

T-201A-18

Sentencia T-201A/18

RETROACTIVOS GENERADOS POR RELIQUIDACION DE PENSIONES LEGALES DENTRO DE LA FIGURA JURIDICA DE PENSIONES COMPARTIDAS-Caso en que dineros fueron girados a empresa donde trabajó accionante y esta no realizó el reembolso

ACCION DE TUTELA PARA OBTENER REEMBOLSO DE RETROACTIVOS GENERADOS DENTRO DE LA FIGURA JURIDICA DE PENSIONES COMPARTIDAS-Procedencia excepcional

RETROACTIVO EN PENSIONES COMPARTIDAS-Reiteración de jurisprudencia

RETROACTIVOS GENERADOS POR RELIQUIDACION DE PENSIONES LEGALES DENTRO DE LA FIGURA JURIDICA DE PENSIONES COMPARTIDAS-Orden a empresa reembolsar a accionante los dineros que excedan aquellos efectivamente pagados como complemento de la pensión pagada por Colpensiones

Referencia: Expediente T-6.376.349

Acción de tutela presentada por Merardo de Jesús Carmona Zapata en contra de las Empresas Públicas de Medellín (EPM) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones).

Magistrado Sustanciador:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo, Gloria Stella Ortiz Delgado y Cristina Pardo Schlesinger en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo proferido por la Sala de Decisión Constitucional del

Tribunal Superior de Medellín, el 30 de junio de 2017, que confirmó la providencia emitida el 5 de mayo del mismo año por el Juzgado Veinticinco Penal del Circuito de Medellín, dentro de la acción de tutela presentada por Merardo de Jesús Carmona Zapata en contra de las Empresas Públicas de Medellín (EPM) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones).

El presente expediente fue escogido para su revisión por la Sala de Selección Número Diez, por medio de auto de 13 de octubre de 2017 y repartido a la Sala Quinta de Revisión.

Merardo de Jesús Carmona Zapata, por intermedio de apoderado judicial[1], promovió la presente acción de tutela, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital, debido a que el retroactivo que surgió de la reliquidación de su pensión compartida fue pagado por Colpensiones a su antiguo empleador EPM y no a favor suyo.

1. Hechos y relato contenido en el expediente[2].

1.1. El actor, de 80 años de edad, manifiesta que prestó sus servicios al Ministerio de Defensa Nacional entre el 28 de octubre de 1956 y el 1º de julio de 1958 y a EPM entre el 23 de abril de 1959 y el 18 de enero de 1988[3].

1.2. El 2 de septiembre de 1988, a través de Resolución núm. 271, EPM le reconoció una pensión vitalicia de jubilación con cargo a esa empresa y al Ministerio de Defensa Nacional, bajo la advertencia de “que si llegase a obtener la pensión de vejez por parte del Instituto de Seguros Sociales en virtud de los aportes hechos cuando prestó servicios a la Entidad, ésta le será compartida con la cuota parte pensional que esté percibiendo”[4].

1.3. El 25 de noviembre de 1997, el peticionario suscribió un documento en el que exponía:

“autorizo expresa e irrevocablemente al Instituto de Seguros Sociales -ISS- para que gire a favor de las Empresas Públicas de Medellín el valor de la retroactividad que pueda corresponderme por la pensión de vejez o indemnización sustitutiva que actualmente tramito ante esa entidad, la cual será compartida con la pensión de jubilación que percibo de las Empresas Públicas de Medellín, retroactividad que comprende desde el día en que

llene todos los requisitos para que el ISS me otorgue la mencionada pensión y la fecha en que efectivamente se me haga el reconocimiento respectivo. En esta autorización se incluye el valor por semanas de cotización superiores al mínimo, los reajustes que corresponden al periodo que se ha indicado, primas, etc.”[5]

1.4. A partir del 3 de enero de 1998, en Resolución 004480 de 1998[6], Colpensiones le reconoció al accionante la pensión de vejez y ordenó el pago del retroactivo correspondiente a EPM.

1.5. Mediante Resolución 1103 de 27 de julio de 1998, EPM se declaró subrogada parcialmente en el pago de la pensión de jubilación reconocida al actor. Explicó que una vez reconocida la pensión de vejez por el entonces ISS, seguiría reconociendo la diferencia entre la pensión plena a cargo de EPM y la otorgada por la administradora de pensiones[7].

1.6. El accionante aduce que el 3 de octubre de 2016 solicitó ante Colpensiones la reliquidación de la pensión de vejez compartida que le había sido reconocida por dicha entidad[8].

1.7. El 6 de enero, Colpensiones, a través de Resolución GNR 2820 de 2017, resolvió acceder a su pretensión y ordenó la reliquidación de la pensión de vejez compartida, fijando como mesada para 2016 la suma de \$1'452.580. A su vez, dispuso que “[e]l valor del retroactivo que asciende a la suma de \$11,808,031.00 correspondiente al empleador EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN Nit: 890.904.996-1, será girado a través de la nómina de Pensionados de Colpensiones”[9].

Respecto del pago del retroactivo, citó la Circular Interna 19 de 2015[10], de conformidad con la cual el pago del retroactivo al empleador procede cuando: i) existe una pensión compartida entre un empleador y la administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida o ii) el empleador es el que reconoce las mesadas pensionales en su integridad entre la fecha de cumplimiento de los requisitos pensionales y la inclusión en la nómina de pensionados. Por ello, al constatar que en la Resolución núm. 271 de 22 de septiembre de 1988 se establecía que la pensión patronal reconocida sería compartida entre el entonces ISS y EPM, el retroactivo fue girado a favor de la última empresa[11].

1.8. El peticionario estima que el retroactivo le debió ser reconocido a su favor. Por

ende, el 27 de febrero de 2017, pidió a EPM “el reconocimiento y pago inmediato de la totalidad de los dineros correspondientes al retroactivo que fue consignado directamente por COLPENSIONES a la cuenta de pensionados de EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN en el mes de Enero de 2017(...)”[12].

1.9. En respuesta, el 28 de febrero de 2017, dicha empresa manifestó que “por tratarse de una pensión compartida (...), el valor de la retroactividad que surgió de la reliquidación pensional le corresponde a EPM”[13]. Adicionalmente, sostuvo que el peticionario autorizó a Colpensiones a girar el valor por concepto de retroactivos a EPM[14], en el escrito de 25 de noviembre de 1997[15].

1.10. El accionante destaca que en el citado documento no autorizó a la Administradora de Pensiones a entregar el retroactivo por reliquidación a EPM y una lectura en ese sentido constituye un acto arbitrario, que tiene “el propósito de apropiarse del retroactivo, que no son más que los dineros que dejó de percibir en su pensión”.

1.11. Resalta que es una persona de la tercera edad, con serios problemas de salud, a quien le fue diagnosticado “hipertensión esencial (primaria), hipotiroidismo, insuficiencia renal crónica, hiperplasia crónica, hiperplasia de la próstata”. Su esposa también está enferma y depende económicamente de él, razón por la cual su pensión es insuficiente para atender los gastos ordinarios, las citas médicas y los constantes desplazamientos que deben costear para acceder a los servicios de salud. En esa línea, aduce que no podría acudir a “un dispendioso proceso judicial para defender sus derechos”[16].

2. Oposición a la acción.

2.1. Colpensiones, en oficio de 2 de mayo de 2017, destacó que el actor no presentó ningún recurso en contra del acto administrativo que ordenó el pago del retroactivo a EPM y que su pretensión es meramente económica, razón por la cual no se cumple con el requisito de subsidiariedad del amparo[17].

2.2. EPM, en escrito de 28 de abril de 2017, manifestó que no vulneró ningún derecho fundamental, por cuanto no fue la entidad que emitió el acto administrativo que ordenó la reliquidación de la pensión y el pago del retroactivo a favor de EPM. Por ende, solicitó ser desvinculado como sujeto pasivo de la acción.

De otra parte, explicó que se negó a reembolsar el retroactivo, puesto que el dinero consignado corresponde a la compensación del mayor valor pagado por EPM en el régimen de pensiones compartidas. Afirmó que la empresa reconoció la pensión “con la expectativa de ser una pensión compartida con el ISS a la edad de 60 años, toda vez que EPM realizó la totalidad de los aportes por su cuenta para los riesgos de invalidez, vejez y muerte al ISS por 1064 semanas a favor del accionante”. A la respuesta anexó copia de las resoluciones que otorgaron la pensión de jubilación y reconocieron la pensión compartida a cargo de EPM, el acto administrativo en el que el entonces ISS reconoció la pensión de vejez, la autorización de giro del retroactivo a la empresa y la constancia de las mesadas pensionales que el actor percibe a cargo de EPM, que corresponden a la suma de \$92.914 mensuales[18].

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN.

En sentencia de 5 de mayo de 2017, el Juzgado Veinticinco Penal del Circuito de Medellín declaró improcedente la acción presentada, al estimar que el accionante no presentó los recursos de ley contra el acto administrativo que dispuso el pago del retroactivo pensional a favor de EPM y no demostró la afectación de su mínimo vital. Consideró que se desconocía el carácter residual y subsidiario de la acción de tutela, al tratar de “que el juez constitucional reemplace lo que es competencia de la vía ordinaria”. En gracia de discusión, de haber estudiado el fondo de la solicitud de tutela, sostuvo que no estaría llamada a prosperar en la medida en que i) el retroactivo de pensiones compartidas corresponde al empleador que en principio asumió la obligación de la mesada extralegal y, ii) el actor autorizó expresamente para que los valores que resultaren por concepto de retroactivos fueran girados directamente a EPM[19].

2. Impugnación.

El apoderado judicial del actor, en escrito radicado el 15 de mayo de 2017, afirmó que el juez de primera instancia cometió un grave error, al imponer a una persona de avanzada edad la carga de agotar los recursos de ley en contra de la resolución que ordenó girar el valor de la reliquidación de la pensión a favor de EPM y al desconocer que el retroactivo originado en la reliquidación de la pensión debe darse a favor del pensionado y no del empleador. Destacó apartes de la sentencia T-042 de 2016 en la que la Corte Constitucional

estableció que “bajo ningún aspecto, la empresa puede apropiarse de dineros que no pagó efectivamente, ya que los mismos corresponden por derecho a los trabajadores, quienes además, fueron los que solicitaron la reliquidación de sus mesadas” [20].

3. Sentencia de segunda instancia.

En fallo de 30 de junio de 2017[21], la Sala de Decisión Constitucional del Tribunal Superior de Medellín decidió confirmar la decisión impugnada. Expuso que el escrito de tutela no cumplía con el requisito de subsidiariedad, por cuanto el accionante no acreditó el perjuicio irremediable a su derecho fundamental, máxime cuando su mínimo vital se suplía con la pensión de vejez. En ese sentido, sostuvo que no es de recibo el argumento argüido por el actor como justificación para no acudir a la jurisdicción ordinaria, consistente en la necesidad de cubrir los gastos ocasionados por sus enfermedades, sus necesidades básicas y las de su núcleo familiar, y en la imposibilidad de esperar el trámite de la vía ordinaria.

De otro lado, manifestó que “el actor está en la obligación de someter el conflicto planteado ante el juez ordinario laboral y no pretender que en trámite de tan solo diez (10) días se analice y resuelva el problema jurídico trabado con su ex empleador, autoridad que a su vez debe proceder al estudio particular del asunto y conforme al cumplimiento de los requisitos legales, pronunciarse sobre la procedencia o no de la pretensión del actor”.

III. ACTUACIONES ADELANTADAS EN SEDE DE REVISIÓN.

1. Con el fin de obtener los elementos probatorios que le permitieran tomar una decisión de fondo, el Magistrado Ponente, mediante auto de 14 de diciembre de 2017, resolvió decretar pruebas. En efecto, ordenó: i) a EPM y a Colpensiones que informaran los pagos realizados a título de pensión legal y de su complemento al actor, ii) al actor que informara si había iniciado otro proceso judicial para obtener sus pretensiones y iii) a la EPS Sura que informara la fecha de afiliación del accionante y si este estaba afiliado a un plan de medicina prepagada[22].

2. El 19 de diciembre de 2018, Colpensiones reiteró que debía declararse la improcedencia el amparo, al estimar que no cumplía con los requisitos de subsidiariedad e inmediatez. De efectuar un estudio de fondo del caso, pidió que se negara la pretensión, debido a que el actor no es el beneficiario del retroactivo causado con la reliquidación.

Explicó que la Circular núm. 19 de 2015 señala que “el retroactivo que resulte del reconocimiento de la pensión [compartida] corresponde al empleador, como quiera que lo que se presenta es un pago anticipado de la pensión de vejez a cargo del Colpensiones por parte de una entidad jubilante”[23].

3. El 23 de enero de 2018, el actor remitió escrito en el que sostuvo que no había iniciado acción judicial diferente a la acción de tutela objeto de revisión y que no estaba afiliado a ningún plan prepago de salud. Reiteró que tiene 80 años, que padece de varias enfermedades y que nunca renunció a los dineros que le corresponden como retroactivo de reliquidación de su pensión de vejez[24].

4. En oficio de 30 de enero de 2018, EPM informó que la pensión otorgada al actor era de carácter legal y no convencional[25]. Así mismo, presentó la relación de pagos y deducciones de las mesadas pensionales pagadas al peticionario entre octubre de 2013 y diciembre de 2016. En esta consta que como complemento de la pensión legal reconocida por Colpensiones EPM pagaba quincenalmente las siguientes sumas: en 2013, \$38.937; en 2014, \$39.693; en 2015, \$41.145; en 2016, \$43.931.

5. La Secretaría General de esta Corporación informó que el oficio de notificación a la EPS Sura fue devuelto por la empresa de correo con la anotación “rehusado”[26].

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

1. Competencia.

De conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241-9 de la Carta Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para conocer de los fallos materia de revisión.

2. Planteamiento del problema jurídico.

Con base en los fundamentos fácticos expuestos y en el acervo probatorio obrante en el expediente, le corresponde a la Sala Quinta de Revisión determinar si la acción de tutela es el mecanismo procedente para ordenar el reembolso del retroactivo causado por la reliquidación de una pensión compartida. De encontrarse que es procedente, la Sala deberá examinar si una administradora de pensiones y la empresa encargada de pagar el

complemento de la pensión legal vulneraron los derechos a la seguridad social y al mínimo vital al negar el reintegro del retroactivo generado por la reliquidación al pensionado, para lo cual deberá establecerse a quién le corresponden esos dineros.

3. La acción de tutela no es procedente, en principio, para obtener el reembolso del retroactivo resultante del reconocimiento o la reliquidación de una pensión compartida. Reiteración de jurisprudencia.

En esa línea, la Corte ha sostenido que el reconocimiento del retroactivo, por tratarse de un derecho legal, es de competencia de la jurisdicción laboral ordinaria o de la contencioso administrativa, a menos que se demuestre la afectación del derecho fundamental al mínimo vital. Esa afectación debe ser clara, puesto que se entiende que con el reconocimiento y pago de la pensión se protege el derecho a recibir un sustento digno[29]. Así mismo, debe evidenciarse una conducta antijurídica por parte de la entidad encargada del reconocimiento de la pensión, que privó de los medios económicos para vivir a quien efectivamente tenía el derecho pensional[30].

3.2. En cuanto al otorgamiento del retroactivo que surge del reconocimiento de una pensión compartida[31] a través de la acción de tutela, la Corte ha reiterado la regla de la improcedencia de la tutela para la concesión de ese tipo de prestaciones. En las sentencias T-628 de 2004, T-628 de 2013 y T-539 de 2014, que analizaron los casos de personas a quienes el entonces ISS les reconoció pensión de vejez compartida pero dejó en suspenso la entrega del retroactivo hasta tanto el ex empleador o la justicia ordinaria decidieran a quién le pertenecía, se declaró la improcedencia de las acciones de tutela. Al respecto, las salas de revisión consideraron que la discusión sobre el beneficiario de esa suma era de índole legal y debía ser resuelta por el juez ordinario, máxime cuando se evidenció que los petitionarios recibían mesadas pensionales, lo que descartaba una amenaza a su derecho fundamental al mínimo vital. De igual manera, estimaron que a pesar de que podría pensarse que la avanzada edad de los accionantes podría justificar la intervención del juez constitucional, lo cierto es que “tal condición no es razón suficiente para que sin el debido trámite probatorio y análisis técnico del juez laboral, se comprometan los recursos del Estado en una suma tan alta”[32].

En la sentencia T- 341 de 2015, en la que se estudió si una administradora de pensiones

había vulnerado los derechos fundamentales al no efectuar el pago de un retroactivo de una pensión de vejez compartida hasta que el pensionado y su antiguo empleador acordaran a quién le correspondía, se estableció que la vulneración al mínimo vital era calificada, esto es, debía ser i) sistemática y ii) repetitiva. Explicó que esa situación se daba cuando la pensión se ha causado con el pleno de los requisitos legales y la entidad encargada de reconocerla se demora meses o años en incluir al pensionado en nómina, privándole del sustento básico entre el momento en el que se causó el derecho y su efectivo reconocimiento, pero no sucedía lo mismo cuando la pensión se otorgaba a tiempo o cuando un empleador se subrogaba en el pago de la misma sin que existiera un lapso de interrupción en el pago de la prestación.

En esa ocasión, este Tribunal sentó como criterios para determinar la procedencia de la acción de tutela en los casos de reclamación de retroactivos que: i) existiera certeza de que al accionante le asiste el derecho al retroactivo pensional; ii) se diera una afectación directa del derecho al mínimo vital ante su falta de reconocimiento; iii) el actor hubiera adelantado los recursos en la vía gubernativa con el fin de controvertir los actos que desconocen su derecho y; iv) que hubiera iniciado el proceso judicial ordinario pertinente. No obstante, al momento de resolver a quién le correspondía el retroactivo, la Corte sostuvo que no existía certeza sobre quién debía ser el beneficiario, porque el antiguo empleador pagó la pensión de jubilación hasta que el accionante acudió al entonces ISS, mucho tiempo después de haber cumplido los requisitos para reclamar la pensión de vejez. Por tanto, concluyó que:

“[p]ara dirimir dicho asunto se hac[ía] necesario entrar en un debate probatorio profundo donde se determine si existió alguna manifestación expresa por parte del empleador o del trabajador donde se manifestara a quién le pertenecería el eventual retroactivo

(...)

Todo ello lleva a concluir que este tipo de debate se debió surtir en la jurisdicción ordinaria, donde se podían controvertir ampliamente los argumentos de las partes, se hubiera podido aportar las pruebas pertinentes y así el juez de la causa entrara a decidir a quién realmente le correspondería el derecho al retroactivo.”.

Luego, en la sentencia T-042 de 2016 se reiteró que la falta de certeza de la titularidad del

retroactivo en los casos de pensiones compartidas impide que el juez constitucional ordene su reconocimiento. En esa oportunidad se estudiaron los casos de 26 personas a quienes les fue reconocida una pensión compartida y que, posteriormente, obtuvieron la reliquidación de sus mesadas por parte de la administradora de pensiones, generando un retroactivo que fue girado a la empresa. A algunos de ellos, su antiguo empleador les hizo entrega parcial del retroactivo y a otros no les reembolsó ninguna suma y les hizo descuentos de sus mesadas al considerar que había pagado valores que no le correspondían a él, sino a la administradora de pensiones. Los jueces de instancia concedieron el amparo y ordenaron a la empresa la devolución de los dineros causados en el trámite de reliquidación.

Este Tribunal señaló que tratándose de las pensiones compartidas pueden darse dos situaciones que originan el pago del retroactivo, a saber: i) cuando transcurre un amplio plazo entre el momento en que se adquiere el estatus de pensionado y se paga efectivamente la pensión; y ii) cuando el pensionado pide la reliquidación de sus mesadas porque considera que tiene derecho a una pensión mayor. En el primer escenario, el retroactivo le corresponde al empleador siempre que la pensión de jubilación se haya dado después del 17 de octubre de 1985, no se haya excluido expresamente la compatibilidad y exista una autorización expresa del trabajador para el giro del retroactivo. En la segunda situación, se tiene que el empleador debió asumir una porción menor en la pensión compartida, porque su obligación consiste en pagar la diferencia entre la pensión de vejez y la de jubilación. Por ende, el retroactivo “debe darse a favor de quien asumió su pago, es decir, el empleador, y no el trabajador quien tuvo siempre garantizado el valor de la pensión compartida en su totalidad”. Al trabajador le será reembolsado el dinero “que hubiere superado los montos pagados por encima de la pensión compartida comprendida en su totalidad”.

Ahora bien, al momento de resolver el caso concreto, la Corte estimó que no contaba con “los elementos de juicio suficientes para determinar las sumas que fueron efectivamente pagadas por la compañía como complemento de la pensión legal, y que en consecuencia le deben ser reembolsadas, y cuáles deben permanecer en poder de los peticionarios, esta Corporación determina que la liquidación deberá surtir ante la jurisdicción ordinaria para lo cual la parte interesada en la recuperación de estos dineros deberá iniciar las acciones legales pertinentes”. Por tanto, resolvió:

“SEGUNDO.-CONCEDER PARCIALMENTE el amparo solicitado por los accionantes, en lo que respecta a que los mismos tienen derecho a conservar los valores de los retroactivos recibidos, en el monto que supere lo efectivamente pagado por Acerías Paz del Río S.A. como complemento de la pensión compartida entre el momento que se aumentó el valor de la pensión legal por parte del ISS-COLPENSIONES y aquel en que efectivamente la entidad de previsión social subrogó el pago total de las pensiones de los solicitantes relacionados en la sección 1.9. de esta providencia.

TERCERO.-CONCEDER a los accionantes relacionados en la sección 1.10. de la presente sentencia, la protección a su derecho al mínimo vital, en el entendido que la empresa Acerías Paz del Río, no debe deducir de su mesada pensional valor alguno, toda vez que la subrogación ante el ISS-COLPENSIONES sigue siendo parcial.

Así las cosas, aunque ordenó la protección del derecho fundamental al mínimo vital y reconoció que los trabajadores tenían derecho a una porción del retroactivo, correspondiente a aquella restante de lo efectivamente pagado por la empresa a título de complemento de la pensión legal, en la parte motiva de la sentencia se indicó que el cálculo del dinero que le debía ser pagado a cada parte debía ser realizado por el juez laboral. En todo caso, atendiendo que en ese caso los accionantes eran quienes habían recibido el retroactivo por orden del juez de tutela, su devolución debía hacerse de manera gradual, sin poner en riesgo su subsistencia económica.

3.3. Con base en lo anterior, se concluye que esta Corporación ha protegido el derecho al mínimo vital y ha ordenado el pago de retroactivos pensionales en casos en los que las entidades encargadas del reconocimiento de la pensión han demorado el trámite o han negado su otorgamiento de manera indebida. Específicamente, en cuanto a las reclamaciones de los retroactivos resultantes del reconocimiento o la reliquidación de una pensión compartida, la Corte ha indicado que a la empresa le deben ser girados únicamente los mayores valores efectivamente pagados como complemento de la pensión legal desde el momento del reconocimiento de la reliquidación, por cuanto ellos debieron ser pagados por la administradora de pensiones. Además, que de encontrar que los valores pagados por la empresa superan el monto del retroactivo, ellos no pueden ser objeto de cobro al pensionado. No obstante, ha precisado que debido a que el cálculo sobre la cuantía de dichas sumas es un conflicto que debe ser resuelto por el juez laboral o contencioso

administrativo, a quien le corresponde efectuar “análisis juicioso y técnico”[33] sobre el asunto.

4. Análisis del caso concreto.

4.1. En el presente caso, se evidencia un conflicto entre EPM y el actor sobre quién debe ser el beneficiario del retroactivo resultante de la reliquidación de la pensión de vejez que realizó Colpensiones. De un lado, la empresa manifiesta que el documento suscrito por el actor en 1997 le otorga el derecho de reclamar todos los retroactivos reconocidos por la administradora de pensiones, en tanto asumió el pago de la pensión antes de que el petitionerario cumpliera los requisitos para acceder a la pensión de vejez. Por su parte, el actor afirma que los dineros correspondientes al retroactivo deben ser reconocidos a su favor, debido a que fue quien inició el proceso administrativo para obtener el aumento de la mesada y a que el reconocimiento de la nueva mesada demuestra que la mesada que le estaban pagando era inferior a la que merecía.

4.2. En el caso bajo estudio, el accionante tiene similares condiciones de vulnerabilidad a aquellas evidenciadas por los accionantes de la sentencia T-042 de 2016, quienes i) eran personas de la tercera edad que habían superado la expectativa de vida de los colombianos, y ii) recibían mesadas pensionales que no eran “particularmente altas”. Se trata de una persona de 80 años, con problemas de “hipertensión esencial (primaria), hipotiroidismo, insuficiencia renal crónica, hiperplasia crónica, hiperplasia de la próstata”, que recibe una pensión equivalente a 2,1 salarios mensuales mínimos legales vigentes y cuya esposa depende económicamente de él, por lo que se hace necesaria la intervención del juez de tutela. De igual manera, cumplió con la exigencia de diligencia al presentar una petición a la empresa para que les reembolsara el dinero. Por tanto, como en esa ocasión, se hace necesario proteger sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital vulnerados con la decisión de la empresa de no devolver las sumas que superen los valores efectivamente pagados como complemento de la pensión legal desde el momento del reconocimiento de la reliquidación, por tratarse de dineros que le corresponden al pensionado que solicitó su reliquidación.

Pese a que esta Corporación ha sostenido que el cálculo exacto de los dineros que le corresponden a cada parte no puede hacerse por el juez de tutela, ordenar que se agote un

proceso adicional en el presente caso puede resultar desproporcionado para el actor por las condiciones anotadas. Al respecto se aclara que de las pruebas recaudadas no existe certeza sobre si i) se dio una subrogación total de parte de EPM con la reliquidación, por cuanto no obra resolución en ese sentido, y ii) los pagos específicos realizados por EPM, ya que ellos están desglosados en los certificados remitidos en sede de revisión y solo reposan la relación de pagos efectuados hasta diciembre de 2016[34]. Por tanto, para que la decisión de amparo pueda solucionar de manera efectiva la situación de afectación de garantías constitucionales, se ordenará a EPM que realice un cálculo de los valores pagados como complemento de la pensión pagada por Colpensiones desde que le fue reconocida la reliquidación, esto es, desde el 3 de octubre de 2013[35]. Solo esos valores podrán ser descontados del retroactivo que le fue girado en virtud de la reliquidación reconocida mediante la Resolución GNR 2820 de 2017, por cuanto se trata de sumas que debieron ser pagadas por el fondo de pensiones y no por la empresa. El dinero restante deberá ser reembolsado al actor en el menor tiempo posible. Esta orden no obsta para que la tasación de los valores se efectúe de manera concertada o para que, en caso de inconformidad de parte del accionante, este pueda acudir a la justicia ordinaria.

Por consiguiente, la Sala Quinta de Revisión revocará los fallos de instancia que declararon improcedente el amparo solicitado y, en su lugar, concederá el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida por la Sala de Decisión Constitucional del Tribunal Superior de Medellín, el 30 de junio de 2017, que, a su vez, confirmó la providencia emitida el 5 de mayo del mismo año por el Juzgado Veinticinco Penal del Circuito de Medellín. En su lugar, CONCEDER la protección de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de Merardo de Jesús Carmona Zapata.

Segundo.- ORDENAR a las Empresas Públicas de Medellín (EPM) que, en un plazo máximo

de 30 días calendario contados a partir de la notificación de este fallo, reembolse a Merardo de Jesús Carmona Zapata los dineros que excedan aquellos efectivamente pagados por la empresa como complemento de la pensión pagada por Colpensiones desde el 3 de octubre de 2013, atendiendo las consideraciones expuestas en esta sentencia sobre la titularidad del retroactivo resultante de la reliquidación de las pensiones compartidas.

Comuníquese y cúmplase.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

[1] En el expediente obra el poder otorgado en el cuad. 1, fl. 12.

[2] El presente capítulo resume la narración hecha por el actor, así como otros elementos fácticos y jurídicos observados en el expediente, los cuales se consideran relevantes para comprender el caso.

[3] Resolución GNR 2820 de 6 de enero de 2017. Cuad. 1, fl. 15-19.

[4] Cuad. 1, fls. 84-87.

[5] Cuad. 1, fls. 25 y 83.

[6] Cuad. 1, fl. 88.

[7] Cuad. 1, fls. 89-91. Es de aclarar que para la fecha el actor recibía una pensión plena por parte de EPM de \$419.722, le fue otorgada por el entonces ISS una pensión de \$40.7135.

Por ende, la diferencia entre las mesadas a cargo de EPM sería de \$12.587.

[8] Cuad. 1, fl. 88.

[9] Cuad. 1, fls. 15-19 y 92-100.

[10] “Asunto: Modificación de los criterios básicos de reconocimiento en cuanto a las reglas para el giro del retroactivo en las pensiones compartidas – Circular Interna 04 de 2013”.

[11] Cuad. 1, fl. 15-19. Notificada personalmente el 10 de enero de 2017 (Cuad. 1, fl. 14).

[12] Cuad. 1 fol. 21-22

[13] Cuad. 1 fol. 23-24.

[14] Obra comunicación dirigida al Instituto de Seguros Sociales, con fecha de recibido 25 de noviembre de 1997, suscrita por el accionante, en la cual manifiesta textualmente: “autorizo expresa e irrevocablemente al Instituto de Seguros Sociales –ISS- para que gire a favor de las Empresas Públicas de Medellín el valor de la retroactividad que pueda corresponderme por la pensión de vejez o indemnización sustitutiva que actualmente tramito ante esa entidad, la cual será compartida con la pensión de jubilación que percibo de las Empresas Públicas de Medellín, retroactividad que comprende desde el día en que llene todos los requisitos para que el ISS me otorgue la mencionada pensión y la fecha en que efectivamente se me haga el reconocimiento respectivo. En esta autorización se incluye el valor por semanas de cotización superiores al mínimo, los reajustes que corresponden al periodo que se ha indicado, primas, etc.” (Cuad. 1, fol. 25).

[15] Cuad. 1, fls. 23-24.

[16] La acción de tutela fue admitida por el Juzgado 25 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Medellín el 21 de abril de 2017 (Cuad. 1, fl. 36).

[17] Cuad. 1, fl. 92-99.

[18] Cuad. 1, fls. 40-82.

[19] Radicado núm. 2017-00126. Cuad. 1, fls. 101-104.

[20] Cuad. 1, fls. 109-113.

[21] Radicado núm. 050013109025201700126 163. Cuad. 1, fls. 116-118.

[22] Ello por cuanto en el encabezado de la historia clínica allegada aparecía “EPS Medicina Prepagada Suramericana S.A.”

[24] Cuad. 2, fl. 27.

[25] Al respecto, mencionó que el reconocimiento de la pensión legal se fundamentaba en “el artículo 17 de la Ley 6 de 1945, las leyes 65 y 90 de 1946, 4 de 1976, 5 de 1969, 33 de 1985 y 11 de 1986, en los decretos reglamentarios 2921 de 1948, 1743 de 1966 y 03 de 1976, en el artículo 291 del Código de Régimen Municipal”.

[26] Cuad. 2, fl. 129.

[27] Esta Corte ha declarado procedente el pago de retroactivos pensionales en casos en los que las entidades encargadas de reconocer la pensión han negada indebidamente la pensión. Entre otras, sentencias T-421 de 2011, T-019, T-127, T-297 y T-480 de 2012, y T-315 de 2017.

[28] Sentencia T-280 de 2010.

[29] Sentencias T-1419 de 2000, T-056 y T-765 de 2002, T-250 de 2010, T-110 de 2011, T-628 de 2013, T-539 y T-628 de 2014, T-341 de 2015 y T-42 de 2016.

[30] Sentencia T-482 de 2010.

[31] Al respecto, se recuerda que la compartibilidad pensional está contemplada en el artículo 18 del Decreto 758 de 1990. Según la norma, la pensión compartida se da cuando a un trabajador al que le fue otorgada con posterioridad al 17 de octubre de 1985 una pensión extralegal por su empleador, ya sea por convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o voluntariamente, le es reconocida una legal por parte del entonces ISS o Colpensiones, porque su antiguo empleador siguió realizando los aportes a la seguridad social, hasta cuando el trabajador cumplió los requisitos para lograr la pensión de vejez. Una vez reconocida la pensión legal, el empleador se subroga en la obligación de pagar la

extralegal, quedándole a cargo únicamente el pago de la diferencia entre ambas.

[32] Sentencia T-628 de 2013.

[33] Sentencia T-628 de 2013.

[34] En los certificados se desglosaron los pagos quincenales en: i) pensión, ii) ajuste por pensión y iii) pago anterior. Cuad. 2, fls. 11-20.

[35] Cuad. 1, fl. 19.