TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA CIVIL FAMILIA

Magistrada Ponente Claudia María Arcila Ríos

Pereira, veintiuno de mayo de dos mil diez.

Acta No. 232 de mayo 21 de 2010

Expediente 66001-31-10-004-2010-00193-01

Decide la Sala la impugnación que interpuso el demandante frente a la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto de Familia de Pereira, en la acción de tutela que instauró José Jesús Benjumea Echeverri contra el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

ANTECEDENTES

Los hechos relatados en la demanda pueden sintetizarse así:

-. Nació el 28 de febrero de 1948; laboró en la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero desde el 1º de febrero de 1971 hasta el 14 de noviembre de 1991.

-. Mediante Resolución 0146 del 18 de mayo de 1995 se le reconoció pensión por valor de $203.986.95, que fue asumida por la Caja Agraria y quedó mal liquidada.

-. Adelantó proceso ordinario con el fin de obtener el ajuste del valor inicial de su mesada pensional mediante la actualización del salario promedio devengado al momento del retiro; el litigio culminó con sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 21 de noviembre de 2000, que absolvió a la demandada.

-. Presentó acción de tutela ante el Consejo Superior de la Judicatura de Cundinamarca que dejó sin efectos la providencia anterior y ordenó a la demandada reliquidar y pagar la pensión de jubilación conforme a los parámetros fijados en el fallo, orden que se cumplió mediante la Resolución 03984 del 14 de septiembre de 2005.

.- La Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero cumplió parcialmente la obligación de mantenerlo afiliado al ISS, según lo dispuesto por los artículos 18 y 19 del Acuerdo 049 de 1990, para los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

-. Por Resolución 01011 de 2009 el Instituto de Seguros Sociales le reconoció pensión de vejez por valor de $999.167.00, monto que se basó en 1318 semanas cotizadas y un ingreso base de liquidación mal calculado porque se omitió incluir en él las cotizaciones hechas por la

Caja Agraria desde que se reconoció su pensión de jubilación hasta el 28 de febrero de 2008, pues se tuvo en cuenta el valor de la pensión devengada sin la indexación ordenada a su favor; además, los aportes no se hicieron conforme lo establecido en el artículo 18 de la Ley 100 de 1993 que remite a la Ley 4ª de 1992 y Decreto 1158 de 1994; de otro lado, se contabilizaron todas las semanas de aportes que aparecen en la historia laboral cuando ya se habían tomado como base 1.083 para el reconocimiento de la pensión por jubilación y ello genera error en la tabla de remplazo.

-. Al reconocerse su pensión por vejez el ISS ordenó girar el retroactivo, que corresponde al pensionado, a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero.

-. Por escrito que no reúne las características de un acto administrativo, el 30 de marzo del año pasado, el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia decide suspender la pensión que venía pagándole y procede a compartirla; con ello se vulneran sus derechos fundamentales porque pasa de pagar en el 2009 la suma de $1.466.991.62 a $391.188.00, sin que se la haya dado la oportunidad de interponer recursos contra esa decisión, privándolo de ejercitar su derecho de defensa y sin dar aplicación al debido proceso.

-. El 20 de octubre del año pasado envió por correo derecho de petición a la Caja de Crédito Agrario en Liquidación, hoy Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia, solicitando copias de los documentos que soportan la liquidación de su pensión y que subsanen las incongruencias que presentan las cotizaciones hechas por esa entidad para poder corregir los errores que tiene su historia laboral. De ese derecho de petición no ha recibido ninguna respuesta.

Considera lesionado su derecho fundamental al debido proceso, igualdad y seguridad social y solicita se restablezca el pago de la pensión completa de jubilación convencional con sus mesadas adicionales y que se advierta a la entidad, en caso de insistir en compartir dicho pago con el ISS, que debe seguir el debido proceso y solicitar el consentimiento expreso del trabajador, mediante la expedición de un acto administrativo motivado que señale los recursos que contra él proceden.

ACTUACIÓN PROCESAL

Por auto del 18 de marzo de 2010 se admitió la tutela, se decretaron pruebas y se ordenaron las notificaciones de rigor.

El representante legal del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia respondió por escrito en el que indicó que luego de reconocida e indexada la pensión de jubilación al señor Benjumea Echeverri, se hicieron las cotizaciones correspondientes al Instituto de Seguros Sociales hasta cuando aquel cumplió los requisitos para pensionarse por vejez, momento en el cual la última

entidad otorgó la subvención y se procedió a compartir su pago, situación que tiene fundamento en lo dispuesto por el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990 que no exige autorización o acuerdo para ello.

Sobre el retroactivo indica que esa suma les corresponde porque equivale al valor que se le canceló desde el momento que adquirió el derecho a pensionarse por vejez hasta que el ISS se la reconoció, gracias a los aportes que se hicieron por la Caja Agraria para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, cuya finalidad no es que los trabajadores tengan dos pensiones sino que se comparta su pago, para disminuir el pasivo pensional de la Caja; respecto al derecho de petición, expresó que fue respondido al actor en debida forma y que no han vulnerado derechos fundamentales porque la cuantía de su pensión no sufrió ningún detrimento. Pide se nieguen las pretensiones y se declare la improcedencia de la acción.

A la instancia se puso término con sentencia del 9 de abril último, por medio de la cual el Juez Cuarto de Familia de Pereira negó el amparo solicitado. Para decidir así consideró que no se lesionó ningún derecho al actor porque la decisión de compartir el pago de la pensión obedece a una facultad de orden legal.

Notificada la decisión anterior, de manera oportuna el demandante la impugnó. Reitera los argumentos planteados en la demanda. Pide se revoque la sentencia y se ordene a la entidad accionada que para compartir la pensión dicte un acto administrativo con posibilidad de ser recurrido y se le den indicaciones sobre la liquidación de la "compartición" de la pensión de jubilación con la de vejez, teniendo en cuenta todos los factores salariales, a tono con los lineamientos establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

CONSIDERACIONES

Sabido es que el objeto de la acción de tutela es la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, que concede a todos los ciudadanos el artículo 86 de la Constitución Nacional, ante su vulneración o amenaza generada por cualquier autoridad pública y aun por los particulares en los casos previstos por el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

Tal como se infiere de los hechos que sirven de sustento a la solicitud de protección constitucional, considera el accionante sus derechos a la seguridad social y al debido proceso y pretende obtener, por este medio excepcional de defensa, se restablezca su derecho al pago total de la pensión de jubilación por parte del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, que decidió, sin su autorización, compartir el pago con el Seguro Social y sin que se le hubiera otorgado oportunidad para recurrir esa decisión.

La Corte Constitucional en su jurisprudencia[1] ha reiterado que la acción de tutela no es el mecanismo judicial adecuado para obtener la cancelación de acreencias de carácter laboral, pues estas pueden ser reclamadas a través de la justicia ordinaria laboral, aunque de manera excepcional ha otorgado el amparo que se solicita con ese fin, con la finalidad exclusiva de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable o para proteger el mínimo vital del peticionario.

En consecuencia, ha de analizarse en primer lugar si la entidad demandada lesionó los derechos cuya protección se reclama.

El artículo 18 del Decreto 758 de 1990 que estableció el régimen sobre pensiones extralegales compartidas, dice:

"Compartibilidad de las pensiones extralegales. Los patronos registrados como tales en el Instituto de Seguros Sociales, que otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o voluntariamente, causadas a partir del 17 de octubre de 1985, continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento, el instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cancelando al pensionado.

"PAR.—Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando en la respectiva convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre las partes, se haya dispuesto expresamente, que las pensiones en ellos reconocidas, no serán compartidas con el Instituto de Seguros Sociales".

Del contenido de esa disposición surge de manera evidente que son incompatibles la pensión convencional de jubilación con la de vejez y por tanto, el empleador únicamente quedará obligado a asumir el mayor valor que resulte de comparar la pensión por él reconocida y la que cancelará el Instituto de Seguro Sociales a una misma persona, lo que encuentra fundamento en el artículo 128 de la Constitución Nacional que prohíbe recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente previstos por la ley.

Las pruebas incorporadas al proceso demuestran los siguientes hechos:

.- Por resolución 0146 de 15 de mayo de 1995 la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, reconoció al señor José Jesús Benjumea Echeverri pensión de jubilación mensual y vitalicia a partir del 28 de febrero de ese año. (Folios 19 a 31, cuaderno Nº 1)

[1] Sentencias T-1297 de 2000, T-1223 de 2003 y T-010 de 2007, entre otras

.- El 14 de septiembre de 2005, la misma entidad, reliquidó la pensión reconocida, teniendo en cuenta la indexación de la primera mesada pensional. (Folios 32 a 34, cuaderno Nº 1)

.- Mediante Resolución 001011 del 28 de enero de 2009, el Instituto de Seguros Sociales reconoció al citado señor pensión por vejez por haber cumplido los requisitos exigidos por la ley para acceder a ella. (Folio 35, cuaderno Nº 1)

.- El 30 de marzo del año pasado la entidad accionada comunicó al demandante que el pago de la pensión reconocida sería compartida con el ISS a partir del 28 de febrero de 2008, correspondiéndole cancelar a esa entidad solamente el mayor valor entre lo que venía pagándosele y el monto reconocido por el ISS. (Folios 36 y 37, cuaderno Nº 1)

.- El 9 de octubre de 2009 elevó derecho de petición al gerente liquidador de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero –en liquidación- con el fin de obtener copia de los soportes y certificaciones sobre los valores cotizados por la entidad al ISS para cubrir los riesgos de vejez y además para que se subsanaran las incongruencias que presentan esos aportes. (Folios 38 a 41, cuaderno Nº 1)

.- Mediante oficio 02762 del 10 de noviembre de 2009, se dio respuesta a esa petición. (Folios 61 y 62 cuaderno Nº 1)

Demuestran esos documentos que al actor se le reconoció pensión por vejez por parte del Seguro Social, porque cumplió las condiciones exigidas por la ley para acceder a ella y el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia está pagando a su favor solo el mayor valor que le corresponde. Es decir, en la actualidad la pensión del señor Benjumea Echeverri está siendo compartida por las dos entidades citadas.

La compartibilidad pensional, regulada por los artículos 16, 17 y 18 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 0758 del mismo año, para las pensiones legales de jubilación, pensión sanción y extralegales, como la que se reconoció al actor, es facultad que se otorga a los empleadores que antes de entrar en vigencia esas disposiciones debían asumir directamente la carga pensional de sus trabajadores, con el fin de morigerar en algo esa obligación, concediéndoles la oportunidad de afiliarlos al ISS y seguir cotizando después del reconocimiento de una pensión de jubilación legal o extralegal, hasta cuando cumplieran los requisitos que la ley exige para acceder a la pensión por vejez, momento a partir del cual la entidad empleadora solo debía seguir pagando el mayor valor entre la pensión de jubilación legal o extralegal y la de vejez.

Y es eso lo que en la actualidad hace el Fondo accionado, pagar solo el mayor valor que le corresponde, sin que en esa forma se haya modificado el monto de su mesada pensional, que sigue siendo el mismo, solo que ahora el pago es compartido, de tal manera que ninguna réplica puede hacer el pensionado frente al ejercicio de esa facultad legal por parte de la entidad tutelada.

Puestas de esa manera las cosas, no resulta posible, como lo pretende el accionante, obtener que la entidad demandada, que le había reconocido una pensión de jubilación convencional, cancele el valor total de la prestación cuando por tener el carácter de compartida, el Instituto de Seguro Social asumió el pago de lo que le corresponde.

Al respecto ha dicho la Corte Constitucional[2]:

> **"En ese sentido la Corte Constitucional ha entendido que la compartibilidad pensional "consiste en la protección que se otorga al monto del ingreso pensional del jubilado, cuando el mismo cumple con todos los requisitos para acceder al pago de la pensión vitalicia de vejez, por parte de la entidad administradora de tales recursos"[3].**
>
> **"Así pues, de conformidad con las normas aplicables al caso concreto, los empleadores inscritos en el Instituto de Seguros Sociales, ISS, que a partir de la fecha de su publicación, otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o voluntariamente, continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y, en este momento, el ISS procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del empleador únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el ISS y la que venía siendo pagada por el patrono.**
>
> **"De tal manera, el monto de la pensión que viene percibiendo el asegurado no sufre variación alguna en razón a la compartibilidad pensional, es decir, no se incrementa ni se disminuye, puesto que el ISS subroga a la entidad jubilante en su obligación pensional, siendo de cargo de dicha entidad solamente el mayor valor, si lo hubiere, con lo cual se evita un doble pago respecto de un mismo y único derecho pensional. Además, si el monto de la pensión de vejez reconocida por el ISS, es igual o mayor a la pensión pagada hasta ese momento por el empleador, el ISS se subroga en la totalidad de dicha obligación y el empleador se libera de la misma.**
>
> **"…**

---

2 T-624 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis

3 T-167 de 2004 M.P. Eduardo Montealegre Lynett

> **"Así las cosas, de conformidad con lo establecido en el artículo 128 de la Constitución Política y en la jurisprudencia constitucional pertinente, es claro que no podrá existir doble pago respecto de un mismo derecho, comoquiera que lo reconocido inicialmente por el empleador luego lo es por el ISS, o la entidad de seguridad social que reconoce posteriormente la pensión de vejez, subrogándose en todo o en parte la obligación de pagar la prestacional laboral.**
>
> **"Sin embargo, dicha responsabilidad subsistirá de manera compartida entre el antiguo empleador y la entidad de seguridad social, como se dijo anteriormente, solo cuando el ex patrono deba asumir el mayor valor que resulte de comparar la pensión por él reconocida y la pagada por el ISS.**

En consecuencia, como en el asunto bajo estudio existió una subrogación parcial de la obligación a cargo de la entidad demanda que justificó la reducción de la prestación a que se hallaba obligada, no se han desconocido los derechos a la seguridad social del peticionario, ni al pago oportuno y completo de la pensión a que tiene derecho y por ende no se ha lesionado su derecho al mínimo vital; tampoco se está en presencia de un perjuicio irremediable que justifique conceder el amparo solicitado.

El derecho a un debido proceso tampoco se vulneró porque la entidad demanda modificó el acto administrativo que reconoció la inicial pensión convencional al demandante, para adecuarla a las nuevas condiciones que surgen como consecuencia de adquirir el beneficiario el derecho a la pensión de vejez por el Instituto de Seguros Sociales; en tal forma no se le desconoce el contenido de la prestación y por ende no se revoca en forma unilateral el acto, sino que se ajustó la obligación económica a las disposiciones legales que regulan la materia y se evitó incurrir en la prohibición contenida en el artículo 218 atrás citado.

La situación se tornaría diferente, si con la expedición del acto administrativo se hubiese desconocido el derecho a la pensión radicada en cabeza del demandante.

Sobre el tema también hizo alusión la Corte Constitucional en la sentencia que antes se transcribió. En otro de sus apartes expresó:

> **"Así las cosas, el empleador al ser responsable de asumir el pago de la pensión, expidiendo en su momento un acto en tal sentido, podrá expedir un nuevo acto, que modifique el inicial, en el cual, a fin de dar claridad al beneficiario acerca de su derecho pensional, deberá contener cuando menos la siguiente información: Indicar el nuevo valor de la pensión a su cargo; reseñar el acto de reconocimiento de la pensión hecho por la entidad de seguridad social así como el monto exacto que esta reconoce; y los recursos que proceden contra dicha**

> **decisión. Lo anterior haría pensar, como lo sostuvo el demandante, que para la expedición de este nuevo acto se requería de su consentimiento expreso y escrito, pues de lo contrario se estaría revocando sin consentimiento del afectado con esa decisión un acto que generó una situación particular y concreta, en términos del artículo 73 del CCA; sin embargo, tal actuación está amparada en los dispuesto en el artículo 69 del mismo código, en concordancia con lo establecido en el artículo 128 constitucional, que es un mandato superior...**
>
> **"...**
>
> **"Por lo tanto, si la entidad que expidió el primer acto administrativo de reconocimiento de un derecho pensional a una persona, expide un segundo acto modificando el primero, no se trata de una revocatoria unilateral de dicho acto, pues en ningún momento se ha puesto en discusión o se ha desconocido el derecho pensional reconocido, sino que se ha ajustado la obligación económica a la realidad. Así pues "la entidad solo está autorizada a revocar unilateralmente el acto administrativo en aquella parte que manifiestamente contraríe la prohibición de doble asignación que establece la Constitución. El nuevo acto administrativo que emite la entidad inicialmente obligada al pago total de la pensión, se limita a modificar el monto de la mesada pensional para ajustar su pago a lo que prescribe la Constitución"[4].**

El escrito que contiene la comunicación que remitió al demandante, el Director General del Fondo de Pasivo Pensional de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, en el que da cuenta del valor que le seguirá cancelando con motivo del reconocimiento de la pensión de jubilación por el Instituto de Seguros sociales es un acto administrativo porque contiene una decisión administrativa y por tanto, es impugnable, y aunque no se indicó qué recursos procedían contra la decisión en él contenida, esa omisión no constituye violación al debido proceso porque conforme a lo establecido en el numeral 3º del artículo 135 del Código Contencioso Administrativo, resultaba posible demandar directamente ante la jurisdicción competente.

Así las cosas, como no se ha producido lesión a los derechos que se invocaron como vulnerados, se confirmará la sentencia impugnada.

Por lo expuesto, la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Risaralda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E :

1°.- CONFIRMAR la sentencia de fecha 9 de abril de 2010, proferida por el Juzgado Cuarto de Familia de Pereira, en el proceso de tutela promovido por José Jesús Benjumea Echeverri contra el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

---

4 T-1117 de 2003, M.P. Nelson Pinilla Pinilla.

2°.- Como lo dispone el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3°.- Lo aquí decidido notifíquese a la partes al tenor del canon 30 ibídem.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,

CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS

GONZALO FLÓREZ MORENO

JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO