

T-534-98

Sentencia T-534/98

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Fundamental por afectación del mínimo vital de pensionado

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Protección por tutela de pensionado en su mínimo vital

SISTEMA INTEGRAL DE SEGURIDAD SOCIAL-Necesidad de asegurar obligación pensional

SISTEMA GENERAL DE PENSIONES-Campo de aplicación

CONMUTACION PENSIONAL-Alcance y operancia

FIDUCIA MERCANTIL-Garantía adicional en obligaciones pensionales

CONMUTACION PENSIONAL-Flota Mercante Gran Colombiana

Referencia: Expediente T-165848

Procedencia: Corte Suprema de Justicia

Accionante: Julián Angulo Banguera y otros

Tema: Conmutación pensional

Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santa Fe de Bogotá, D.C., treinta (30) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados doctores Fabio Morón Díaz, Vladimiro Naranjo Mesa y Alejandro Martínez Caballero, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Dentro del expediente de tutela 165848 instaurado por JULIAN ANGULO BANGUERA, VICTOR MARIO BEJARANO LASSO, PEDRO ANTONIO BRAVO GARCIA, JAVIER CAMARGO DE LAS SALAS, GUMERCINDO CASTILLO SEGURA, SEGUNDO L. FELIPE CHAVES ROSERO, CARMEN FIGUEROA, LUIS ENRIQUE GARZON, PATRICIO GOMEZ MARTINEZ, MANUEL GONZALEZ MOSQUERA, GLORIA E. GUTIERREZ GARCIA , HECTOR INSUASTY RUBIO, PEDRO IZCOA BASAÑEZ, NORMAN HENRY JAMES, MARIA ANTONIA MADARIAGA, OTONIEL MANCERA SANCHEZ, LUIS FRANCISCO MARTINEZ, MANUEL MAZAS SANCHEZ, TARCISIO SERRATO FLOREZ, JOSE JAVIER MEJIA DUQUE, ARGENIS MORENO DE PIMIENTO, ERNESTO GUILLERMO MULLER MORENO, ESTANISLAO DE J. OROZCO, GUSTAVO PERDOMO TORRES, JAIME VANEGAS CAICEDO, JAIRO VELA GONZALEZ, MARIO VILLAFRADE y VICENTE VILLAR IBORRA, contra la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., antiguamente Flota Mercante Grancolombiana S.A.

1. Solicitud

Expresamente se pide en la tutela:

“Primero.- Que al igual que la sentencia T-339/97, proferida por la CORTE CONSTITUCIONAL el 17 de julio de 1997, TUTELE los derechos de nuestros poderdantes, también pensionados de LA FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. hoy transformada en LA COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A., a la seguridad social, a la vida, a la igualdad y al trabajo y, en consecuencia, ordene a dicha Sociedad, que para efectos de la demanda se denominará LA COMPAÑÍA, aplicar en forma inmediata la Ley 100 de 1993, en cuanto ésta establece en sus artículos 11 y 15 que todos los habitantes del territorio colombiano deben incorporarse al Sistema General de Pensiones, en forma obligatoria.

“Segunda.- Que ordene a LA COMPAÑÍA que la incorporación al Sistema General de Pensiones se realice a través de la forma que, con arreglo a los estudios correspondientes, recomiende el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en cumplimiento del mandato que para tal efecto

le diera la mencionada Sentencia.”

2. Hechos

2.1. Dicen los solicitantes que la situación económica de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. es muy difícil, y que en un futuro se encontrará en incapacidad económica de responder por sus obligaciones laborales, luego la tramitación y realización de la conmutación pensional es necesaria. Aducen que, inclusive la propia compañía es quien señala que se “arriesga el incumplimiento en el pago de sus pasivos” (escrito dirigido al Ministerio del Trabajo pidiendo autorización para despido colectivo).

1. Debido a esa inseguridad, otro grupo de pensionados distinto al de los actuales solicitantes, interpuso similar acción para que la justicia tutelara iguales derechos a los que se reclaman en esta oportunidad, obteniéndose una sentencia favorable, la T-339/97. Pero Julián Angulo Balaguera y sus compañeros en la presente acción no quedaron amparados por la orden dada en la T-339/97 por no haber integrado el grupo que instauró la tutela que finalizó con el fallo aludido.

Después se interpusieron otras tutelas por similares razones, que también prosperaron en la Corte Suprema de Justicia el 2 de diciembre de 1997 y, el 9 y el 16 de febrero de 1998, las cuales ordenaron lo mismo que se había dicho en el fallo T-339/97 de la Corte Constitucional, y por ese motivo no fueron objeto de revisión. Por el contrario, sí se seleccionó la de Julián Angulo Banguera y otros, porque la tutela en este caso no prosperó y al parecer plantearía contradicción con la decisión contenida en la T-339/97. Sea de advertir que la compañía demandada dice que no ha incumplido ningún fallo de tutela; y adicionalmente afirma que no existe amenaza ni vulneración de los derechos de los jubilados.

2.3. Se pide por quienes instauran la presente tutela, que ellos sean incorporados al Sistema General de Pensiones de acuerdo con los estudios ya hechos por Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, el cual conceptuó favorablemente sobre la conmutación pensional al recomendar al Instituto de los Seguros Sociales la conmutación de los pensionados de la mencionada compañía, mediante comunicación de 26 de noviembre de 1997, en la cual se hace referencia a la sentencia T-339/97 de la Corte Constitucional.

2.4. Se afirma en la solicitud de tutela que La Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S. A. no ha incorporado a sus pensionados al Sistema General de Pensiones, y que por el contrario suscribió un contrato de fiducia mercantil con la Sociedad Fiduciaria Bermudez y Valenzuela S.A., por el cual se creó el Patrimonio autónomo de pensionados F.M.G., con el fin de que a través de dicho patrimonio se pagaran las pensiones de jubilación a que está obligada la entidad contra quien se dirige la presente tutela. Ya la Corte había dicho en la Sentencia T-339/97 que dicho patrimonio tan solo constituye “una garantía adicional” para los pensionados, pero no la respuesta total a sus pretensiones. Y, en la presente tutela no hay prueba que indique que quienes instauraron la tutela ya fueron incorporados al sistema.

2.5. Se dice en la solicitud que el pasivo pensional a 31 de diciembre de 1995 ascendió, según el cálculo actuarial, a \$147.826.000 y en el contrato de fiducia sólo se transfirió la suma de \$73.154.604.133, de los cuales “\$22.846.182.871 corresponden a la parte del pasivo pensional y \$50.308.421.262 corresponden a la provisión acumulada de pensiones de jubilación”. Se afirma que esto no es suficiente para garantizarle a los pensionados el pago de sus mesadas y de las posibles sustituciones de éstas hacia el futuro. Dice la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., en el informe anual de 1997, que en este año el pasivo se multiplicó y señala una cifra aproximada de \$208.000 millones .

2.6. Se afirma expresamente en la solicitud: “hasta el momento no se han transferido nuevos bienes al Fondo Fiduciario, como dispuso el contrato debía hacerse, sino que por el contrario se han enajenado bienes pertenecientes al PATRIMONIO AUTONOMO JUBILADOS F.M.G., el cual sólo está en condiciones de pagar un porcentaje del total de las mesadas adeudadas”. Y, también se dice: “Aunque LA COMPAÑÍA hasta el momento no ha incumplido el pago de las pensiones, se encuentra atravesando una situación económica muy difícil, como se demostró en el proceso decidido por la Sentencia T-339/97 de la CORTE CONSTITUCIONAL, que hace temer que en un futuro se encuentre en incapacidad económica de responder por estas obligaciones de carácter laboral”.

Agrega la solicitud de tutela:

“Nuestros poderdantes acuden hoy ante el Tribunal para que en la misma forma en que se tutelaron los derechos del grupo de pensionados que presentaron la demanda así decidida, se les tutelen sus derechos. Y que, en consecuencia, se les incorpore al Sistema General de

Pensiones de acuerdo con los estudios del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, que condujeron al señor Ministro a dar concepto favorable a la conmutación pensional del pasivo de la COMPAÑÍA al I.S.S. , con base en el principio general del derecho que afirma existir una misma razón donde existe la misma disposición, sobre el cual es abundante la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Y en el presente caso las circunstancias de nuestros poderdantes son idénticas a aquellas de los pensionados a quienes la Corte les tuteló sus derechos.”

1. Está demostrado que los solicitantes son pensionados y que están afectados por no estar sus nombres incluidos dentro de la conmutación pensional que ya ha tenido sus primeras etapas como que la misma Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. dice:

“Durante el presente mes de marzo funcionarios de la Flota y del ISS han sostenido reuniones aclarando los aspectos metodológicos, datos particulares y las historias laborales de los pensionados objeto de la conmutación. Por parte de la Flota se entregó al ISS la base de datos de solicitada por ese Instituto contenida en el cálculo actuarial incluyendo nombres, cédulas y fechas de nacimiento.

Se definieron a su turno 4 grupos para verificar la conmutación a saber: los actuales pensionados de la empresa, los retirados en espera de pensión, los post-mortem o sustitutos y los empleados activos con expectativa de pensión.

Como puede observarse, señor Magistrado, la FLOTA ha hecho un permanente contacto con el ISS y ha venido trabajando estrechamente con el área de planeación y actuaria de dicho Instituto, en procura de la conmutación pensional. Procede que como se ha expresado es dispendioso y complejo”.

1. Se adjuntó al expediente la resolución N° 2163 de 1998 del I.S.S, que, haciendo mención a la T-339/97, habla de 664 jubilados, sin mención específica de quienes son, y, en apartes de su parte resolutive dice:

“ARTICULO PRIMERO.- Aceptar, previo el pago del capital constitutivo de conformidad con lo expresado en la parte considerativa, la conmutación de las obligaciones pensionales de la

empresa COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A., correspondiente a los seiscientos sesenta y cuatro (664) jubilados relacionados en cuadros anexos que hacen parte de la presente resolución.

ARTICULO SEGUNDO.- Para que el Instituto de Seguros Sociales pueda asumir las obligaciones pensionales a cargo de la Empresa COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A., ésta deberá pagar al Instituto de Seguros Sociales, optativamente cualquiera de los siguientes valores así: PRIMERA OPCION. Ciento setenta y nueve mil ochenta y cuatro millones ochocientos cuarenta y tres mil novecientos cincuenta pesos (\$179.084.843.950) con fecha límite de pago hasta el 31 de julio de 1998. SEGUNDA OPCION. Ciento ochenta y dos mil cincuenta y un millones cuatrocientos setenta y cinco mil quinientos cuarenta y cinco pesos (\$182.051.475.545) con fecha límite de pago hasta el 31 de agosto de 1998: TERCERA OPCION ciento ochenta y cinco mil ochenta y dos millones ciento sesenta y dos mil seiscientos tres pesos (\$185.082.162.603) con fecha límite de pago hasta el 30 de septiembre de 1998. En el evento en que la Compañía no hiciera uso de una de las anteriores opciones, será necesario efectuar un nuevo cálculo actuarial.

ARTICULO TERCERO.- Una vez la COMPAÑÍA INVERSIONES FLOTA MERCANTE S.A. consigne en la Gerencia Nacional de Tesorería del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES entrará a responder por las mesadas pensionales que se causen a partir del mes siguiente a aquel en que se efectuó dicha consignación, dentro de los diez (10) primeros días de cada mes”.

Esta Resolución tiene fecha 30 de julio de 1998 y no hay constancia alguna de que se hubiere cumplido cabalmente lo allí estatuido.

DECISIONES DE INSTANCIA

Tanto en primera como en segunda instancia la tutela no prosperó. Fueron argumentaciones en el fallo de primera instancia del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá Sala Civil, de 2 de abril de 1998:

“Los estudios que la Corte Constitucional ordenara al Ministerio del Trabajo y al Instituto de Seguros Sociales para la conmutación pensional, por efectos de la aplicación de la Ley 100 preanotada, no puede referirse expresamente a quienes alcanzaran decisiones favorables en sede de tutela. Comprende, repítese, a todo el personal de trabajadores que se encuentren

en idénticas o similares situaciones a las consideraciones en ese pronunciamiento.

“Cuando la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. por conducto de su apoderado especial, afirmara en otras palabras lo que se ha compendiado en el anterior párrafo, no está más que admitiendo los alcances que tiene la conmutación pensional, la que obligatoriamente envuelve a todo su personal de trabajadores con derecho a la pensión y no a unos pocos. De allí que mientras el Instituto de Seguros Sociales no se pronuncie, contando ya con el concepto favorable del Ministerio del Trabajo, respecto al específico tema de que se ha dado cuenta, no es posible que la jurisdicción expida una orden para que, como se pretenda, de inmediato se ordene a la accionada afilie a los pensionados al Sistema General de Pensiones”.

En segunda instancia, el 27 de abril de 1998, la Corte Suprema, Sala de Casación Civil y Agraria, consideró que:

“le asiste razón al Tribunal en el sentido de que no aparecen acreditados los requisitos para la procedencia de la acción de tutela relativos a la vulneración ilegítima de derechos por la accionada.” Y por eso confirmó la decisión del a-quo.

COMPETENCIA

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional para proferir sentencia de revisión dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso 2º y 241 numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991; además, su examen se hace por virtud de la selección que de dicha acción practicó la Sala correspondiente y, del reparto que se verificó en la forma señalada por el Reglamento de esta Corporación.

TEMAS JURIDICOS A TRATAR

1. Sistema de seguridad social en pensiones

La Ley 100 “Por la cual se crea el sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones”, estableció que todos los trabajadores vinculados por contrato de trabajo y las personas que se encontraran pensionadas al momento de su promulgación, debían ser incorporadas obligatoriamente al Sistema General de Pensiones. La misma Ley 100 previó

que la incorporación puede hacerse a través de uno de los siguientes sistemas: el régimen solidario de prima media con prestación definida del Instituto de los Seguros Sociales o el régimen de ahorro individual con solidaridad de los Fondos de Pensiones, manejados por una Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones. Esta ubicación dentro del sistema obedece al derecho a la seguridad social de las personas de la tercera edad, cuya base teórica aparece en numerosas sentencias de la Corte Constitucional, entre ellas T-299/97 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), que dice:

“Si bien el derecho a la seguridad social (C.P., artículo 48) no tiene, en principio, el carácter de derecho fundamental, puede llegar a tenerlo cuando su vulneración o amenaza pongan en peligro o afecten algún derecho fundamental per se. Sin embargo, esta Corporación ha considerado que, en el caso de las personas de la tercera edad (C.P., artículos 13 y 46), el derecho a la seguridad social, que se hace efectivo a través del pago de las correspondientes mesadas pensionales y la prestación de los servicios médico-asistenciales, adquiere el carácter de derecho fundamental, como quiera que el mínimo vital de los ancianos, quienes se encuentran excluidos del mercado laboral o hallan serias dificultades para acceder a un empleo, depende por entero de los recursos que perciben por concepto de las pensiones.”

La seguridad social respecto de pensiones es entonces garantizable mediante tutela cuando se trata de personas de la tercera edad, que ven afectado su mínimo vital. La protección incluye, como es lógico, el aseguramiento del derecho adquirido a la pensión. En la sentencia T-339/97 se dijo:

“Por esta razón, aquellas empresas privadas que no le aseguran a sus pensionados todas las facetas de la seguridad social integral, una de las cuales es la de las dos opciones permitidas por la ley 100 de 1993, afectan con su comportamiento el principio de UNIVERSALIDAD del sistema. La Corte ha sostenido:

“En estos eventos, ya sea que la empresa tenga la obligación legal de sufragar la pensión, que a ella esté obligada por haber omitido la realización de los aportes obrero-patronales al sistema integral de seguridad social, el derecho a la seguridad social merece una efectiva y oportuna protección. En efecto, la naturaleza pública o privada del empleador en nada cambia la gravedad de la lesión que recae sobre los derechos fundamentales a raíz de la vulneración del derecho a la seguridad social que concurre necesariamente a la satisfacción

del mínimo vital de las personas de la tercera edad.

En los casos en los cuales el patrono desconoce la obligación de sufragar los gastos por concepto del pago de la pensión de jubilación y los derechos complementarios, no sólo lesiona el derecho a la seguridad social sino la función social que le compete en un Estado social de Derecho (C.P. art. 333) y el principio de solidaridad (C.P. art. 1), que tienden a matizar la desigualdad existente, imprimiendo a la empresa determinadas cargas públicas para garantizar una equitativa distribución de los bienes sociales.

Lo anterior responde al sistema de la seguridad social establecido en la Constitución, artículos 46 y 48:

“ARTICULO 46. El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria.

El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia.

ARTICULO 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder

adquisitivo constante.”

Ya se dijo que la Ley 100 de 1993 desarrolla el mandato constitucional con el objetivo central de GARANTIZAR (es el verbo permanentemente empleado en la norma) la seguridad social, que adquiere una dimensión de servicio público esencial respecto de quien lo presta y de derecho irrenunciable respecto de quien lo recibe.

2. Incorporación al sistema

Si bien es cierto el artículo 2º del decreto 1160 de 1994, en su literal b) establece que: “Cuando a 1º de abril de 1994, el trabajador tuviere 20 años o más de servicios continuos o discontinuos, al servicio de un mismo empleador o tenga adquiridos el derecho a la pensión de jubilación a cargo de éste, la pensión de jubilación será asumida por dicho empleador”; sería absurdo que precisamente los jubilados no quedaran amparados por el sistema, y, en consecuencia, hay que conjugar la protección del sistema con el deber patronal de asumir la obligación. Ambas cosas se complementan y no se excluyen.

Significa lo anterior que el patrono no queda liberado de la obligación prestacional en toda su amplitud: reconocimiento de las pensiones, el pago de las mismas, si a ello hubiere lugar, pero, sobre todo el efectuar las diligencias necesarias para la REAL protección de los BENEFICIARIOS mediante ingreso efectivo de éstos al sistema.

Es decir, la protección al derecho prestacional, no se limita al reclamo cuando no hay pago de la correspondiente mesada indispensable para el mínimo vital, sino que se extiende a aquellas situaciones en las cuales la falta de una organización y un procedimiento adecuados para la continuación en la prestación del servicio pudieran venir a afectar el goce del derecho. Dentro de un Estado Social de Derecho, el Estado y el patrono tienen que efectuar las diligencias necesarias para que el derecho prestacional no sea afectado.

Es decir que lo que tiene que ver con el sistema general de pensiones, su campo de aplicación cobija a todos los habitantes del territorio nacional. Expresamente incluye a los ya pensionados (art. 11 ley 100 de 1993). Que no reciban el calificativo de afiliados no es obstáculo para que sean beneficiarios plenos de un sistema que es obligatorio para todas las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, salvo las excepciones que la misma ley 100 prevee. Implica una afiliación para los trabajadores y una

selección libre y voluntaria respecto de los dos regímenes que establece la ley. Pues bien, uno de ellos, el del régimen de ahorro individual con solidaridad, está en relación con “fondos de pensiones como patrimonios autónomos”, que son “propiedad de los afiliados, independientes del patrimonio de la administradora” y el otro es el régimen solidario de prima media con prestación definida, que tiene como administrador al Instituto de los Seguros Sociales y, excepcionalmente, las cajas, fondos o entidades existentes. La pregunta que surge en la presente tutela es: Frente a los BENEFICIARIOS del sistema, como son los ya jubilados, cuáles son las prerrogativas?

3. Un mecanismo de protección para los ya jubilados: La conmutación

Antes de la Constitución de 1991, la ley 171 de 1961, art. 13, estableció:

“SEGUROS. Toda empresa privada, cuyo capital no sea inferior a ochocientos mil pesos (\$800.000) está obligada a contratar con una compañía de seguros, a satisfacción del Ministerio del Trabajo, el cumplimiento de las obligaciones actuales o eventuales que la afecten en materia de pensiones, o a otorgar caución real o bancaria por el monto que se le señale para responder de tales obligaciones. El Ministerio de Trabajo, por medio de resolución especial, señalará el procedimiento para el otorgamiento de las cauciones a que se refiere este artículo.”

Adicionalmente y como otro mecanismo de protección, los decretos 2677 de 1971 y 1572 de 1973 regularon la conmutación pensional consistente en que el ISS sustituye a una empresa en el pago de las pensiones cuando se dan unas excepcionales condiciones y previo un trámite legal.

La ley 100 de 1993 (post-constitucional), con su sistema de seguridad social recogió el principio de favorabilidad del art. 53 C.P. y la operatividad armónica de normas y procedimientos, luego las garantías antes señaladas no solo mantienen su vigencia sino que conforman también el sistema (arts. 11, 288 y 8 de la Ley 100 de 1993). Les dió además el artículo 11 la categoría de derechos adquiridos a todas las garantías, prerrogativas y beneficios establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores.

En esa transición de lo anterior a la ley 100 a la normatividad de ésta, se le da a los ya jubilados la caracterización de BENEFICIARIOS del sistema y a partir del 1º de abril de 1994

quedaron INCORPORADOS al sistema general de pensiones, luego, al menos formalmente no están por fuera de la protección que la misma Constitución de 1991 estableció.

Se mantiene, pues, vigente el artículo 1° del Decreto 2677 de 1971 que establece que la conmutación es un mecanismo excepcional en virtud del cual el I.S.S. sustituye a una empresa en el pago de las pensiones legales y convencionales. Dice la norma:

“ART. 1º.- En casos excepcionales las empresas podrán conmutar las pensiones de jubilación legales y convencionales a través del Instituto Colombiano de Seguros Sociales. En virtud de la conmutación éste sustituirá a la empresa obligada en el pago de la jubilación y de los demás derechos accesorios a ella”.

Lo anterior significa que la obligación patronal no desaparece hasta que realmente opere la conmutación.

Por su parte, el artículo 2° del mismo decreto, en relación con la procedencia del mencionado mecanismo, dispone los MOTIVOS para la conmutación:

“Habrá lugar a conmutación cuando una empresa nacional o extranjera con pensiones de jubilación pendientes, entre en proceso de cierre o liquidación, o en notable estado de descapitalización, disminución de actividades o desmantelamiento que pueda hacer nugatorio el derecho de jubilación de los trabajadores”.

En consecuencia, los pasos para la conmutación son:

a) Solicitud, ante el Director del I.S.S., por los trabajadores, por éstos y la empresa en forma conjunta o, de oficio, por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Decreto 2677 de 1971, artículo 4°; Decreto 1572 de 1973, artículo 1°)

a. Una vez que el Director del I.S.S. reciba la solicitud de conmutación pensional, dará traslado de ella al Ministro de Trabajo y Seguridad Social para que éste, con el concurso de las entidades encargadas de la vigilancia del patrono o de la empresa de que se trate califiquen la situación de liquidación, descapitalización, disminución de actividades o desmantelamiento (Decreto 2677 de 1971, artículo 2°) mediante los estudios e

investigaciones que sean necesarios. Pero, el Ministro de Trabajo podrá ordenar de oficio los estudios antes mencionados y, en caso de considerarlo pertinente, solicitará él mismo la conmutación al I.S.S.

Ese trámite tiene su etapa final expresamente señalada en los artículos 4º y siguientes del decreto 2677/71 que dicen:

“ART. 4º.- Ante el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, podrán solicitar la conmutación los trabajadores, éstos y la empresa conjuntamente, o el Ministerio e Trabajo y Seguridad Social de oficio.

ART. 5º.- El Instituto Colombiano de Seguros Sociales iniciará inmediatamente la actuación respectiva, hará las investigaciones y cálculos del caso procederá a dictar la correspondiente Resolución, contra la cual procederá el recurso de reposición ante el mismo Instituto y la apelación ante el Ministro de Trabajo y Seguridad Social.

ART. 6º.- En firme la Resolución que ordena la conmutación, la empresa respectiva cancelará la suma establecida al Instituto Colombiano de Seguros Sociales en la forma prevista en esa providencia.

ART. 7º.- El Instituto Colombiano de Seguros Sociales para establecer el monto de la conmutación tendrá en cuenta las tablas de vida probable y los demás factores actuariales acostumbrados para la liquidación de pensiones y derechos accesorios.

a. Si el concepto del Ministerio del Trabajo es favorable a la conmutación, el I.S.S. aceptará la solicitud, previo el trámite establecido en el artículo 4º del Decreto 1572 de 1973 y 5º del Decreto 2677 de 1971 (Decreto 1572 de 1973, artículo 3º. El cálculo de la suma que la empresa que se encuentre en alguna de las situaciones señaladas en el artículo 2º del Decreto 2677 de 1971 deberá cancelar al I.S.S. para que éste asuma el pago de las obligaciones pensionales, así como la cancelación de la misma se rigen por las reglas fijadas en los artículos 4º a 11 del Decreto 1572 de 1973. Y la Resolución del ISS tendrá la proyección que señalan estas normas del decreto 2677 de 1971:

ART. 8º.- Ordenada la conmutación, la empresa obligada deberá acreditar el pago ante el

Ministerio de Trabajo y Seguridad Social mediante constancia expedida por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales.

ART. 9º.- No se autorizará la liquidación ni el cierre mientras la empresa interesada no presente la constancia a que se refiere el artículo anterior.

ART. 10.- El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en caso de incumplimiento de la Resolución de conmutación o de cualquiera de las obligaciones establecidas en ella, procederá a conminar a la empresa respectiva y a imponer las sanciones que fueren del caso”.

Y el decreto 1572/73, corrobora lo dicho por el decreto 2677/71 y agrega en los artículos 8º a 10º:

ART. 8º.- Si una empresa, bien sea durante el período previsto en el artículo 6º del presente Decreto, o después de transcurrido éste, llegare a colocarse dentro de las circunstancias previstas en el artículo 2º del Decreto 2677 de 1971, las reservas a que se refieren los artículos anteriores deberán ser trasladadas por el patrono o empresa al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, hasta por el valor actual de las obligaciones, determinado por el mismo Instituto mediante resolución.

En el caso de que las reservas fueren inferiores al monto total de las obligaciones así establecidas, la empresa deberá cubrir el saldo insoluto.

PARAGRAFO 1º.- Si el patrono o empresa acreditare no tener el estado de liquidez necesario que le permita cancelar en forma inmediata la totalidad del valor de la obligación, el Instituto podrá negociar la forma de pago, entendiéndose que seguirán a cargo del patrono las pensiones, mientras el Instituto Colombiano de Seguros Sociales no haya recibido la totalidad del capital, o no tenga suficientemente garantizado su pago.

PARAGRAFO 2º.- En el evento de que la empresa no pueda pagar en forma inmediata al Instituto Colombiano de Seguros Sociales la totalidad de sus obligaciones en los términos de este Decreto, previa autorización del Ministro de Trabajo y Seguridad Social podrá trasladar su valor actual de acuerdo con su orden de exigibilidad.

ART. 9º.- Los patronos o empresas a cuyo cargo existan obligaciones pensionales, y que aún

no tenga constituida garantía suficiente para pagarlas, no podrán efectuar enajenación de sus haberes, ni negociación alguna con respecto a ellos, desde el momento en que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social haya iniciado los estudios de que trata este Decreto, lo cual se hará saber al patrono o empresa por comunicación oficial.

PARAGRAFO.- La enajenación o negociación que las empresas o patronos efectúen con violación de este artículo tendrá causa ilícita.

ART. 10º.- Las anteriores disposiciones no excluyen la intervención ni el control de la respectiva entidad oficial de supervigilancia”.

d.-) Qué ocurre si el Ministerio del Trabajo da concepto favorable para la conmutación pensional, el I.S.S., también inicia la tramitación correspondiente, pero no se concreta la conmutación y los pensionados se ven afectados?

Ya se dijo que el empleador continúa responsabilizándose, que el patrimonio autónomo es apenas una garantía adicional, que el derecho prestacional implica organización y procedimiento y que opera la jurisdicción constitucional , mediante la acción de tutela, como efectivamente ya ocurrió en caso similar al acá estudiado, que mediante la sentencia T-339/97 determinó la tramitación de la conmutación pensional en la antigua Flota Mercante Grancolombiana. Se dice por el apoderado de ésta que dicho fallo no sólo favorecía a quienes instauraron la tutela sino a todos los jubilados de la Flota. Debería haber sido así, pero las órdenes dadas en la referida tutela sólo producían efectos inter-partes, aunque tienen la connotación de establecer una igualdad para todos aquellos que estuvieran en similares circunstancias.

Advierte la Sala que si aún el Instituto de los Seguros Sociales no ha podido concretar la conmutación, tal omisión debe ser superada, mediante los mecanismos legales, y por lo tanto, la tutela debe prever esta circunstancia, porque la violación o amenaza a un derecho fundamental sólo cesa cuando realmente la protección se cristalice.

CASO CONCRETO:

Las veintiocho personas que instauran la presente tutela no aparecen dentro del listado que figura en la sentencia T-339/97, luego no hay cosa juzgada respecto de ellas. Lo que piden

los 28 solicitantes es que mediante una sentencia a ellos referida, se les de trato similar a las de sus compañeros jubilados de la antigua Flota Mercante Gran Colombiana, hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante Gran Colombiana S. A., y que la protección sea efectiva.

Son veintiocho personas que se presentan como jubilados, es decir, beneficiarios del sistema de seguridad social en pensiones, que afirman no estar afiliados a dicho sistema, versión no controvertida por la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante Gran Colombiana S. A.. La mencionada Compañía dice que su respuesta a la afiliación al sistema consiste en la celebración de un contrato de fiducia mercantil con la Sociedad Fiduciaria Bermúdez & Valenzuela y, según su criterio, esta es garantía suficiente para responder por la carga pensional. La Corte Constitucional ya indicó en la sentencia T-339/97 que ese contrato de fiducia es una “garantía adicional” y no la respuesta adecuada para estar dentro del sistema.

Los solicitantes dicen que su situación fáctica es similar a la de quienes instauraron la tutela que finalizó con la sentencia aludida, luego la jurisdicción constitucional tiene que dar una respuesta parecida a la dada en centenares de casos ya fallados mediante tutela. Evidentemente, son veintiocho personas que invocan los mismos hechos y aducen las mismas razones de los pensionados que han formulado anteriormente acción de tutela contra la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante Gran Colombiana S. A. Y, efectivamente, la Corte Constitucional tuteló los derechos a la vida, a la igualdad y al derecho a la seguridad social. No existe una razón nueva que permita modificar la anterior jurisprudencia.

Por el contrario en el presente caso, se aprecia que se afectaría la universalidad del sistema si no se les asegura a los solicitantes de la tutela las facetas de la seguridad social integral. Ellos alegan el temor de que la crisis del empleador signifique una pérdida de respaldo para el pago de sus pensiones, y que la no afiliación real al sistema de seguridad social, los puede colocar en una situación de indefensión. En otras palabras, se considera que hay una amenaza contra derechos fundamentales.

En ocasión anterior en la tanta veces mencionada sentencia T339/97, la Corte expresamente dijo:

“.....Está suficientemente demostrado que la Flota Mercante Gran Colombiana, hoy

Compañía de Inversiones de la Flota Mercante Gran Colombiana S. A. no puede eludir la obligación de pago de las pensiones respecto de las cuales aún es responsable no solo por manifestación expresa de su representante sino porque legalmente tiene que responder porque sus pensionados no han sido ubicados dentro de las dos opciones establecidas por la ley 100 de 1993”.

No han cambiado las circunstancias desde cuando el 17 de julio de 1997 se profirió la sentencia T-339, todo lo contrario, se aumenta el temor de que el derecho se torne nugatorio, según se colige del aumento de la deuda pensional, aspecto éste reconocido por la Compañía en el informe del año pasado. La disminución de actividades y de activos sigue siendo la constante en la Compañía tantas veces citada, por consiguiente, la protección tutelar es justificada y no tiene sentido que en las decisiones de instancia se hubiere negado lo que en centenares de casos anteriores se había reconocido. No sobra repetir la argumentación consignada en fallo anterior de la Corte Constitucional:

“Dentro de esta situación, cobra importancia probatoria lo que está ocurriendo actualmente en la entidad patronal en el sentido de que surge un perjuicio irremediable porque los jubilados realmente pueden sufrir el albur de que la descapitalización y disminución de actividades de la entidad contra quien se dirige la acción pueda significar la pérdida de un derecho adquirido que adicionalmente significa el mínimo vital de los pensionados.

“El argumento de que no hay menoscabo de activos porque hay un patrimonio autónomo no es válido porque: 1) El patrimonio autónomo no recibió la totalidad de lo fijado en la fiducia; 2) Esa fiducia no reúne los requisitos de un fondo de pensiones; 3) en el mismo contrato de fiducia se dice que es para el pago de pensiones en favor ‘de algunos de sus extrabajadores’ y cita un permiso de la Superintendencia Bancaria de 1982 (anterior al decreto 663/93), luego se trata de una simple garantía adicional”.

Hay, pues, motivos suficientes para tutelar los derechos a la vida y a la igualdad, en favor de los actuales solicitantes, porque hay grave amenaza de que sean afectados con la violación al mínimo vital que como personas de la tercera edad reciben a través de la jubilación, y porque sería aberrante que frente a las mismas circunstancias el Estado diga a través de sus jueces constitucionales y en centenares de casos que sí hubo violación de derechos fundamentales, y ahora, para estas veintiocho personas se indique lo contrario con la simple

razón de que ya no sería viable dar la misma orden que en otro fallo se indicó: la de que se iniciara la tramitación de la conmutación pensional. En efecto, en la sentencia T-339/97 adicionalmente se le ordenó al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social que viabilizara la conmutación pensional y esto efectivamente ya ha ocurrido, porque dicho Ministerio rindió concepto favorable sobre la conmutación, dirigiendo la respectiva comunicación al Instituto de los Seguros Sociales. Por consiguiente, no se puede repetir la orden ya dada por la sencilla razón de que según el artículo 2° del decreto 1572 de 1973 lo que hace el Ministerio es hacer unos estudios y luego formular una solicitud al ISS y ambas cosas ya ocurrieron.

Pero, la verdad es que, la conmutación pensional aún no se ha concretado, se está en la etapa en la cual el ISS dicta una resolución motivada aceptando la solicitud del Ministerio, pero surgen dos inconvenientes : que el Ministerio hizo mención a la T-339/97 y allí no figuran los veintiocho solicitantes de la presente acción y que el ISS en su Resolución hace referencia a 664 jubilados sin que se sepa si dentro de esta cantidad están los 28 peticionarios de la tutela, se supone que no se hallan incluidos pues de lo contrario no hubieran instaurado la acción. Además, no puede haber tantas peticiones del Ministerio cuantos jubilados haya porque el decreto 2677 de 1971 dice en su artículo 3° que se trata de las pensiones “causadas y de las eventuales”, entonces, se colige que si bién es cierto basta con una sola petición del Ministerio del Trabajo, en la continuación de la tramitación de la conmutación es necesario que los jubilados queden efectivamente incluidos dentro de la conmutación pensional, luego por tutela perfectamente se puede ordenar que si no han sido incluidos por el ISS, sean favorecidos los jubilados en la sustitución de las obligaciones pensionales, puesto que el artículo 1° del decreto 1572 de 1973 habla de “relación detallada de los nombres de los beneficiarios”.

Además, la conmutación pensional se cristaliza cuando el ISS asume el pago de las pensiones de jubilación y eso no ha ocurrido en el presente caso, apenas se está en la tramitación, entre otras cosas motivo de objeciones por parte del empleador, que, por esta última circunstancia no ha quedado exonerado de la responsabilidad correspondiente. Cabe acá un llamado a prevención para que finalice la tramitación iniciada y se garantice así el derecho de los pensionados a su mínimo vital, tanto el que hoy requieren para sobrevivir como las futuras mesadas indispensables para proteger el derecho a la vida.

No sobra recordar que el artículo 9° del artículo 1572 de 1973 establece que desde cuando el

Ministerio del Trabajo y Seguridad Social haya iniciado los estudios de que trata dicho decreto, las empresas a cuyo cargo existan obligaciones pensionales no podrán efectuar enajenación de sus haberes, ni negociación alguna con respecto a ellos, si no constituyen garantía suficiente para pagar las obligaciones pensionales.

Por último, hay un caso que merece una anotación especial: hace un tiempo el solicitante Héctor Insuasty Rubio concilió en un juzgado de Bogotá aspectos referentes a su relación laboral; se anota, en primer lugar, que el derecho a la seguridad social es irrenunciable (artículo 48 C.P.), y, en segundo lugar que en la propia conciliación se dijo que una vez tenga derecho a la pensión “se le comenzará a reconocer y a pagar”, luego dicha conciliación no afecta en nada la resolución que se tomará en el presente fallo de tutela.

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

R E S U E L V E:

Primero. REVOCAR las decisiones materia de revisión, proferidas, la de primera instancia por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, y la de segunda instancia por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, y en su lugar CONCEDER LA TUTELA impetrada por JULIAN ANGULO BANGUERA Y OTROS, protegiéndoles el derecho a la vida, a la igualdad y al derecho a la seguridad social por estar amenazado el mínimo vital de ellos.

Segundo. ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales que dentro de la conmutación pensional que se tramita con la compañía de Inversiones de la Flota Mercante Gran Colombiana S. A., también se tengan en cuenta los veintiocho jubilados que instauraron la tutela que motiva el presente fallo y cuyos nombres se hallan en la parte motiva de esta sentencia, si es que aún los nombres de ellos no han sido tenidos en cuenta.

Tercero.- HACER UN LLAMADO A PREVENCION a la Compañía de Inversiones de la Flota mercante Gran Colombiana S.A. y al Instituto de los Seguros Sociales para que, con el cumplimiento de los requisitos legales, se cumpla a cabalidad con lo establecido en los decretos 2677 de 1971 y 1572 de 1973, en procura de la efectividad en la protección de los derechos fundamentales a la vida y a la igualdad, de los solicitantes de la presente tutela.

Cuarto.- El juez de primera instancia vigilará y hará cumplir lo ordenado en este fallo, teniendo en cuenta el literal c-), del numeral 2, del artículo 25 del Pacto de San José de Costa Rica.

Quinto.- Por Secretaría se libraré la comunicación de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991, para los efectos del caso.

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

ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORÓN DÍAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 ST-323/96 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).