento jurídico colombiano y, durante un amplio lapso, la doctrina constitucional – incluida la jurisprudencia de la Corte Constitucional -, acogió la distinción teórica entre derechos civiles y políticos o derechos de primera generación, de una parte, y derechos sociales, económicos y culturales, de otra. Los primeros generadores de obligaciones negativas o de abstención y por ello reconocidos en su calidad de derechos fundamentales y susceptibles de protección directa por vía de tutela. Los segundos, desprovistos de carácter fundamental por ser fuente de prestaciones u obligaciones positivas, frente a los cuales, por ésta misma razón, la acción de tutela resultaba, en principio, improcedente”. Sentencia T-306 de 2011.

16 Ver sentencia T-406 de 1992.

17 T-505 de 2011.

18 T-580 de 2007.

19 Sentencias T-888 de 2001, T-609 de 2002, T-495 de 2003, T-1282 de 2005, T-1251 de 2005 y T-597 de 2009.

20 Ver artículo 13 y 14 del Código Sustantivo del Trabajo.

21 Ver artículo 48 y 49 de la Constitución Política.

22 Ver las sentencias T-849 de 2009 y T-300 de 2010, reiteran esta línea jurisprudencial contenida principalmente en los fallos T-056 de 1994, T-456 de 1994, T-295 de 1999, T-827 de 1999, T-1116 de 2000, T-T-849 de 2009 y T-300 de 2010, entre otras.

23 Ver sentencia T-086 de 2015.

24 Ley 100 de 1993, preámbulo.

25 Ver sentencia T-505 de 2011.

26 Para ver más sobre la incompatibilidad de la indemnización sustitutiva con otro tipo de pensiones, pueden observarse las siguientes sentencias: T- 950 de 2009, SU- 132 de 2013, T- 508 de 2013, T-069 y T- 228 de 2014.

27 Sentencia de 7 de julio de 2009. Rad. No. 35896.

28 Al respecto, puede observarse, entre otras, la sentencia T-003 de 2014, en la cual se amparó el derecho a la seguridad social de una persona que reclamaba la pensión de sobrevivientes, y previamente al causante le había sido concedida la indemnización sustitutiva. Sobre el descuento de esta última prestación se resolvió lo siguiente: “la Sala ordenará a Colpensiones que revise la historia laboral de la señora Odeilda Franco García y en caso que cumpla con el requisito de haber cotizado 50 semanas en los últimos 3 años anteriores a su fallecimiento, se ordena que le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes a su hijo Giovanni Jaramillo Franco. En caso que haya reclamado la indemnización sustitutiva, la entidad accionada deberá hacer un cálculo y descontarle esta prestación de manera periódica, sin que la pensión de sobrevivientes sea inferior a un salario mínimo legal”.

29 Ver sentencia C-789 de 2002.

30 Ibídem.

31 Ibídem.

32 Ver sentencia T- 892 de 2013.

33

https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/poblacion/proyepobla06_20/8Tablasvida1985_2020.pdf – Consultado el 4 de noviembre de 2016.

34 Cuaderno principal, expediente de tutela. Folio 20.

35 En el asunto de la referencia se examinó la solicitud de indemnización sustitutiva realizada por un ex empleado de la Empresa Colombiana de Petróleos –Ecopetrol-, al cual se le había negado el pago de la prestación por parte de la compañía donde laboró, debido a que no podía realizarse la entrega de los dineros de manera directa sino que debían ser consignados mediante un bono pensional en el fondo de pensiones en donde se encontrare afiliado. Sin embargo, verificó la Sala que el actor no había sido afiliado a ningún fondo de pensiones y que por tal razón, no podría acceder a la indemnización solicitada. Razón por la cual, examinadas las condiciones de vulnerabilidad en las que se encontraba el demandante, al constituir un sujeto de la tercera edad y no tener otra fuente de ingresos que permitiera su subsistencia; ordenó a la Empresa Colombiana de Petróleos –Ecopetrol- que en el término de 10 días realizara el pago de los dineros acumulados por el accionante durante el tiempo en que laboró en la entidad y que serían pagados como indemnización sustitutiva por el fondo al que se encontrare afiliado si así lo estuviere.