



Sentencia T-322/16

Referencia: expediente T-5.369.127

Acción de tutela instaurada por Jorge Enrique López Triana en contra del Fondo del Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

Magistrado Ponente:
ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá D.C., veintiuno (21) de junio de dos mil dieciséis (2016).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por el Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, la Magistrada María Victoria Calle Correa y el Magistrado Alberto Rojas Ríos, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos, en primera instancia, por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Bogotá, el treinta (30) de septiembre de dos mil quince (2015) y, en segunda instancia por la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el diecinueve (19) de noviembre del mismo año, dentro de la acción de tutela instaurada por el ciudadano Jorge Enrique López Triana contra el Fondo del Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Jorge Enrique López Triana promovió acción de tutela el once (11) de septiembre de dos mil quince (2015) en contra del Fondo del Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia para que fueran protegidos sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y móvil, a la vida en condiciones dignas, así como de petición.

Hechos

1. El ciudadano Jorge Enrique López Triana de sesenta y dos (62) años de edad¹ laboró para Ferrocarriles Nacionales de Colombia desde el siete (7) de enero de mil novecientos ochenta (1980) hasta el catorce (14) de abril de mil novecientos noventa y dos (1992), fecha en la cual fue despedido sin justa causa².

2. Con ocasión de lo anterior, el veintisiete (27) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999) el peticionario solicitó a la entidad accionada el reconocimiento de la pensión sanción, al considerar que cumplía todos los requisitos para ser beneficiario de dicha prestación³.

3. El primero (1) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999), el Fondo del Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia mediante oficio DPE-1886 reconoció el pago de la pensión sanción una vez cumpliera los sesenta (60) años de edad⁴.

4. Posteriormente, el actor solicitó ante la entidad accionada el reconocimiento de pensión de invalidez, al sufrir diversos padecimientos que le impedían seguir laborando y recibir un sueldo que permitiera vivir dignamente⁵. Mediante dictamen de valoración médico laboral del veintidós (22) de diciembre de dos mil ocho (2008), fue comunicado al peticionario que se había dictaminado una pérdida de la capacidad laboral del 53%, con fecha de estructuración del 13 de junio de 2008. Posteriormente, la Junta Regional de Calificación de invalidez, dictaminó una pérdida del 68.34% con fecha de estructuración del veinticinco (25) de enero de dos mil ocho (2008).

¹ De acuerdo con la cédula de ciudadanía, el accionante nació el 10 de noviembre de 1953. Folio 27, cuaderno I del expediente de tutela.

² Folio 14, cuaderno II del expediente de tutela.

³ Folio 15, cuaderno II del expediente de tutela.

⁴ Folios 16-17, cuaderno II del expediente de tutela.

⁵ De conformidad con la historia clínica, el actor padece de trastorno de la retina como consecuencia del desprendimiento de la misma, ojo izquierdo. Adicionalmente, sufre de hipertensión arterial, enfermedad coronaria e insuficiencia cardiaca.

5. Sin embargo, la entidad negó la prestación aduciendo que la fecha de estructuración de la invalidez había sido posterior a la fecha de desvinculación de la entidad. No obstante, recordó que una vez el actor cumpliera los sesenta (60) años de edad podía solicitar la pensión sanción. Frente a esta respuesta, se presentaron los recursos del caso, no obstante la entidad confirmó su decisión.

6.- Ante la negativa de la entidad accionada de reconocer la pensión de invalidez, el señor Jorge Enrique López Triana se presentó ante el Instituto de Seguros Sociales –ISS con el fin de reclamar pensión de invalidez por considerar que cumplía los requisitos legales para acceder a ella.

7.- Después de estudiar los documentos aportados por el accionante, el ISS encontró que el actor presentaba una pérdida de la capacidad laboral de más del 50% estructurada a partir del 25 de enero de 2008, y que contaba con un total de 574 semanas cotizadas, de las cuales 154 se cotizaron en los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, por lo que se cumplían los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, razón por la cual procedió al reconocimiento de la misma⁶.

8.- El diez (10) de enero de dos mil catorce (2014), luego de haber cumplido los sesenta (60) años de edad, el actor presentó nuevamente petición de reconocimiento de pensión sanción. Durante el trámite, el Fondo del Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia negó la prestación solicitada basado en que el actor actualmente recibe una pensión de invalidez otorgada por el extinto Instituto de Seguros Sociales –ISS (hoy Colpensiones) y que con fundamento en ello existe una incompatibilidad entre la pensión de vejez e invalidez.

9.- El dos (2) de octubre de dos mil catorce (2014), mediante apoderada, el actor efectuó una reclamación ante la entidad cuestionada a través de la cual quiso aclarar varios puntos de inconformidad. Por su parte, la entidad cuestionada respondió que en atención a que el ISS tuvo en cuenta para el reconocimiento de la pensión de invalidez el tiempo de cotización ante el Fondo del Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia no era procedente acumular ambas prestaciones pues las mismas son incompatibles.

⁶ Resolución No. 043771 de 2008, “*por la cual se resuelve una solicitud de prestaciones económicas en el Sistema General de Pensiones –Régimen Solidario Prima Media con Prestación Definida*”. Folio 34, cuaderno II del expediente de tutela.

10.- El nueve (9) de junio de dos mil quince (2015), el accionante formuló nueva petición ante la entidad accionada en la cual había solicitado que fueran absueltas varias dudas respecto de la negativa del reconocimiento de la pensión solicitada.

11.- En el escrito de tutela, aduce el señor López Triana que la respuesta emitida por el Fondo fue conocida hasta el mes de julio de dos mil quince (2015), no obstante, a su juicio, la misma no satisface lo solicitado.

12.- El accionante indica que se vulnera el derecho al mínimo vital y móvil de él y de su esposa la señora María Glennis Parra Lozano, puesto que actualmente percibe únicamente medio salario mínimo, como consecuencia de unos préstamos bancarios que se encuentra pagando.

13.- Finalmente, afirma que tanto el cómo su esposa son personas de la tercera edad *“quienes deben sobrevivir con lo poco que queda de la prestación económica que me paga actualmente COLPENSIONES”*⁷.

Material probatorio obrante en el expediente

El accionante acompañó la demanda de tutela con los siguientes documentos:

1. Certificación expedida por el Fondo del Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, en la cual se evidencia que el accionante laboró para la entidad desde el siete (7) de enero de mil novecientos ochenta (1980) hasta el catorce (14) de abril de mil novecientos noventa y dos (1992), empresa en que desempeñó el cargo de chofer, fecha en la cual fue despedido sin justa causa. (folio 14)
2. Copia de escrito de fecha veintisiete (27) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999), donde el accionante solicita al Fondo del Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, el reconocimiento de la pensión sanción, por haber trabajado más de diez (10) y menos de quince (15) años en la empresa. (folio 15)
3. Copia del oficio DPE-1886, del primero (1º) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999), mediante el cual la entidad accionada señala: *“esta entidad ha optado por reconocer el pago de su pensión administrativamente, una vez cumpla con el requisito*

⁷ Folio 10

de edad exigidos (sic) por las normas legales vigentes, esto es, sesenta (60) años de edad". Adicionalmente, el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, indicó que una vez cumplidos los sesenta (60) años de edad, el accionante debía *"solicitar se produzca el acto administrativo que ordene el reconocimiento y pago de la pensión sanción"*. (folios 16-17)

4. Escritos de fechas veintinueve (29) de septiembre y veinticinco (25) de noviembre de dos mil ocho (2008), firmados por el señor Jorge Enrique López Triana, dirigidos al Fondo del Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, en los cuales solicita el reconocimiento de la pensión de invalidez, debido a diferentes situaciones de salud, que según el actor, no le permiten continuar laborando. (folios 18-20)
5. Copia de la resolución 1149 del once (11) de mayo de dos mil nueve (2009), en la cual el Fondo del Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia niega el reconocimiento de la pensión de invalidez a favor del accionante argumentando que la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral del peticionario, de conformidad con el dictamen médico, es posterior a la fecha de desvinculación de la empresa, *"por lo que no existe nexo que determine que la enfermedad sufrida por el extrabajador en cita, sea consecuencia directa de la ejecución del servicio prestado a la empresa ferroviaria"*. Igualmente, reiteró la entidad que el accionante tiene derecho a reclamar pensión sanción una vez cumpla los 60 años de edad. (folios 21-22)
6. Copia de la resolución No. 972 del trece (13) de julio de dos mil nueve (2009), mediante la cual se resuelve de forma negativa el recurso de reposición interpuesto por el señor Jorge Enrique López Triana contra la resolución 1149 del once (11) de mayo de dos mil nueve (2009), aduciendo que el accionante no cumplía los requisitos legales para acceder a una pensión de invalidez. (folios 23-24)
7. Escrito del diez (10) de enero de dos mil catorce (2014) dirigido al Fondo del Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, donde el actor solicitó nuevamente la pensión sanción. (folio 25)
8. Copia del oficio GPE-20143140005791 mediante el cual el Fondo del Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia requirió declaración juramentada en la cual el señor Jorge Enrique

López Triana indicara si estaba percibiendo pensión alguna, y el último lugar donde había trabajado. (folio 26)

9. Copia del escrito de respuesta al oficio GPE-20143140005791 donde el petionario, mediante declaración juramentada No 0867, indicó que la única entidad en la que laboró fue en los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, pero que posteriormente a su despido cotizó para pensión al Instituto de Seguros Sociales como obrero jornalero rural independiente. Adicionalmente, señaló que actualmente recibe pensión de invalidez. (folios 27-28)
10. Comunicación del veintiuno (21) de julio de dos mil catorce (2014) donde la entidad accionada determinó que no era posible acceder a la petición del acto puesto que el accionante se encontraba gozando de una pensión de invalidez, y la pensión sanción es incompatible con la de invalidez. (folio 29)
11. Copia de la respuesta enviada a la abogada Gloria Orjuela Lancheros (apoderada del señor Jorge Enrique López Triana), mediante la cual se indicó que el Instituto de Seguros Sociales tomó como base el tiempo laborado en los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, para efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez, prestación que es incompatible con la pensión sanción. (folios 30-31)
12. Copia de la Resolución 43771 del veintinueve (29) de septiembre de dos mil ocho (2008) mediante la cual el Instituto de Seguros Sociales reconoce la pensión de invalidez en una cuantía de \$461.500. (folios 34-35)
13. Reporte de las semanas cotizadas al Sistema de Seguridad Social en pensiones mediante el cual certifica que el accionante tiene cotizadas 618,85 semanas⁸. (folio 36)
14. Copia de la certificación del préstamo bancario otorgado por el Banco AV Villas. (folio 37)
15. Copia del certificado de nómina de pensionados de Colpensiones, del seis (6) de agosto de dos mil quince (2015), donde se registra que el señor Jorge Enrique López Triana tiene una pensión de invalidez por un valor de \$634.350 de la cual le descuentan \$77.322

⁸ La primera fecha de cotización es del 6 de noviembre de 1992, es decir, aproximadamente siete meses después de haber sido despedido sin justa causa de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

por concepto de cotización a salud, y \$236.438 como pago de la deuda que tiene con el banco AV Villas, devengado un total de \$330.590. (folio 38)

16. Certificación expedida por el Banco Agrario, en la cual se constata que el accionante se encuentra en mora por el no pago de sus obligaciones crediticias con esa entidad. (folio 39)
17. Informe de revisión de la pensión de invalidez, del veintiséis (26) de mayo de dos mil catorce (2014) firmado por la doctora Diana María Celis Herrán donde establece que el señor Jorque Enrique López Triana tiene una pérdida de la capacidad laboral del 68.34%. (folios 40-42)
18. Copia del registro civil de matrimonio entre Jorge Enrique López Triana y María Parra Lozano. (folio 43)
19. Copia del derecho de petición formulado ante el Fondo del Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, en junio de dos mil quince (2015), mediante el cual el accionante solicitó que fueran esbozados los fundamentos de hecho y derecho en los cuales la entidad demandada fundamentó la decisión de negar la pensión sanción. (folios 44- 53)
20. Copia de la respuesta del Fondo del Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia. En el escrito refieren que el artículo 13 del literal j de la Ley 100 de 1993 prevé que ninguna persona puede percibir simultáneamente pensiones de invalidez y de vejez. (folios 54-55)

Fundamentos jurídicos de la solicitud de tutela

El señor Jorge Enrique López Triana estima desconocidos sus derechos fundamentales de petición, debido proceso, seguridad social, mínimo vital y móvil, así como vida en condiciones dignas, en razón de la negativa del Fondo del Pasivo Social de los Ferrocarriles de Colombia de reconocer y pagar la pensión sanción, prestación a la que aduce tiene derecho.

Al respecto, destacó que la Corte Constitucional ha determinado que el principio de respeto del acto propio hace parte del derecho fundamental al debido proceso y opera cuando un sujeto de derecho emite un acto que genera una situación particular la cual no puede ser desconocida posteriormente. En su caso particular, en el año de 1992, el Fondo Pasivo

Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia reconoció que el actor tenía derecho a la pensión sanción, la cual podía disfrutar cuando cumpliera los 60 años de edad, razón por la cual no pueden negarle el pago de la misma, años después.

Igualmente, se desconoce el principio de confianza legítima, ya que, en palabras del accionante, se creó una situación jurídica concreta en favor del mismo, y posteriormente, la entidad accionada se niega a reconocer el derecho adquirido aduciendo la incompatibilidad entre la pensión de invalidez y la pensión sanción.

Finalmente, expresó que la seguridad social es un derecho de rango constitucional el cual propende por la protección contra las consecuencias de las contingencias derivadas de la vejez y la incapacidad, el cual es amparable vía acción de tutela.

Respuesta de la entidad accionada

José Jaime Azar Molina, en su calidad de subdirector de prestaciones sociales del Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, dio contestación a la demanda de tutela en los siguientes términos:

1. El artículo 13 literal j de la Ley 100 de 1993 es específico en señalar que *“ningún afiliado podrá recibir simultáneamente pensiones de invalidez y de vejez”*. Adicionalmente, en la Sentencia C-674 de 2001, la Corte Constitucional estableció que tanto la pensión de vejez como la de invalidez tienen la misma naturaleza y persiguen la misma finalidad, por eso la normatividad en mención pretende evitar que una misma persona acumule las dos prestaciones pensionales. Esa posición encuentra pleno sustento en los principios de unidad, eficiencia y universalidad que gobiernan la seguridad social.
2. En la actualidad, el accionante devenga una mesada pensional, la cual fue reconocida por el Instituto de Seguros Sociales mediante Resolución No. 043771 de 2008, por lo que el derecho fundamental al mínimo vital y demás derechos alegados no están siendo vulnerados.
3. El Fondo del Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia ha respondido a todas las solicitudes interpuestas por el accionante, de modo que no ha quebrantado el derecho fundamental de petición del señor Jorge Enrique López Triana.

4. La acción de tutela no es el mecanismo idóneo para debatir las pretensiones del actor, ya que no se evidencia un perjuicio irremediable. Igualmente, el accionante tiene otros mecanismos de defensa judicial para exponer sus inconformidades.

Sentencias objeto de revisión

Fallo de primera instancia

Por medio de sentencia del 30 de septiembre de 2015, el Juzgado Cuarto Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C. negó el amparo al considerar improcedente la acción de tutela, porque no se evidencia prueba alguna que permita concluir que existe un perjuicio irremediable. Lo anterior, toda vez que el actor si bien es una persona de la tercera edad, se encuentra disfrutando de una pensión de invalidez que garantiza su sustento mínimo.

Impugnación

Mediante escrito del cinco (5) de octubre de dos mil quince (2015), el ciudadano Jorge Enrique López Triana, de conformidad con el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, impugnó la decisión adoptada por el *a quo*, al señalar que el juez incurrió en errores de hecho y de derecho que lo llevaron a una conclusión alejada de la realidad del caso, puesto que no efectuó un análisis sistemático del acervo probatorio

Resalta que cumple con los requisitos para la procedencia de la acción de tutela para reclamar prestaciones económicas, conforme a los parámetros establecidos por la Corte Constitucional en sentencia SU-130 de 2013, toda vez que es una persona de la tercera edad con un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del 68.34%.

Adicionalmente, estima que su mínimo vital se encuentra comprometido puesto que de conformidad con las pruebas aportadas es claro que, pese a que tiene asignada una pensión por invalidez, por cuenta de un préstamo con el banco AV Villas se descuenta de esta un valor de \$316.760, y no cuenta con otra fuente de ingresos para sustentarse.

Fallo de segunda instancia

En sentencia del diecinueve (19) de noviembre de dos mil quince (2015), el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección primera, subsección A confirmó el fallo proferido por parte del *a quo* en lo que

respecta a la improcedencia de la acción de tutela en relación con los derechos fundamentales al debido proceso, seguridad social, mínimo vital y vida en condiciones dignas, y adicionó un numeral al resuelve, mediante el cual negó el amparo del derecho de petición.

El juez de alzada reiteró los argumentos del juez de primera instancia sobre la procedencia de la acción de tutela para el presente caso. Adicionalmente, afirmó que la entidad accionada en oficios del 21 de julio, 27 de octubre de 2014, y 22 de junio de 2015 emitió una serie de consideraciones en las cuales argumentó la imposibilidad de acceder a la pensión pretendida, y resolvió de manera expresa, clara y de fondo lo solicitado por el accionante.

Actuaciones en sede de revisión

A través de Auto del veintidós (22) de abril de dos mil dieciséis (2016), el Magistrado Ponente vinculó a Colpensiones al proceso de Acción de Tutela, y ordenó la práctica de las siguientes pruebas: (i) copia de la cédula del accionante, señor Jorge Enrique López Triana, con el fin de verificar su edad; (ii) copia de la historia clínica del peticionario, (iii) copia del dictamen de calificación de pérdida de la capacidad laboral; (iv) informe del Fondo Pasivo Social donde se precisara el monto de la pensión sanción que le corresponde al señor Jorge Enrique López Triana.

En respuesta al anterior requerimiento, el Despacho del Magistrado Sustanciador recibió los siguientes documentos: (i) copia de la cédula de ciudadanía del accionante donde se verifica que el señor Jorge Enrique López Triana cuenta con sesenta y dos (62) años de edad; (ii) copia de la historia clínica del peticionario; (iii) copia del dictamen de calificación de pérdida de la capacidad laboral en la cual se observa que el actor tiene 68,34% de pérdida, estructurada el veinticinco (25) de enero de dos mil ocho (2008); (iv) escrito firmado por José Jaime Azar Molina, subdirector de prestaciones sociales del Fondo del Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, donde señala que al accionante le corresponde por concepto de pensión sanción la suma de \$785.732,75.

Adicionalmente, el diecinueve (19) de mayo de dos mil dieciséis (2016), se recibió oficio firmado por la doctora Edna Patricia Rodríguez Ballen, en su calidad de Gerente Nacional de Doctrina – Vicepresidencia Jurídica de Colpensiones, donde señala que Colpensiones no está vulnerando derecho alguno del accionante, por el contrario, actualmente pagando la pensión de invalidez que corresponde.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para pronunciarse en sede de revisión en relación con el presente fallo de tutela, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política Colombiana, así como en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991.

2. Planteamiento del caso y problema jurídico

El accionante solicita que se amparen sus derechos fundamentales de petición, seguridad social, mínimo vital y vida en condiciones dignas, y en consecuencia se ordene al Fondo del Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia que reconozca y pague la pensión sanción.

De acuerdo con los hechos descritos por el accionante, le corresponde a esta Sala responder los siguientes problemas jurídicos:

- (i) ¿Es procedente la acción de tutela para el reconocimiento de una pensión sanción?
- (ii) ¿El Fondo del Pasivo Social de los Ferrocarriles de Colombia vulnera los derechos fundamentales de petición, seguridad social, mínimo vital y vida en condiciones dignas del accionante, con la negativa de reconocimiento de la pensión sanción, aduciendo incompatibilidad de esta prestación con la pensión de invalidez que actualmente disfruta el actor? Con el fin de resolver éste problema jurídico, deberá la Corte determinar si las pensiones de invalidez y sanción son incompatibles. A su vez debe definir qué ocurre con las personas que aun teniendo reconocida una pensión de invalidez cumplen los requisitos para acceder a pensión sanción.
- (iii) ¿Vulneró el Fondo del Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia el derecho fundamental de petición del accionante, con ocasión a la petición que éste último realizó, mediante la cual procuraba fueran explicadas las razones por las cuáles la entidad accionada aduce incompatibilidad entre pensión sanción y de invalidez?

Para resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala considera necesario pronunciarse sobre: (i) procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de derechos derivados de la seguridad social; (ii) la carga de demandar ante la jurisdicción ordinaria

cuando se concede el amparo en forma transitoria; (iii) el derecho a la seguridad social, concepto, naturaleza y protección constitucional; (iv) derecho al reconocimiento de la pensión sanción para los trabajadores oficiales y del sector privado; (v) el derecho a la pensión de invalidez; (vi) compatibilidad pensional; (vii) el derecho de petición; y, finalmente desarrollará el (viii) estudio del caso concreto.

3. Procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de derechos derivados de la seguridad social. Reiteración de jurisprudencia

La Corte Constitucional ha sostenido que, en principio, la acción de tutela es improcedente para solicitar el reconocimiento y pago de prestaciones que se deriven del derecho a la seguridad social, toda vez que para ello, el legislador previó otros mecanismos y recursos judiciales para que la autoridad competente, bien sea el juez ordinario laboral o contencioso administrativo, decida los conflictos relacionados con el reconocimiento de las pensiones de vejez, invalidez, sobrevivientes o el derecho a la sustitución pensional, entre otras⁹.

Al respecto, este Tribunal ha sostenido: *“que el conocimiento de este tipo de solicitudes al exigir la valoración de aspectos litigiosos de naturaleza legal y prestacional escapan al ámbito del juez constitucional siendo competencia, por regla general de la justicia laboral ordinaria o contencioso administrativa, según el caso”*¹⁰.

El artículo 86 de la Constitución Política establece el principio de subsidiariedad al señalar que la acción de tutela *“solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”*. No obstante, la misma disposición normativa consagra una excepción a la regla de improcedencia cuando éste instrumento judicial se utiliza *“como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*.

Adicionalmente, el Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia constitucional¹¹ han sido claros al determinar que la acción de tutela tiene un carácter excepcional, por lo que resulta procedente cuando existiendo otros recursos o medios de defensa judiciales, estos resultan ineficaces para enfrentar la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales.

Así las cosas, la primera de las excepciones a la regla de subsidiariedad de la acción de tutela se presenta cuando a pesar de existir otros medios

⁹ Ver sentencia T-128 de 2016

¹⁰ Ver Sentencia de Unificación SU-023 de 2015.

¹¹ Ver sentencias T-162 y 235 de 2010, T-326 y 568 de 2013 y T-665 de 2015, entre otras-

ordinarios de defensa, ésta se promueve como mecanismo transitorio con el fin de evitar un perjuicio irremediable, caso en el cual la orden de protección tendrá efectos temporales, y se prolongará solo hasta el momento en que la autoridad judicial competente decida en forma definitiva el conflicto planteado¹². Sobre el perjuicio irremediable la Corte ha identificado las siguientes características propias de esta figura: “(i) **inminente**, es decir, por estar próximo a ocurrir, (ii) **grave**, por dañar o menoscabar material o moralmente el haber jurídico de la persona en un grado relevante, (iii) que requiera **medidas urgentes** para conjurarlo; y (iv) que la acción de tutela sea **impostergable** a fin de garantizar el adecuado restablecimiento del orden social justo en toda su integridad”.¹³

¹² Ver sentencia T-128 de 2016

¹³ Ver sentencia T- 538 de 2013. Con respecto al perjuicio irremediable, la Corte Constitucional en sentencia 235 de 1993 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) señaló: *Al examinar cada uno de los términos que son elementales para la comprensión de la figura del perjuicio irremediable, nos encontramos con lo siguiente:*

A). *El perjuicio ha de ser inminente: "que amenaza o está por suceder prontamente". Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante 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. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.*

B). *Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud dan señales la oportunidad de la urgencia.*

C). *No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.*

D). *La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.*

Igualmente, en materia de pensiones, la acción de tutela está llamada a proceder, como mecanismo transitorio, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- “(i) Se trata de una persona de la tercera edad, considerada sujeto de especial protección;*
- (ii) El estado de salud del solicitante y su familia;*
- (iii) Las condiciones económicas del peticionario*
- (iv) La falta de pago de la prestación o su disminución, genera un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital.*
- (v) El afectado ha desplegado cierta actividad administrativa y judicial, tendiente a obtener la protección de sus derechos, y*
- (vi) El interesado acredita, siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados.”¹⁴*

Ahora bien, la segunda de las excepciones autoriza a las personas para acudir a la acción de tutela cuando existiendo medios judiciales ordinarios para dirimir el asunto, estos resulten ineficaces o inidóneos para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales. En estos casos, el juez de tutela debe evaluar las condiciones específicas del accionante, con el fin de verificar si el medio de defensa judicial ordinario existente es suficientemente idóneo o no para la protección integral de los derechos fundamentales del peticionario. En estos casos, el amparo procede como mecanismo principal y definitivo.

Dentro del asunto que concierne a la Sala de Revisión en esta providencia, la Corte ha precisado que cuando se trata de adultos mayores *“por la disminución de sus capacidades físicas, la reducción de las expectativas de vida y la mayor afectación en sus condiciones de salud, estas personas constituyen uno de los grupos de especial protección constitucional”¹⁵* y, resulta para ellos desproporcionado ser sometidos a la espera de un proceso ordinario o contencioso administrativo para resolver sus solicitudes de pensión.

Asimismo, cuando el amparo es solicitado por sujetos de especial protección constitucional o que se encuentran en posición de debilidad manifiesta, el examen de procedibilidad se flexibiliza, en atención al

¹⁴ Sentencias T-055 de 2006, T-529 de 2007, T-149 de 2007, T-239 de 2008, T-052 de 2008.

¹⁵ Ver Sentencia T-1316 de 2001

principio de igualdad y en razón de la protección reforzada que ostentan dichos individuos.

En conclusión, aunque el derecho a la seguridad social tiene el carácter de fundamental, su protección mediante acción de tutela se encuentra supeditada al cumplimiento de los requisitos mencionados en éste acápite, puesto que, en principio, las controversias que versan sobre la titularidad de derechos en materia de seguridad social deben ser resueltas por los jueces ordinarios, o de lo contencioso administrativo, según el caso, y solo de manera excepcional, a través de acción de tutela¹⁶.

Sobre el particular, la Sala de Revisión considera necesario ahondar en el alcance de la carga de demandar ante la jurisdicción ordinaria cuando se concede el amparo de forma transitoria, a la luz del contenido del Decreto 2591 de 1991 y lo establecido en la jurisprudencia constitucional.

4. La carga de demandar ante la jurisdicción ordinaria cuando se concede el amparo en forma transitoria. Reiteración de la fórmula adoptada en la sentencia T-893 de 2008¹⁷

La Corte ha establecido que, cuando el amparo se concede de manera transitoria, el juez constitucional debe efectuar un análisis de las condiciones particulares de las partes al momento de determinar la fórmula que se adoptará en la parte resolutive de la sentencia, con la finalidad de evitar que las cargas sean desproporcionadas, de manera que se garantice la extinción de la situación que afecta los derechos constitucionales que estén siendo amenazados o vulnerados¹⁸.

El artículo 8 del Decreto 2591 de 1991¹⁹ establece como regla general que, cuando se concede el amparo transitorio de los derechos

¹⁶ Ver sentencia T-529 de 2008.

¹⁷ Reiterada en Sentencia T-014 de 2015

¹⁸ Sentencia T-014 de 2015

¹⁹ **ARTICULO 8º**-*La tutela como mecanismo transitorio. Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.*

En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado.

En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela.

Si no la instaura, cesarán los efectos de éste.

Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de las demás procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso.

fundamentales solicitado por el demandante, corresponde a éste presentar, dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación del respectivo fallo, la demanda ante la jurisdicción ordinaria, con el fin de que se resuelva de forma definitiva su petición. Sin embargo, de manera excepcional, esta Corporación ha trasladado la obligación al demandado, en el evento de la carga resulta desproporcionada para el peticionario, de conformidad con las circunstancias particulares que éste presente.

Lo anterior, dado que es deber del Estado el proteger a las personas que por su condición física o mental se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta²⁰, obligación que cobra particular relevancia en la administración de justicia, especialmente, si el juez constitucional se enfrenta a una controversia en la que una de las partes es un sujeto de especial protección, por tener edad avanzada, aspecto que influye aún más, si concurren situaciones de pobreza o escasez de recursos, que impiden a las personas subsistir autónomamente²¹.

En Sentencia T-893 de 2008, la Sala Segunda de Revisión estudió un caso en el que la accionante, señora Ofelia Materón de Roldán de 92 años, solicitó la protección de sus derechos fundamentales al pago oportuno de las pensiones y a la seguridad social, los cuales habían sido vulnerados presuntamente por parte de Tulio Isaza Borrero, Jaime Isaza Borrero y Clara Inés Isaza de Urrea, con ocasión de la renuencia a cancelarle las mesada pensionales que venían siendo pagadas por parte de los herederos del ex empleador de su cónyuge.

Al respecto, la Corte encontró que al existir otros medios judiciales para reclamar el pago de mesadas pensionales, la acción de tutela estaba llamada a prosperar como mecanismo transitorio con el fin de evitar un perjuicio irremediable. De esta manera, quedaba en cabeza de la peticionaria la carga de acudir a la vía ordinaria, dentro de los 4 meses siguientes a la comunicación de la sentencia. No obstante, consideró la Sala de Revisión que en la solución a tomar, era importante tener en cuenta que la tutelante era una persona de avanzada edad y sin recursos económicos, por lo que la carga de demandar resultaba desproporcionada. En consecuencia, resolvió que los demandados debían acudir a la jurisdicción ordinaria para la resolución definitiva del conflicto²².

Posteriormente, en Sentencia T-014 de 2015, la Sala de Novena de Revisión analizó la acción de tutela interpuesta por Elisa Quisoboni

²⁰ Constitución Política de Colombia. Artículo 13.

²¹ Sentencia T-014 de 2015

²² Sentencia T-893 de 2008

Catuche de 78 años, contra Deyanira Lozada de Gómez, con el objeto de que fueran amparados sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital, puesto que la demandada terminó el contrato de trabajo que existía entre ellas, de manera unilateral y sin mediar justa causa. Adicionalmente, no pagó la liquidación correspondiente, y nunca realizó los aportes a seguridad social en salud, pensión y riesgos profesionales. En razón a ello, no percibía pensión de vejez ni otro ingreso económico.

En dicha oportunidad, encontró la Corte que la acción de tutela resultaba procedente como mecanismo transitorio para el reconocimiento y pago de un derecho prestacional. En este sentido, señaló que la obligación de demandar ante la jurisdicción ordinaria, que recae sobre los peticionarios, la cual surge como consecuencia del amparo transitorio de los derechos fundamentales de estos, debe ser analizada a la luz de la equidad como criterio de la actividad judicial, de manera que los operadores judiciales pueden invertir la carga que generalmente tiene el demandante para presentar la demanda ante la jurisdicción ordinaria laboral²³.

En conclusión, la Corte ha establecido que, cuando se concede el amparo de los derechos fundamentales de un accionante de manera transitoria, se genera el deber del peticionario de acudir a la jurisdicción ordinaria con el fin de que se resuelva de manera definitiva sus pretensiones. No obstante, el juez de tutela puede invertir dicha carga, en atención a las condiciones especiales que presenten las partes del proceso, de manera tal que ésta puede corresponder a la parte demandada, en aplicación del principio de equidad, y en observancia del deber del Estado de protección especial frente a las personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

5. El derecho a la seguridad social, concepto, naturaleza y protección constitucional. Reiteración de jurisprudencia²⁴

La seguridad social como bien jurídico tiene una doble connotación la cual se deduce del contenido normativo del artículo 48 de la Constitución Política. Por un lado, es un servicio público obligatorio y por otro, es un derecho irrenunciable que debe ser garantizado a todos los habitantes del territorio nacional, como parte de la función del Estado Social de Derecho.

Igualmente, este derecho encuentra protección en el ámbito internacional, al haber sido reconocido a través de instrumentos tanto de *hard law* como

²³ Sentencia T-014 de 2015

²⁴ Reiterado en las sentencias T-690 de 2014, T-915 de 2014, T-009 de 2015, T-330 de 2015 y T-665 de 2015.

de *soft law* como: la Declaración Universal de los Derechos Humanos²⁵, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁶, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre²⁷ y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”²⁸.

Dichos instrumentos propenden porque los Estados, en reconocimiento de la dignidad humana y la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, garanticen el derecho a la seguridad social de todas las personas, con el fin de que éstas sean protegidas de las consecuencias resultantes de la vejez y/o la incapacidad para laborar²⁹.

Ahora bien, en su jurisprudencia inicial³⁰, la Corte Constitucional sostenía que el derecho a la seguridad social solo podía ser considerado como fundamental en los siguientes casos: “(i) *por la transmutación del*

²⁵ **ARTÍCULO 22:** Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

²⁶ **ARTÍCULO 9:** Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.

Sobre el alcance de la seguridad social, el Comité en su observación general número XX 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 N° 102, relativo a la norma mínima de la seguridad social (1952) y Convenio N° 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”.

²⁷ **ARTÍCULO 16:** Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.

²⁸ **ARTÍCULO 9:** Derecho a la Seguridad Social

1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.

2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.

²⁹ Ver Sentencia T-665 de 2015.

³⁰ Ver sentencias T-207 de 1995, T-042 de 1996, SU-819 de 1999.

derecho, (ii) por su conexidad con otro derecho fundamental (teoría de la conexidad) y (iii) cuando su titular fuese un sujeto de especial protección constitucional”³¹.

Empero, en Sentencia T-016 de 2007, este Tribunal argumentó que no resulta razonable separar los derechos económicos, sociales y culturales de los fundamentales como sucedía en un principio. De esta manera, reconoció el carácter fundamental que reviste el derecho a la seguridad social, señalando que:

“Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención). Significan, de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho, no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios económicos y educativos indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar. De ahí el matiz activo del papel del Estado en la consecución de un mayor grado de libertad, en especial, a favor de aquellas personas ubicadas en un situación de desventaja social, económica y educativa. Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter positivo o de acción)”³²

En el mismo sentido, esta Corporación en Sentencia T-200 de 2010 afirmó que la importancia del derecho a la seguridad social radica en que *“su máxima realización posible es una condición ineludible de la posibilidad real de goce del resto de libertades inscritas en el texto constitucional”*, constituyendo así un elemento esencial en la materialización del Estado Social de Derecho³³.

³¹ Ver sentencias T-207 de 1995, T-042 de 1996, SU-819 de 1999 y T-227 de 2003, T-180 de 2011, T-207 de 1995, T-042 de 1996, SU-819 de 1999 y T-227 de 2003, entre otras.

³² Ver Sentencia T-016 de 2007

³³ Constitución Política de Colombia. Artículo 1.

En suma, el derecho a la seguridad social es fundamental y como tal puede ser protegido mediante acción de tutela, siempre y cuando se verifiquen los requisitos de procedibilidad de este mecanismo procesal³⁴.

6. La pensión sanción. Reiteración de jurisprudencia³⁵

La pensión sanción surgió como mecanismo para evitar que los empleadores despidieran a los trabajadores sin justa causa, cuando aún no cumplían los requisitos necesarios para obtener la pensión de jubilación merecida por el tiempo de servicios y como protección a la vejez.

El artículo 267 (original) del Código Sustantivo del Trabajo prescribía que los trabajadores que hubiesen sido despedidos sin justa causa, después de 15 años de labor, continuos o discontinuos, tenían derecho al reconocimiento por parte del empleador, de una pensión mensual vitalicia *“equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de la pensión de jubilación que le hubiere correspondido en caso de reunir todos los requisitos para gozar de esta última”*.

Posteriormente, el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 modificó el artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo en los siguientes términos:

“El trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos (\$800.000.00) después de haber laborado para la misma, o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente ley, tendrán derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

Si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los cincuenta (50) años de edad, o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. Si, después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión pero sólo cuando cumpla sesenta (60) años de edad.

³⁴ Ver sentencia T-655 de 2015

³⁵ Ver sentencia T-384 de 2011

La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo de Trabajo, y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.

En todos los demás aspectos la pensión aquí prevista se regirá por las normas legales de la pensión vitalicia de jubilación.

Parágrafo. Lo dispuesto en este artículo se aplicará también a los trabajadores ligados por contrato de trabajo con la administración pública o con los establecimientos públicos descentralizados, en los mismos casos allí previstos y con referencia a la respectiva pensión plena de jubilación oficial".

Dicho artículo fue subrogado por el artículo 37 de la Ley 50 de 1990, quedando así:

“PENSION DESPUÉS DE DIEZ Y DE QUINCE AÑOS DE SERVICIO.

En aquellos casos en los cuales el trabajador no esté afiliado al Instituto de Seguros Sociales, ya sea porque dicha entidad no haya asumido el riesgo de vejez, o por omisión del empleador, el trabajador que sin justa causa sea despedido después de haber laborado para el mismo empleador o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que dicho empleador lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

(...)

En todos los demás aspectos la pensión aquí prevista se regirá por las normas legales de la pensión vitalicia de jubilación. Estas pensiones dejarán de estar a cargo de los empleadores cuando la pensión de vejez sea asumida por el Instituto de Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que se dicte el mismo instituto.

PARÁGRAFO 1o. En aquellos casos en que el trabajador esté afiliado al Instituto de Seguros sociales pero no alcance a completar el número mínimo de semanas que le dá (sic) derecho a

la pensión mínima de vejez, bien porque dicho Instituto no hubiera ampliado su cobertura en la zona respectiva o por omisión del empleador, desde el inicio o durante la relación laboral, el empleador pagará el valor de las cotizaciones que faltaren al Instituto de Seguros Sociales para que el trabajador adquiriera el derecho proporcional a la pensión de vejez.”

Dicha subrogación de la norma, de acuerdo con la Corte Constitucional, trajo cambios que implicaron la transformación jurídica de la denominada “pensión sanción”, en razón de que *“la filosofía indemnizatoria con la cual fue diseñada originalmente trasmutó a un sentido prestacional que tiene como finalidad proteger al trabajador en su ancianidad”*³⁶

En último lugar, el artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo fue modificado por el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, en estos términos:

“El trabajador no afiliado al sistema general de pensiones por omisión del empleador, que sin justa causa sea despedido después de haber laborado para el mismo empleador durante diez (10) años o más y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que dicho empleador lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad

³⁶ Ver Sentencias T-580 de 2009 y T-814 de 2011. Es preciso señalar que en la sentencia C-891A de 2006, la Corte explicó: “[c]omo lo precisó la H. Corte Suprema de Justicia “hasta la expedición de la Ley 50 de 1990 ningún precepto con fuerza de ley derogó de manera expresa la pensión por despido consagrada en la Ley 171 de 1961, toda vez que los que hicieron alguna referencia a ella fueron reglamentos del Instituto de Seguros Sociales, aprobados mediante decretos por el gobierno nacional, muchas veces imprecisos, y por su carácter subalterno carecían del poder de desquiciar totalmente la normatividad legal mencionada”. || El artículo 37 de la Ley 50 de 1990 derogó el 8° de la Ley 171 de 1961 y, con algunos requisitos que no viene al caso mencionar, estableció una pensión que estaría a cargo del empleador siempre y cuando el trabajador despedido sin justa causa no estuviera afiliado al Instituto de Seguros Sociales, por no haber asumido dicha entidad el riesgo de vejez o debido a la omisión del empleador, así que los despidos efectuados después de la entrada en vigencia de la Ley 50 de 1990 “por un empleador que a través de la relación laboral cumplió con sus obligaciones de afiliación oportuna y cotizaciones al sistema de seguridad social, debidamente acreditadas en juicio”, no quedaban afectados con la posibilidad de la pensión sanción que se mantuvo “para los trabajadores no afiliados al régimen de seguridad social pertinente”. || (...) De una simple comparación de las regulaciones se desprende que aún cuando la pensión cuyo origen se remonta a la Ley 171 de 1961 ha sido mantenida, su propósito ha variado al compás de las distintas leyes que se han ocupado de ella, pues bajo el imperio de la referida Ley 171 su finalidad era “disuadir a los empleadores que desearan despedir sin justa causa a trabajadores con antigüedad de servicio superior a los diez años -y que no alcanzaran los 20-, asegurándoles una pensión proporcional que reemplazara en parte la jubilación plena frustrada por el despido abusivo”, mientras que, a partir de la Ley 50 de 1990, el fundamento de la pensión restringida “ha estado sustentado, antes que en una sanción al despido injusto -que posee otros mecanismos de reparación-, en la imperiosa necesidad de resarcir el perjuicio que sufre un trabajador ocasionado por esa desvinculación que definitivamente lo priva de la posibilidad de acceder a una pensión de jubilación o de vejez según el caso”, dada la falta de afiliación al Instituto de Seguros Sociales en el caso de la Ley 50 o al Sistema General de Pensiones, tratándose de la Ley 100 de 1993.” En igual sentido, se puede consultar la sentencia C-372 de 1998.

si es hombre, o cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer (...)”

En conclusión, en la actualidad, la pensión sanción tiene como finalidad la protección de las personas en su senectud, haciendo las veces de la pensión de vejez, razón por la cual ésta obligación a cargo de las empresas, se hace exigible, una vez el beneficiario cumple la edad determinada en la ley para ser acreedor a la pensión de vejez. Así, los requisitos para que una persona pueda gozar de la pensión sanción son los siguientes:

i. Contrato de trabajo: definido por el Código Sustantivo del trabajo, como aquel acuerdo verbal o escrito, mediante el cual una persona natural, se obliga a prestar sus servicios a otra persona, la cual puede ser natural o jurídica. Debe haber entre estos dos, una relación de subordinación y dependencia, así como una remuneración.

ii. Duración de la relación laboral y motivo de terminación: De acuerdo con el artículo que proscribe la pensión sanción, la relación laboral debe durar diez (10) o más años, y menos de (15). Adicionalmente, el trabajador debe ser despedido sin justa causa.

iii. Edad del trabajador: El trabajador, debe contar con cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) si es hombre.

7. El derecho a la pensión de invalidez. Reiteración de jurisprudencia³⁷

La pensión de invalidez es una prestación económica, la cual hace parte del derecho a la seguridad social, y cuya finalidad es suplir las necesidades básicas de las personas que con ocasión de una enfermedad de origen común o cualquier otra causa no profesional ven disminuida su capacidad laboral, y como consecuencia de esto, se puede ver comprometido su derecho al mínimo vital.³⁸

El estado de invalidez ha sido definido por la Corte Constitucional como *“una situación física o mental que impide a la persona desarrollar una actividad laboral remunerada, debido a la considerable disminución de sus capacidades físicas e intelectuales, de manera tal que no le es dable suplir por sí mismo una vida digna”*³⁹

En el mismo sentido, la recomendación número 13, complementaria del Convenio número 128, de la Organización Internacional del Trabajo –

³⁷ Ver sentencias T-043 de 2007, T-662 de 2011, T-510 y 818 de 2014 y T-520 de 2015, entre otras.

³⁸ Ver sentencias T-510 de 2014 y T-818 de 2014.

³⁹ Ver sentencia T-520 de 2015. En el mismo sentido la sentencia T-262 de 2012.

OIT- es clara en establecer que para definir la pensión de invalidez es necesario tener en cuenta *“la incapacidad para ejercer una actividad que proporcione un ingreso aplicable”*.

Ahora bien, en la legislación colombiana, la Ley 100 de 1993 regula la pensión de invalidez. En el artículo 38, se establece que una persona es considerada inválida por enfermedad común cuando *“por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral”*.

Finalmente, el artículo 39⁴⁰ de la Ley 100 de 1993 prevé que las personas declaradas inválidas por enfermedad o por accidente que hayan cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, tendrán derecho a la pensión de invalidez.

8. Compatibilidad pensional

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993 enuncia las características del sistema general de pensiones, y establece como una de ellas que *“ningún afiliado podrá recibir simultáneamente pensiones de invalidez y de vejez”*⁴¹. En ese orden de ideas, el artículo 61 de la misma ley señala que las personas pensionadas por invalidez por el Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones) o por cualquier fondo, caja o entidad del sector público, están excluidas del régimen de ahorro individual con solidaridad.

En Sentencia C-674 de 2001, la Corte Constitucional estudió la constitucionalidad de la disposición mencionada anteriormente. En esa oportunidad, la Sala Plena determinó que el literal j) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 *“busca un propósito constitucional importante, como es proteger la equidad del sistema de seguridad social y el uso eficiente de sus recursos”*⁴². En relación con la incompatibilidad entre las pensiones de vejez e invalidez, el Tribunal precisó:

“(…) los imperativos de eficiencia que gobiernan la seguridad social y el carácter unitario de este sistema, hacen razonable que el Legislador evite que, en principio, una misma persona goce de dos prestaciones que cumplan idéntica función, pues no sólo eso podría llegar a ser inequitativo sino que además, implicaría una gestión ineficiente de recursos que por definición son limitados. Esta

⁴⁰ Modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003.

⁴¹ Numeral j, artículo 13, Ley 100 de 1993.

⁴² Ver sentencia C-674 de 2001.

situación explica que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, al definir las características generales del sistema de pensiones, haya precisado, en el literal j), que “ningún afiliado podrá recibir simultáneamente pensiones de invalidez y de vejez”. La razón es elemental: estas dos pensiones pretenden proteger a la persona frente a un riesgo común, ya que buscan ampararla en aquellas situaciones en que ella ya no tiene la misma capacidad para seguir trabajando, ya sea por los efectos inevitables de la vejez, o bien por una enfermedad o un accidente que hayan mermado sus facultades laborales. Por ello, en innumerables sentencias, la Corte Suprema de Justicia ha concluido, con criterios que esta Corte Constitucional prohija, que “tanto la pensión de vejez, como la de invalidez, tienen la misma naturaleza y persiguen la misma finalidad”⁴³ ⁴⁴

Así las cosas, éste Tribunal ha señalado que la incompatibilidad entre estas dos prestaciones se encuentra plenamente sustentada en los principios de unidad, eficiencia y universalidad que gobiernan la seguridad social, ya que si la persona se encuentra cubierta frente al riesgo de no poder trabajar como consecuencia de la disminución de su capacidad laboral, debido a la invalidez, no es necesario que sea nuevamente cubierta frente a esa misma eventualidad debido a la vejez, y viceversa.

Igualmente, afirmó la Corte que la regulación en este tema es razonable y proporcionada, toda vez que el artículo 17 de la misma normativa es clara en determinar que la obligación de cotizar para pensión cesa al momento en que el afiliado se pensione por invalidez. Adicionalmente, es claro que si el pensionado tiene las cotizaciones necesarias para acceder a la pensión de vejez, cuando llegue a la edad requerida para obtenerla, puede solicitar su reconocimiento⁴⁵.

De esta manera, se concluye que si bien las pensiones de invalidez por riesgo y enfermedad de origen común y vejez son incompatibles, esto no implica que los pensionados por invalidez no puedan seguir cotizando de manera voluntaria con el fin de obtener la pensión de vejez. Esta posibilidad de continuar cotizando, que se le da a las personas que reúnen las condiciones para pensionarse por vejez, invalidez o anticipadamente responde al deseo de los afiliados de mejorar su pensión u obtener la pensión de vejez, no para cumplir requisitos para obtener una prestación adicional dentro del sistema general de pensiones. Lo anterior, teniendo

⁴³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 2 de febrero de 2000. MP Germán Valdez. Exp 12961.

⁴⁴ Ver sentencia C-674 de 2001.

⁴⁵ Ver sentencia C-674 de 2001.

en cuenta que la pensión de invalidez es susceptible de ser modificada o retirada de acuerdo con la evolución de la contingencia causante.

No obstante, esta regla de incompatibilidad aplica únicamente respecto de pensiones de vejez e invalidez por origen común, ya que si el debate gira en torno a pensiones de vejez e invalidez de origen profesional, la hipótesis es que **sí son compatibles**.

Al respecto, desde la Sentencia del primero (1º) de diciembre de dos mil nueve (2009)⁴⁶, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido la tesis de la **compatibilidad** entre las pensiones de vejez y de invalidez de origen profesional con el argumento de que protegen contingencias diferentes, pues la primera cubre un riesgo de origen común, mientras que la segunda ampara riesgos derivados de la actividad laboral⁴⁷. Además, estas dos prestaciones tienen fuentes de financiación autónomas e independientes⁴⁸ que implican una cotización separada, y poseen una reglamentación diferente⁴⁹.

En tal virtud, una persona que se encuentra disfrutando de una pensión de invalidez a cargo del Sistema de Riesgos Profesionales puede percibir al mismo tiempo una pensión de vejez a cargo del Sistema General de Seguridad Social.

Respecto a la pensión sanción no hay plena certeza sobre la compatibilidad de ésta y la prestación de invalidez. Sin embargo, existen razones para concluir preliminarmente que ambas pensiones sí son compatibles como se mostrará a continuación.

La primera de ellas, que el ordenamiento jurídico colombiano admite la concurrencia simultánea de pensiones en la medida en que se financian con aportes distintos, efectuados a fondos distintos o personas distintas, como ocurre en el caso de la pensión de invalidez de origen profesional y la pensión de vejez, así como la pensión de sobrevivientes⁵⁰. Lo anterior,

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 1º de diciembre de 2009, radicado 33558.

⁴⁷ El Sistema de Riesgos Profesionales establecido a partir de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1295 de 1994 se define como el “conjunto de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, que tienen la finalidad de prevenir, proteger y atender las consecuencias que se derivan de los riesgos profesionales, esto es, de los accidentes o enfermedades que pueden padecer las personas por causa u ocasión de trabajo”

⁴⁸ El Sistema General de Seguridad Social se encuentra regulado en el Libro 1 de la Ley 100 de 1993, mientras que es el Libro 3 de la misma normativa, el que regula el Sistema de Riesgos Profesionales.

⁴⁹ Al respecto, la jurisprudencia de la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido constante en señalar la regla de la compatibilidad. Ver sentencias: Radicado 48553 M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, radicado 57243 M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas y radicado 43025 M.P. Gustavo Hernando López, entre otras.

⁵⁰ Ver Sentencia T-326 de 2013.

ya que la pensión sanción se financia con los recursos del empleador, mientras que la pensión de invalidez surge de las cotizaciones efectuadas por el trabajador o el afiliado al sistema general de seguridad social en pensiones, por lo que su financiación tiene fuentes distintas.

La segunda razón, atiende a la diferencia de función y finalidad de las dos prestaciones, puesto que aunque hoy en día la pensión sanción tiene una naturaleza prestacional, mantiene su contenido sancionatorio, es decir, aún persiste este componente de reproche contra el empleador por despedir sin justa causa a quien no había sido afiliado al sistema de seguridad social. Por el contrario, la pensión de invalidez tiene como finalidad proteger a la persona que ha sufrido una disminución considerable en su capacidad laboral que le impide desempeñar su trabajo.

En tercer lugar, la compatibilidad se sustenta adicionalmente en que el tiempo laborado que se tiene en cuenta para el reconocimiento de las prestaciones es diferente. Es decir, estas son compatibles en la medida en que para el reconocimiento de la pensión de invalidez no se tiene en cuenta el tiempo laborado para el empleador encargado de pagar la pensión sanción. Así, la pensión sanción se genera en razón al tiempo laborado por el trabajador antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir, antes del 1° de abril de 1994, y quien fue despedido sin justa causa, cuando aún no cumplía los requisitos necesarios para obtener la pensión de jubilación.

Por el contrario, la pensión de invalidez se otorga al afiliado al sistema general de seguridad social en pensiones cuando este pierde el 50% o más de su capacidad laboral. Para esto, se requiere por regla general que se hayan cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

En suma, las razones esbozadas permiten a la Corte concluir preliminarmente que una persona sí puede recibir simultáneamente las pensiones de invalidez y sanción, sin que esto ponga en riesgo la equidad y la eficiencia del sistema.

9. El derecho fundamental de petición

El derecho de petición es un derecho fundamental consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, según el cual *“toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos*

de interés general o particular y a obtener pronta resolución”⁵¹ . Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T-998 de 2006 afirmó:

“El derecho fundamental de petición, consagrado en el artículo 23 de la Carta Política, es determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa, pues permite a toda persona solicitar a las autoridades la adopción de decisiones o la formulación de explicaciones acerca de las decisiones adoptadas y que de manera directa o indirecta les afectan. Así mismo, el derecho de petición también puede conllevar solicitudes de información o documentos, copias, formulación de consultas, etc., esto, en virtud de los artículos 5 y subsiguientes del Código Contencioso Administrativo. De esta forma, la voluntad del Constituyente de incluir el derecho de petición dentro del capítulo de la Carta Política conocido como “de los derechos fundamentales” no fue otra que garantizar, de manera expresa, a los gobernados la resolución pronta y oportuna de la cuestión que les atañe, pues de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo decidido.”

Este derecho fundamental tiene un nexo directo con el derecho de acceso a la información (artículo 74 C.P.), ya que los ciudadanos en ejercicio del derecho de petición pueden acceder a documentación relacionada con el proceder de las autoridades y/o particulares, de conformidad con las reglas establecidas en la ley⁵². Por esto, la jurisprudencia de la Corte ha señalado que *“el derecho de petición es el género y el derecho a acceder a la información pública es una manifestación específica del mismo”*⁵³.

La Corte ha establecido que el núcleo esencial del derecho de petición está conformado por cuatro elementos a saber: (i) la posibilidad de formular peticiones, lo que se traduce en la obligación que tienen las autoridades o los particulares, en los casos que determine la ley, de recibir toda clase de peticiones; (ii) una pronta resolución, lo cual exige una respuesta en el menor plazo posible y sin exceder el tiempo establecido por ley; (iii) respuesta de fondo, es decir, que las peticiones se resuelvan materialmente; y, finalmente, (iv) notificación al peticionario de la decisión, es decir, el ciudadano debe conocer la decisión proferida⁵⁴.

⁵¹ Constitución Política de Colombia, Artículo 23

⁵² Ver sentencia C-951 de 2014

⁵³ Ver sentencia C-274 de 2013

⁵⁴ Ver sentencia C-951 de 2014

Ahora bien, es importante precisar que, si bien dentro del núcleo esencial del derecho de petición se encuentra el deber de responder de fondo, la Corte ha advertido que esto no implica el otorgamiento de lo pedido por el interesado. Esto, pues existe diferencia entre el derecho de petición y el derecho a lo pedido.

En materia pensional, éste Tribunal en reiterada jurisprudencia⁵⁵ ha determinado que las empresas encargadas de garantizar el acceso a la pensión tiene el deber de responder las peticiones de reconocimiento pensional de conformidad con las siguientes pautas:

“(i) 15 días hábiles para todas las solicitudes en materia pensional –incluidas las de reajuste– en cualquiera de las siguientes hipótesis: a) que el interesado haya solicitado información sobre el trámite o los procedimientos relativos a la pensión; b) que la autoridad pública requiera para resolver sobre una petición de reconocimiento, reliquidación o reajuste un término mayor a los 15 días, situación de la cual deberá informar al interesado señalándole lo que necesita para resolver, en qué momento responderá de fondo a la petición y por qué no le es posible contestar antes; c) que se haya interpuesto un recurso contra la decisión dentro del trámite administrativo.

“(ii) 4 meses calendario para dar respuesta de fondo a las solicitudes en materia pensional, contados a partir de la presentación de la petición, con fundamento en la aplicación analógica del artículo 19 del Decreto 656 de 1994 a los casos de peticiones elevadas a Cajanal;

“(iii) 6 meses para adoptar todas las medidas necesarias tendientes al reconocimiento y pago efectivo de las mesadas pensionales, ello a partir de la vigencia de la Ley 700 de 2001.”⁵⁶

De acuerdo con lo anterior, es claro concluir que el desconocimiento de dichos términos acarrea vulneración de los derechos fundamentales de petición, mínimo vital y vida digna, por cual se vuelve procedente el amparo constitucional⁵⁷.

En suma, en virtud del artículo 23 de la Carta Política, todas las personas tienen derecho a presentar peticiones respetuosas a la administración, y a las entidades encargadas de reconocer prestaciones derivadas del derecho

⁵⁵ Ver Sentencias SU-97 de 2003, T-081 de 2007, T-1128 de 2008 y T-411 de 2010

⁵⁶ Ver Sentencia de Unificación 975 de 2003

⁵⁷ Ver Sentencias T-1128 de 2008 y T-208 de 2012

a la seguridad social. Asimismo, deben recibir una respuesta que cumpla con los requisitos establecidos en la jurisprudencia sobre la materia, de manera tal que cuando se incumple alguno de estos, se genera una vulneración al derecho de petición e igualmente se ponen en riesgo los derechos al mínimo vital, a la vida digna y a la seguridad social.

10. Análisis del caso concreto

El ciudadano Jorge Enrique López Triana instauró acción de tutela contra el Fondo del Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, con el fin de que fueran tutelados sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y móvil, a la vida en condiciones dignas y de petición y, en consecuencia, se ordene a la entidad accionada el reconocimiento y pago de la pensión sanción, prestación a la que aduce tener derecho.

10.1. Procedibilidad de la acción de tutela en el caso concreto

Procede la Sala a verificar en el caso bajo revisión el cumplimiento de las reglas planteadas en la parte motiva de esta providencia (*supra* 3), sobre procedibilidad de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de derechos derivados de la seguridad social.

En primer lugar, la Sala considera que con base en las circunstancias fácticas enunciadas al comienzo de esta providencia, el amparo está llamado a prosperar como mecanismo transitorio, toda vez que la falta de pago de la prestación solicitada genera un alto grado de afectación de los derechos fundamentales del señor Jorge Enrique López Triana, como quiera que es un sujeto de especial protección constitucional, y teniendo en cuenta las siguientes razones:

Esta Corte evidencia que el accionante, señor Jorge Enrique López Triana es un sujeto de especial protección dada su edad, esto es sesenta y dos (62) años⁵⁸, la cual lo sitúa dentro de la categoría de personas de avanzada edad en Colombia. Adicionalmente, su salud se encuentra comprometida, ya que tiene una pérdida de la capacidad laboral del 68.34%, estructurada el veinticinco (25) de enero de dos mil ocho (2008), debido a que padece de trastorno de la retina como consecuencia del desprendimiento de la misma, ojo izquierdo, hipertensión arterial, enfermedad coronaria e insuficiencia cardiaca.

⁵⁸ De acuerdo con la cédula de ciudadanía, el accionante nació el 10 de noviembre de 1953. Folio 27, cuaderno I del expediente de tutela.

Igualmente, el actor actualmente percibe una pensión de invalidez reconocida por Colpensiones, por un valor de \$644.350, suma que está siendo reducida a un valor total de \$330.590⁵⁹, ya que con ocasión de unas deudas bancarias que tiene el peticionario, se efectúan descuentos por una cuantía de \$350.590, por lo que el y su esposa, quien depende económicamente de él, se encuentran en una situación precaria. De manera tal que la falta de pago de la prestación solicitada genera un grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital.

Así mismo, el peticionario agotó todos los mecanismos administrativos que tenía a su disposición con el fin de obtener la protección de sus derechos, situación que se soporta en los escritos de fechas 29 de septiembre y 25 de noviembre de 2008, firmados por el señor Jorge Enrique López Triana, dirigidos al Fondo del Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia⁶⁰, las Resoluciones 1149 del 11 de mayo de 2009⁶¹, 972 del 13 de julio de 2009⁶², escrito del 10 de enero de 2014, dirigido a la entidad accionada⁶³ y, comunicación del 21 de julio de 2014 donde el Fondo del Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia determinó que no era posible acceder a la pretensión del actor.

Finalmente, reconoce la Sala que dado que el petitorio del accionante recae sobre una materia que concierne a la jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que mediante ella dispondría de (i) un escenario jurídico procesal especial, amplio y apropiado para debatir y solucionar las diferencias surgidas entre él y las entidades accionadas, y (ii) unos jueces expertos en la materia que además de garantizar un juicio oportuno, adecuado y eficaz, este medio es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados. En el caso concreto, observa la Sala que dada la avanzada edad del accionante y su condición económica, el daño menoscaba material y moralmente el haber jurídico del peticionario, por lo que se requieren medidas urgentes para conjurar la situación.

En este sentido, se supera el requisito de subsidiariedad porque la acción de tutela se erige como el mecanismo transitorio para ventilar las pretensiones del accionante, con el fin de evitar un perjuicio irremediable,

⁵⁹ Folio 38. Se puede ver que Colpensiones certifica los descuentos los cuales se dividen así: \$77.322 por concepto de salud y \$236.438 por concepto de préstamo Banco AV Villas.

⁶⁰Folios 18-20

⁶¹ Folios 21-22

⁶² Folios 23 -24

⁶³ Folio 25

toda vez que su descontento versa sobre prestaciones que hacen parte del derecho fundamental a la seguridad social.

Determinada la procedencia de la acción de tutela en el caso concreto, procede la Sala a verificar si existió vulneración por parte de las accionadas de los derechos fundamentales del accionante.

10.2. Estudio de fondo sobre la vulneración de los derechos fundamentales

10.2.1. Estudio sobre la vulneración del derecho al mínimo vital y a la seguridad social

La Sala advierte que la presunta vulneración de los derechos fundamentales del accionante Jorge Enrique López Triana, surge como consecuencia de la ausencia de reconocimiento y pago por parte del Fondo del Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia de la pensión sanción, entidad que se niega al pago de dicha prestación, al argumentar que el accionante se encuentra recibiendo una pensión de invalidez a cargo de Colpensiones porque es incompatible con la pensión sanción. Por lo tanto, el Fondo del Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia tiene vedado otorgarle la prestación.

En primer lugar, de los hechos expuestos por el accionante y de la contestación de la demanda por parte del Fondo del Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia se deduce que el peticionario efectivamente tiene derecho a la pensión sanción, toda vez que cumple con los requisitos para ser acreedor de dicha prestación.

Lo anterior, se sustenta en que el señor Jorge Enrique López Triana cuenta con sesenta y dos (62) años de edad, trabajó más de diez (10) y menos de quince (15) años para la entidad accionada⁶⁴, y fue despedido sin justa causa el trece (13) de abril de mil novecientos noventa y dos (1992).

Adicionalmente, el Fondo del Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, ha reconocido expresamente que el señor Jorge Enrique López Triana tiene el derecho a la pensión sanción⁶⁵.

⁶⁴ El accionante laboró para los Ferrocarriles Nacionales de Colombia durante el periodo comprendido entre el siete (7) de enero de mil novecientos ochenta (1980) y el trece (13) de abril de mil novecientos noventa y dos (1992), desempeñando el cargo de chofer.

⁶⁵ Folios 15, 16, 17, 21, 22, 29 y 30.

Entonces, es preciso concluir que luego del reconocimiento que hizo el Fondo del Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia de la pensión sanción, existe a favor del accionante un derecho cierto respecto del cual no existe controversia alguna, toda vez que los extremos de la obligación –acreedor y deudor- no suscitaron debate distinto al que hoy se plantea, relacionado con la incompatibilidad entre ésta prestación y la pensión de invalidez que actualmente recibe el peticionario.

De manera que, teniendo seguridad sobre la existencia de la obligación por parte de la entidad accionada, corresponde a la Sala de Revisión analizar si la pensión sanción y la pensión de invalidez son incompatibles, o si efectivamente asiste razón al accionante, y debe el Fondo accionado, proceder al pago de la prestación solicitada.

Observa la Sala Octava de Revisión que de acuerdo con las consideraciones desarrolladas en la parte motiva de esta providencia (*supra* 8), si es posible que una persona reciba simultáneamente pensiones de invalidez y sanción ya que en ningún momento se pone en riesgo la equidad y la eficiencia del sistema ya que su fuente de financiación es distinta. En adición, estas dos prestaciones tienen una función y finalidad diferente.

La pensión sanción se financia con los recursos del empleador – Fondo del Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia-, quien asume el riesgo de vejez, con ocasión a la omisión de cotizar, y haber despedido al trabajador después de cumplidos los diez (10) años de trabajo y antes de los quince (15), mientras que la pensión de invalidez surge con ocasión de las cotizaciones efectuadas por el trabajador o el afiliado al sistema general de seguridad social en pensiones.

Adicionalmente, estas dos prestaciones no se generan por los mismos tiempos cotizados, es decir, son compatibles en la medida en que para el reconocimiento de la pensión de invalidez que actualmente percibe el accionante, el Instituto de Seguros Social tuvo en cuenta únicamente las cotizaciones realizadas por el señor Jorge Enrique López Triana como independiente, desde el 6 de noviembre de 1992 hasta el 30 de noviembre de 2008. Por otro lado, la pensión sanción a la que tiene derecho el accionante, se causó como consecuencia del despido sin justa causa del que fue víctima, el 14 de abril de 1992.

En suma, le asiste razón al accionante en su reclamo, ya que como se mencionó a lo largo de esta providencia, el ordenamiento jurídico colombiano admite la concurrencia de pensiones. Entonces, el accionante tiene derecho a que sea reconocida y pagada la pensión sanción, por parte

del Fondo del Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, puesto que esta prestación no es incompatible con la pensión de invalidez que actualmente recibe el peticionario.

Dicho lo anterior, se concluye que es deber del Fondo del Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia proceder al pago de la pensión sanción, al accionante. Sin que esto signifique que Colpensiones, entidad que tiene a su cargo el desembolso de la pensión de invalidez que recibe el accionante, cese en el pago de la misma.

10.2.2. Estudio sobre la vulneración del derecho de petición

Ahora bien, en cuanto a los reclamos ostentados por el accionante con respecto al derecho de petición, encuentra la Sala de Revisión que la entidad demandada no incurrió en vulneración alguna del mismo por las razones que se expondrán:

El accionante sustenta la trasgresión de este derecho fundamental en la respuesta que la entidad accionada brindó a la petición radicada por él, el nueve (9) de junio de dos mil quince (2015)⁶⁶, donde requería se indicara de manera concreta los fundamentos de hecho y de derecho para indicar la presunta incompatibilidad entre la pensión sanción y la prestación de invalidez reconocida por el Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones).

La entidad accionada respondió mediante Oficio No. GPE-20153140098401 del veintidós (22) de junio de dos mil quince (2015), señalando que mediante Oficio No. 20143140123701 del veintiuno (21) de julio de dos mil catorce (2014) se dio respuesta de fondo al trámite de pensión. Asimismo, emitió una serie de consideraciones por las cuales argumentó la imposibilidad de acceder a la pensión sanción.

Así las cosas, esta Sala observa que la entidad accionada no vulneró el derecho de petición del accionante, ya que si bien en su respuesta no concedió lo solicitado por el señor Jorge Enrique Triana, ésta fue clara, expresa, de fondo y puesta en conocimiento del peticionario. Lo anterior, considerando que existe una diferencia entre el derecho de petición y el derecho a lo pedido.

En conclusión, la Sala de Revisión concederá el amparo en lo relacionado con la vulneración del derecho a la seguridad social, y negará lo

⁶⁶ Folios 44-53.

respectivo al derecho de petición, por las razones esbozadas anteriormente.

10.3. Alcance de la orden a impartir. Fórmula de la Sentencia T-893 de 2008

De conformidad con las consideraciones desarrolladas en esta providencia, la Sala examinará las condiciones de las partes, antes de determinar la fórmula que adoptará en la parte resolutive.

De la plataforma fáctica del caso, se sustrae que el accionante es una persona de sesenta y dos (62) años de edad, quien no cuenta con los recursos económicos necesarios para garantizar su congrua subsistencia, ya que si bien se encuentra percibiendo una pensión de invalidez, ésta se ha visto mermada con ocasión a unos créditos bancarios que actualmente se encuentra pagando el peticionario. Adicionalmente, dada su condición de salud y avanzada edad, no puede desarrollar actividad laboral alguna. También, tiene a cargo a su esposa, quien es una persona de la tercera edad.

Por otro lado, la parte accionada es una empresa del sector público, adscrita al Ministerio de la Protección Social, que presta servicios de salud a los pensionados de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, Puertos de Colombia y sus beneficiarios⁶⁷.

Entonces, es claro que el Fondo del Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, como entidad demandada, es la parte que se encuentra en mejor posición para asumir la carga de presentar la demanda ordinaria laboral que surge a partir de la decisión de amparar transitoriamente los derechos fundamentales del señor Jorge Enrique López Triana, para que resuelva de forma definitiva la solicitud de reconocimiento de la pensión sanción, y su compatibilidad con la pensión de invalidez por enfermedad de origen común.

En contraste, estima la Sala que esta carga resulta gravosa para el actor, pues implica un esfuerzo económico que no está en capacidad de asumir, así como el sometimiento a una incertidumbre respecto del resultado del proceso, que alteraría las condiciones necesarias para garantizar una vejez tranquila.

⁶⁷ Fondo del Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia. En línea: [link: http://www.fps.gov.co/la_entidad/quienes_somos] consultado el día 12 de julio de 2016, 11:05 am.

Así las cosas, de acuerdo con la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el accionante, respecto del Fondo del Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, la Sala Octava de Revisión considera que en este caso se debe aplicar la fórmula adoptada en las Sentencias T-893 de 2008 y T-014 de 2015, y por lo tanto, invertir la carga de acudir a la jurisdicción ordinaria laboral para que defina sobre la compatibilidad de las pensiones de invalidez y sanción, y en caso de que la entidad accionada no cumpla con esta obligación, esta decisión alcanzara carácter definitivo.

11. Síntesis

En el presente caso, correspondió a la Sala Octava de Revisión analizar el caso de un ciudadano de sesenta y dos (62) años, que laboró para los Ferrocarriles Nacionales de Colombia desde el siete (7) de enero de mil novecientos ochenta (1980) hasta el catorce (14) de abril de mil novecientos noventa y dos (1992), fecha en la cual fue despedido sin justa causa, generándose a cargo de la entidad el reconocimiento y pago de la pensión sanción.

En el año dos mil ocho (2008), el mismo peticionario fue calificado con una pérdida de la capacidad laboral del 53%, razón por la cual, después de verificar el cumplimiento de los requisitos legales, el Instituto de Seguros Sociales –ISS- (hoy Colpensiones) reconoció y procedió al pago de la pensión de invalidez, la cual el accionante recibe hasta el día de hoy.

Al cumplir la edad de sesenta años (60), el señor Jorge Enrique López Triana solicitó ante el Fondo del Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, el reconocimiento y pago de la pensión sanción, ante lo cual la entidad respondió que si bien el accionante tenía derecho a la prestación, la misma no podía ser pagada, ya que el beneficiario se encuentra recibiendo pensión de invalidez, y éstas dos prestaciones son incompatibles.

Ante la negativa de la entidad accionada, el señor López Triana formuló nueva petición en la cual solicitó le fueran respondidas varias dudas respecto de la negativa del reconocimiento de la pensión solicitada. Sin embargo, en el escrito de tutela, aduce el accionante que la respuesta emitida por el Fondo fue conocida por él, pero no satisface lo solicitado.

De conformidad con la situación fáctica planteada, la Sala debió determinar si se vulneraron los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y móvil, así como de petición del actor.

La Corte estableció que en el presente caso, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio, con el fin de evitar un perjuicio irremediable, el cual presenta las siguientes características: (i) inminente; (ii) grave; (iii) que requiera medidas urgentes para conjurarlo; y (iv) que la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar el adecuado restablecimiento del orden social justo⁶⁸.

Lo anterior, puesto que si bien el señor Jorge Enrique López Triana dispone de otro medio para ventilar sus pretensiones, éste es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados, dada la avanzada edad del actor, esto es, 62 años de edad. Adicionalmente, su salud se encuentra deteriorada, toda vez que tiene un 68.34% de pérdida de la capacidad laboral, la cual se generó con ocasión a un trastorno de retina como consecuencia del desprendimiento de la misma, en el ojo izquierdo, hipertensión arterial, enfermedad coronaria e insuficiencia cardiaca.

Así las cosas, la Sala de Revisión procedió a analizar si existió vulneración por parte de la entidad accionada, de los derechos fundamentales del peticionario. La Corte estimó de manera preliminar, que las pensiones de invalidez y sanción, son compatibles ya que la prohibición de devengar dos prestaciones a la cual se refiere la Ley 100 de 1993 se concreta en que busquen la misma finalidad y se financien con aportes hechos al mismo fondo pensional, por la misma persona, y por los mismos tiempos cotizados.

De esta manera, las pensiones de invalidez y sanción son compatible, puesto que ésta última no se financia con los aportes efectuados por el solicitante, sino con los recursos del empleador. En contraste, la pensión de invalidez surge precisamente de las cotizaciones efectuadas por el trabajador o el afiliado al sistema general de seguridad social en pensiones.

En este sentido, concluyó la Corte que en el caso *sub examine* el Fondo del Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia debe proceder al pago de la pensión sanción al accionante, garantizando de esta manera su derecho a la seguridad social y al mínimo vital. En adición, Colpensiones, entidad que tiene a su cargo el pago de la pensión de invalidez que recibe el accionante, deberá continuar con el mismo.

Así mismo, determinó la Sala de Revisión que corresponde al Fondo del Pasivo Social de los Ferrocarriles de Colombia la carga de demandar ante

⁶⁸ Ver Sentencia T-518 de 2013.

la jurisdicción ordinaria laboral, para que ésta resuelva de forma definitiva la solicitud de reconocimiento de la pensión sanción y su compatibilidad con la pensión de invalidez por enfermedad y/o riesgo de origen común, al ser la parte procesal que se encuentra en mejor posición para hacerlo. Para esto, contará con un término de cuatro (4) meses desde la notificación de este fallo.

Finalmente, con respecto a la vulneración del derecho petición del accionante, la Sala encontró que la jurisprudencia constitucional⁶⁹ ha distinguido entre el éste derecho y el derecho a lo pedido, razón por la cual el Fondo del Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia no vulneró el derecho del peticionario ya que si bien en su respuesta a la petición del señor López Triana no concedió lo solicitado, ésta fue clara, expresa, de fondo y puesta en conocimiento del peticionario.

Por las razones esbozadas en precedencia, la Sala confirmará el numeral primero del fallo proferido en segunda instancia en el trámite de la acción de tutela por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que adicionó un numeral al resuelve del fallo proferido por el juez de primera instancia, negando el amparo del derecho fundamental de petición. En lo demás, revocará los fallos proferidos en el trámite de la acción de tutela por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Bogotá, que negaron la protección de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital, por las razones expuestas en esta providencia. En consecuencia, concederá el amparo solicitado.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el fallo proferido en segunda instancia, por la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el diecinueve (19) de noviembre de dos mil quince (2015), que confirmó la providencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del

⁶⁹ Ver sentencia C-951 de 2014.

Circuito de Bogotá, el treinta (30) de septiembre de dos mil quince (2015), en relación con la denegación de los derechos a la seguridad social y mínimo vital del señor Jorge Enrique López Triana. En consecuencia, **CONCEDER** el amparo constitucional de los mencionados derechos fundamentales. Cobra firmeza la decisión de Segunda Instancia, en cuanto adicionó el fallo de Primera Instancia, en la denegación de la protección del derecho fundamental de petición.

SEGUNDO: ORDENAR al Fondo del Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia que en el término no mayor a cuarenta y ocho (48) horas, después de notificada esta providencia, asigne y pague al accionante Jorge Enrique López Triana la pensión sanción, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia. Dicha prestación deberá pagarse hasta que el juez ordinario laboral se pronuncie en forma definitiva respecto a la compatibilidad de ésta prestación con la pensión de invalidez por origen común. Para tal efecto, el Fondo del Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia contará con un término de cuatro (4) meses desde la notificación de este fallo, para formular la demanda laboral ya que de lo contrario, esta decisión alcanzará el carácter definitivo.

TERCERO: ORDENAR a Colpensiones que continúe con el pago de la pensión de invalidez que fue reconocida al accionante, de conformidad con las consideraciones de esta sentencia.

CUARTO: LÍBRENSE las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, Notifíquese, Publíquese y Cúmplase,

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General